

*Esta es una copia privada  
hecha sólo para fines  
educativos.*

**PROHIBIDA SU VENTA**

HERNANDO DEVIS ECHANDIA

*Profesor de la Universidad Libre, de Bogotá (Colombia)*

# TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL

TOMO I



VÍCTOR P. DE ZAVALÍA - *Editor*

BUENOS AIRES

## ADVERTENCIA DEL AUTOR

En esta obra hemos seguido el método que orientó nuestras "Notiones Generales de Derecho Procesal Civil", editadas por Aguilar S.A., en Madrid (España), en el año 1966; es decir: presentamos una visión general, lo más completa posible, de la apasionante materia de las pruebas judiciales, con su evolución doctrinaria y legislativa en el presente siglo, tanto en lo que podemos denominar "teoría general" (naturaleza, noción, importancia, principios generales básicos, objeto, tema, fin, resultado, requisitos, fases, valoración, carga de la prueba, etc.), como en lo que suele denominarse la "parte especial" o, mejor dicho, los diversos medios de prueba (declaración de parte, testimonio de terceros, juramento, dictamen de peritos, inspección judicial, documentos, indicios, y, ese sucedáneo de la prueba, que es la presunción, mal incluida por muchos entre aquellos medios).

Hemos procurado comentar, y transcribir en lo esencial, las opiniones de los principales juristas europeos y americanos, incluyendo las obras y los estudios aparecidos en el año de 1968, que nos fue posible obtener, para que nuestros lectores puedan apreciar el desarrollo que esta materia ha tenido, hasta el presente.

Creemos que las pruebas judiciales han adquirido una suficiente madurez, como para que las inevitables divergencias legislativas influyan, apenas en una mínima proporción, en sus principios generales y en el criterio que debe orientar a los jueces y abogados de todos los países. lo mismo para determinar la proposición y práctica de los distintos medios, que para su apreciación o valoración, cualquiera que sea la clase de proceso (civil, penal, laboral, comercial, contencioso administrativo, fiscal, etc.).

Con el propósito de dar una visión más concreta de muchos temas, especialmente los relacionados con los distintos medios de prueba, hemos procurado hacer continuas referencias a las legislaciones argentina, venezolana, colombiana, española, italiana, alemana y de otros países.

Por las anteriores razones, tenemos la optimista aspiración de que nuestro modesto trabajo sea útil en cualquier país y para los especialistas de todas las ramas del Derecho.

## CAPÍTULO I

### IMPORTANCIA Y DEFINICION DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

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

A diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañen sólo a determinada rama del derecho, como la procesal, la civil o la penal, la noción de prueba no solo dice relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive, a la vida práctica cotidiana.

El historiador, el sociólogo, el lingüista, el cronista, el periodista, el geólogo, el arqueólogo, el paleontólogo, el antropólogo, el zoólogo, el botánico, el químico, el físico, el militar, el estadista, el político, el ingeniero, el arquitecto, el biólogo, el sicólogo o siquiatra, el médico, el fisiólogo, el agricultor o ganadero, el investigador en cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente deben probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, reconstruyendo los pasados, analizando los presentes, deduciendo los futuros<sup>1</sup>; e inclusive, en el campo de las nociones abstractas, el lógico, el filósofo, el metafísico, tratan de comprobar sus teorías o concepciones. En la vida ordinaria, el padre de familia, el maestro, el enamorado, el amigo, el ama de casa y hasta los niños, pretenden a diario probar sus actos o los de otros, o bien actúan sobre la base de que ya han probado los resultados de sus pequeños experimentos, sobre los cuales adquieren la confianza indispensable para su vida física y síquica. Podemos decir que nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo.

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 no-

<sup>1</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 22.

ción de prueba adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho. A este respecto dice CARNELUTTI<sup>2</sup>: "El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia." En efecto, el historiador, el paleontólogo, el arqueólogo, el lingüista, el cronista, el periodista, recurren a la prueba para convencerse a sí mismos de la verdad de los hechos ocurridos en un pasado inmediato o lejano, pero también para convencer a sus lectores o informantes de esa verdad; en derecho la prueba se utiliza principalmente para convencer a otros (a los jueces, funcionarios de policía o administrativos, cuando se la aduce en un proceso o en ciertas diligencias, y también a particulares, como sucede en asuntos de estado civil o en titulación de bienes para su comercio, en las relaciones de vecindad o con un fin de prevención de litigios y de garantía, frente a los demás, de los propios derechos), pero también para tener convencimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos, lo cual equivale a convencerse a sí mismo de la verdad o legalidad de ciertos hechos o actos jurídicos. De consiguiente, no puede afirmarse que la prueba en derecho tenga finalidad o naturaleza diferentes de las que le corresponde en cualquiera ciencia reconstructiva, y mucho menos que su función sea exclusivamente procesal, pues quizás tiene un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales.

DELLEPIANE<sup>3</sup> explica admirablemente este aspecto de la ciencia probatoria, que forma parte, tanto de la metodología de las ciencias reconstructivas, como de la filosofía y de la lógica aplicada en especial, y de la sicología, particularmente la judicial, agregamos nosotros. Susyas son estas palabras: "Crítica histórica, metodología de la historia, teoría de la prueba judicial, crítica del testimonio, prueba indiciaria, métodos comparativos o de las series en arqueología, en lingüística, etc., todo está destinado a fundirse y a buscar su verdadera colocación y lugar respectivo, su científica significación y valor, en una teoría más amplia, rigurosamente lógica y exacta: la que bajo el título de método reconstructivo o metodología de las ciencias reconstructivas, me propongo elaborar"<sup>4</sup>. Sin duda se trata de actividades análogas, que deben servirse de métodos similares, aunque no siempre iguales, como es obvio. En el mismo sentido advierte LESSONA<sup>5</sup>, que estudiar la prueba en sí "es propio de la lógica, que es en derecho igual que en toda otra ciencia".

El jurista reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón

<sup>2</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 4.

<sup>3</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 7, 25, 170 y 185.

<sup>4</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, ed. cit., pág. 10.

<sup>5</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 8.

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, etc., lo hacen no sólo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros. La diferencia está, en realidad, en las consecuencias del resultado obtenido: las del juez o legislador son imperativas, vinculantes, en sus distintas condiciones de concretas o abstractas; las del historiador y de quienes adelantan actividades análogas (lingüista, paleontólogo, etc.), son informativas o polémicas, de libre aceptación. Pero aquéllos y éstos recurren a investigaciones similares y realizan análogas operaciones mentales para valorarlas y obtener conclusiones. Las causas judiciales pertenecen, en definitiva, a la historia contemporánea, y el juez es, en cuanto a la parte investigativa, un historiador de casos concretos. Como observa VISHINSKI<sup>6</sup>, las pruebas judiciales recaen sobre hechos ordinarios, sobre fenómenos que ocurren en la vida, sobre las mismas cosas, los mismos hombres y las acciones realizadas por éstos. Su distinta calidad depende del empleo que de ellas se haga: adquieren la categoría de *judiciales*, porque ingresan al proceso, o son simplemente históricas o arqueológicas o geológicas, etc., si permanecen en el respectivo campo de investigaciones extraprocesales.

También SILVA MELERO<sup>7</sup> considera que la prueba procesal "no es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas". FURNO<sup>8</sup> la califica de "complejo fenómeno jurídico", que trasciende el terreno procesal; y FENECH<sup>9</sup> habla de la compatibilidad de la prueba procesal "con la prueba universal, extraprocesal y metajurídica, ya que la prueba, como se ha dicho acertadamente por cierto sector de la doctrina alemana, no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida".

<sup>6</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 251.

<sup>7</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 30.

<sup>8</sup> FURNO: *Teoría de la prueba legal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 16.

<sup>9</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 595.

## 2. Método general para la reconstrucción de cosas, hechos o actos y el judicial probatorio

En todas las ciencias reconstructivas se trata, según observa DELLEPIANE<sup>10</sup>, “de ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas”; por eso el método común que emplean puede llamarse reconstructivo, aun cuando por la diversidad de sus actividades necesitan recursos propios que los diferencian en concreto, porque “cada problema especial no se resuelve bien sino por un método construido especialmente para él, adaptado a la naturaleza de sus datos y de sus dificultades”<sup>11</sup>.

De lo anterior se infiere que ese método reconstructivo no es simple, sino complejo, tanto en los instrumentos utilizados como en el proceso siquico de quien lo emplea y de quien es su destinatario, pues, como observa el mismo autor, “combina varios procedimientos lógicos, por no decir todos los procedimientos lógicos conocidos” y otros psicológicos y técnicos; pero tiene un punto de partida común: la observación de los rastros, vestigios, huellas, efectos, dejados por los hechos que se quiere reconstruir y, en raras ocasiones, de estos mismos, cuando por excepción puedan observarse directamente; y la recolección, conservación, descripción, reproducción y consignación de rastros y documentos<sup>12</sup>. El método judicial probatorio es uno de los varios comprendidos en el género reconstructivo. De ahí que en el derecho moderno se acepte la analogía entre el juez y el historiador<sup>13</sup>. Más adelante estudiaremos las diversas operaciones mentales que implica la valoración de la prueba (cfr. núm. 77).

## 3. Importancia de la prueba en el derecho y en el proceso

No hace falta mayor imaginación para comprender la enorme importancia que la prueba tiene en la vida jurídica; sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de éste, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano (sistema primitivo de justicia privada) o por espontánea condescendencia de los demás (hipótesis excepcional, dado el egoísmo, la ambición y la inclinación a la rapiña, propias de la naturaleza humana).

<sup>10</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 31.

<sup>11</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, ed. cit., pág. 32.

<sup>12</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, ed. cit., págs. 33, 54 y 182.

<sup>13</sup> GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milán, A. Giuffrè Editore, 1961, pág. 250.

Recuérdese que toda norma jurídica es, por esencia, violable, ya que regula conductas humanas y parte de la base de que éstas pueden tener otra manifestación, por lo cual se hace indispensable exigir la contemplada en ella<sup>14</sup>. Por lo tanto, sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado<sup>15</sup>. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo.

La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno.

Por eso Jeremías BENTHAM<sup>16</sup> escribió hace más de un siglo, que "el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas"; y, en nuestros días, Santiago SENTÍS MELENDO<sup>17</sup> observa, en el mismo sentido, que "la prueba constituye la zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba".

En hermosa expresión dice a este respecto CARNELUTTI<sup>18</sup>: "El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba." Luego habla de la "relación de la prueba con el presente, que es uno de los conceptos prejurídicos más misteriosos", y agrega: "La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento"; del juicio, no del proceso, pues antes observa que la prueba "es una de las claves, no tanto para la teoría del proceso, cuanto para la del juicio, que es lógica pura". Empero, esto no significa que la actividad probatoria sea solamente lógica, porque es también psicológica y técnica (cfr., núms. 77-78).

Para el estudioso del derecho y particularmente para el abogado o el juez, la prueba viene a ser el complemento indispensable de todos sus conocimientos, pues sin ella ni podrá ejercer su profesión ni administrar justicia. Lástima, pues, que tan pocas horas sean destinadas en las universidades a esta materia, que, con sus inseparables hermanas, la lógica y la psicología judicial, deberían ocupar siquiera dos cursos

<sup>14</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 11.

<sup>15</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 61-62.

<sup>16</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 10.

<sup>17</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, t. I, pág. 182.

<sup>18</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 18.



anuales de mucha intensidad. Mientras esto no se haga, no habrá jueces completamente capacitados, ni buena justicia.

El fin principal del proceso es la realización del derecho como satisfacción de un interés público del Estado, y el secundario, la justa composición de los litigios o solución de la petición del actor (cuando no hay litigio), como lo explicamos ampliamente en otro lugar<sup>19</sup>. Para poder cumplir esos fines, el proceso necesita entrar en contacto con la realidad del caso concreto que en él se ventila, pues si el juez no conoce exactamente sus características y circunstancias, no le es posible aplicar correctamente la norma legal que lo regula y declarar así los efectos jurídicos materiales que de ella deben deducirse y que constituirán el contenido de la cosa juzgada, en estricta congruencia con la demanda y las excepciones<sup>20</sup>. Ese indispensable contacto con la realidad de la vida sólo se obtiene mediante la prueba<sup>21</sup>, único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto. Por eso dice CARNELUTTI<sup>22</sup> que las pruebas "son así un instrumento elemental, no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general; sin ellas el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad". Creemos que CARNELUTTI agrupa en ese uno por ciento restante, en que el derecho alcanza su finalidad sin la prueba, los casos excepcionales en que los terceros obligados a satisfacerlo o respetarlo, lo hacen voluntariamente, a sabiendas de esa ausencia de prueba del titular. PLANIOL y RIPERT<sup>23</sup> exponen el mismo concepto: "Un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil. *Idem est non esse aut non probari.*"

En el campo del derecho la prueba puede estar destinada al juez, pero también a funcionarios administrativos, e inclusive, a particulares; ejemplos de lo último se encuentran en abundancia en el comercio de bienes, como cuando el vendedor o prestatario exhibe las pruebas de su propiedad al comprador o prestamista; en las relaciones entre colindantes, cuando amigablemente se traza la línea divisoria de acuerdo con los títulos; en cuestiones de estado civil, cuando se prueba la filiación para el ingreso de nuevos alumnos en colegios, etc. La prueba tiene, pues, una función social, al lado de la función jurídica, y, como una especie de ésta, existe la función procesal específica. De ahí que junto al fin procesal de la prueba, que más adelante estudiaremos (*cfr.*,

<sup>19</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 44.

<sup>20</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núms. 448 y 453.

<sup>21</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, t. I, pág. 493.

<sup>22</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 18 y Apéndice, pág. XVII; *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 674 y sigs.

<sup>23</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 747.

cap. IX), ésta tiene un fin extraprocesal muy importante: dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios, servir de garantía a los derechos subjetivos y a los diversos *status* jurídicos.

#### 4. 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.

CARNELUTTI<sup>24</sup> nos ofrece esta definición: "El conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos." Pero las palabras "fijación de los hechos" pueden hacer pensar que se trata del sistema de la tarifa legal, por lo cual preferimos hablar de "demostración" o "comprobación" y, mejor aún, de convicción del juez sobre tales hechos, para incluir así los dos sistemas de valoración que más adelante estudiaremos (*cfr.*, cap. V).

VISHINSKI<sup>25</sup> las define más sencillamente, como "el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas".

Rocco<sup>26</sup> dice que en un sentido amplio la institución de la prueba es "el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba".

De manera que esta materia contempla dos aspectos de la prueba para fines procesales, como muy bien lo observa GORPHE<sup>27</sup>: a) el de la forma o procedimiento, que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica; b) el de fondo, que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas de procedimiento.

En sentido estricto, por *derecho probatorio* se entiende, como explica Antonio ROCHA<sup>28</sup>, una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que comprende en general "la veri-

<sup>24</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 44, núm. 10.

<sup>25</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 252.

<sup>26</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 181.

<sup>27</sup> GORPHE: *Crítica del testimonio*, Madrid, Edit. Reus, 1962, págs. 33 y 34.

<sup>28</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 2 y *De la prueba en derecho*, Edit. Lerner, Bogotá, 1967, págs. 13-19.

ficación social de hechos", es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal. Es en el *derecho probatorio* donde puede separarse la parte procesal o sustancial de esta rama del derecho; no en las *pruebas judiciales*, porque la denominación misma excluye la posibilidad de negarles un carácter puramente procesal, como veremos más adelante (*cfr.*, núms. 13-14).

5. **¿Existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.?**

Las importantes diferencias que existen entre los procesos civil y penal, notablemente disminuidas donde se ha otorgado al primero una fisonomía oral, inquisitiva y con libertad de apreciación del material probatorio, han conducido a algunos autores a sostener la tesis de que es imposible o inconveniente una teoría general de la prueba, aplicable a toda clase de procesos. Así, FLORIAN<sup>29</sup> se pronuncia a comienzos del siglo contra el método de unificar los principios generales de las pruebas civiles y penales, pero acepta que hay mucho de común entre la prueba penal y la administrativa; quizá su criterio sería diferente ante el moderno proceso civil de Italia o Alemania y de otros países.

Creemos, sin embargo, con Valentín SILVA MELERO<sup>30</sup>, PLANIOL y RIPERT<sup>31</sup> y otros, 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, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso. Existe, pues, una unidad general de la institución de la prueba judicial.

Como lo veremos al estudiar los principios generales de la prueba judicial (*cfr.*, cap. VI), la mayoría de ellos tiene aplicación a toda clase de procesos, y sólo unos pocos (como el dispositivo o inquisitivo, el de la tarifa legal o el de la libre apreciación, el de la oralidad o el de la escritura, el de la concentración e intermediación, se encuentran regulados legalmente en desacuerdo, en algunos países, pero en otros de más moderna legislación ha desaparecido tal diferencia (*cfr.*, cap. V). Es decir, la falta de facultades inquisitivas y de libertad de apreciación, de concentración e intermediación y de oralidad en el proceso civil, no es más que deficiencia y retraso en su regulación legal en los países que se han quedado a la zaga del movimiento jurídico procesal del presente siglo; pero de ninguna manera significa que tales principios no tengan aplicación a este proceso, y, por el contrario, se hace indispen-

<sup>29</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 25.

<sup>30</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 44 y 48.

<sup>31</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. II, pág. 2.

sable introducirlos para eliminar el lamentable divorcio que en esos países existe entre el fin de interés público del proceso, la jurisdicción y la acción, y los resultados que con el primero se obtienen.

Por otra parte, existen algunas diferencias en la admisión y valoración de ciertas pruebas, como la confesión, que en el proceso civil tiene extraordinaria importancia y eficacia, al paso que en el penal se la somete a rigurosa inspección y se la rechaza para ciertos efectos; pero hay materias civiles en que se la limita, como las de estado civil. En materia de presunciones (que en realidad no son pruebas) 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 algunas de culpabilidad muy reducidas y discutidas. El principio fundamental en lo civil de la carga de la prueba es para algunos penalistas inaplicable en el proceso penal y para otros tiene aplicación, pero con menor importancia y alcance que en aquél, como veremos más adelante (*cfr.*, núms. 126-127). Mas tales diferencias tampoco se oponen a una teoría general de la prueba, pues se refieren a detalles de procedimiento o a especiales regulaciones, que también pueden presentarse entre los diversos procedimientos civiles.

Algunas de las diferencias que suelen señalarse entre los dos procesos, no existen en realidad; así sucede con el fin de la prueba, que con frecuencia se establece, para lo penal, en la búsqueda de la verdad real, y para lo civil, sólo en la fijación de la mal llamada verdad formal, porque la verdad es solo 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 (*cfr.*, cap. IX), 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. En los países que conservan estas caducas limitaciones del proceso civil, de los cuales es ejemplo Colombia, sólo puede hablarse correctamente de que el convencimiento del juez se obtiene de manera formal y sobre el material suministrado por las partes que puede ser incompleto, en oposición a lo que ocurre en el proceso penal, que le permite llegar a un convencimiento subjetivo y real; pero es ilógico e injurídico hablar de verdad formal o real. En el mismo sentido observa Carlo FURNO<sup>82</sup>, que en vez de verdad real y formal, es mejor hablar de "certeza histórica judicial" y "certeza histórica legal", lo cual nos parece correcto. Además, esa diferencia puede eliminarse dotando al juez civil de facultades inquisitivas y de libertad para apreciar las pruebas, facultades que no sólo son compatibles con su naturaleza, sino que han sido consagradas en muchos países con buen éxito (*cfr.*, núms. 23 y 27).

En cuanto a los procesos laboral, contencioso administrativo, de

<sup>82</sup> CARLO FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, núm. 6, pág. 21.

aduanas, fiscal y comercial, 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 las mismas deficiencias legislativas o que estén organizados de manera más moderna y eficaz, con oralidad, libertad de apreciación y poderes inquisitivos del juez.

Así como existe la unidad de jurisdicción, a pesar de sus diversas ramas, así también existe una teoría general de la prueba judicial aplicable a todos los procesos, sin que por esto se desconozcan las artificiales diferencias que todavía se conservan, principalmente entre el penal y el civil.

## CAPÍTULO II

### NOCION O CONCEPTO DE LA PRUEBA. EL DERECHO SUBJETIVO DE PROBAR

#### 6. Naturaleza jurídica del acto probatorio

Consideradas desde el punto de vista de su aportación al proceso, como actividad del juez o las partes o 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<sup>1</sup>. Si se considera la prueba, como también es frecuente hacerlo (*cf.*, núm. siguiente), desde el punto de vista del resultado que con ella se persigue, es decir, del convencimiento del juez sobre los hechos del caso, lo que implica una actividad síquica de éste, aparece igualmente claro su carácter de acto jurídico procesal.

Podría pensarse que cuando se aducen como prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito hechos en los cuales no interviene la voluntad humana, como fenómenos de la naturaleza (terremotos, inundaciones, etcétera), la prueba puede consistir en simples hechos jurídicos en sentido estricto; pero entonces se confunde el objeto de la prueba, que sería ese terremoto o esa inundación, con la prueba misma, que es la inspección judicial, el dictamen de peritos o los testimonios utilizados con el fin de convencer al juez de su existencia presente o pasada. Podría objetarse que los indicios pueden consistir en huellas o rastros de hechos no humanos ni provocados por un acto de voluntad humana, esto es, en simples hechos jurídicos; pero esos hechos no adquieren la categoría de indicios sino al ser aportados al proceso mediante su prueba por inspección del juez, por testigos o peritos y luego calificados por el juez en cuanto a su conexión con el hecho o acto que se pretende demostrar por ese medio, razón por la cual procesalmente no se les puede considerar como prueba indiciaria al estar aislados de estos ac-

<sup>1</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 8.

tos jurídicos procesales; además, será excepcional encontrar una prueba indiciaria conformada sólo por hechos de aquella naturaleza, pues de ordinario entre ellos existirán actos humanos o rastros y efectos de éstos, ya que en el proceso se juzga precisamente sobre conductas humanas. La prueba puede tener por objeto hechos o actos jurídicos, pero ella es siempre un acto humano, tanto en su origen, que puede ser extraprocesal y anterior al proceso (los documentos), como en su aportación o práctica dentro del proceso<sup>2</sup>.

Esta última observación nos conduce a distinguir la naturaleza de la prueba según se la considere en función del proceso o como formalidad para la validez o existencia de determinados actos jurídicos materiales (como la escritura pública en la compraventa de inmuebles, en Colombia); en el primer caso se trata, como hemos dicho, de actos jurídicos procesales, inclusive cuando se practica antes del proceso, como sucede con las inspecciones judiciales o declaraciones extrajudicio, pero ante funcionario judicial, para futura memoria; en el segundo caso se trata de actos jurídicos materiales, puesto que forman parte del contrato o acto para cuya existencia o validez se ejecuta esa formalidad. Mas cuando es requisito *ad substantiam actus*, la prueba es un acto jurídico material (escritura pública contentiva del contrato de compraventa) 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), sin que por eso pierda la primera condición. De ahí que consideramos que la presencia de normas materiales sobre formalidades para la validez o existencia de actos o contratos, no impide que exista en un proceso civil el sistema de la libre apreciación de las pruebas.

## 7. Concepto o noción procesal de la prueba

No solamente la prueba en su sentido general, procesal y extraprocesal, tiene un significado polifacético, como observa SILVA MELERO<sup>3</sup>, o poliédrico, como dice FLORIAN<sup>4</sup> (y lo explicamos en el número 1), sino también en su aspecto puramente procesal. De esto surge la variedad de definiciones y conceptos que sobre ella nos ofrecen los autores y la consiguiente dificultad para precisar su noción.

Seis puntos de vista hemos encontrado en los autores de derecho procesal general o de prueba en particular, para elaborar el concepto de prueba judicial, tanto en el campo civil como laboral o penal.

<sup>2</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núms. 362-363.

<sup>3</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1963, t. I, pág. 30.

<sup>4</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

1º) BENTHAM<sup>5</sup> la considera objetivamente desde “el más amplio sentido”, como “un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho”; en el mismo sentido dice CARNELUTTI<sup>6</sup> que “cuantas veces el hecho que hay que valorar no esté presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente” (estos objetos son las pruebas), y en otro lugar observa que en los códigos suele decirse que “un hecho hace prueba o hace fe de otro”<sup>7</sup>; FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>8</sup> afirma en igual sentido: “Un hecho físico nos lleva al conocimiento de otro hecho físico o moral, y el que nos conduce al conocimiento de otro que no ha sido percibido directamente, constituye la prueba de éste.”

Desde el primer punto de vista se restringe la noción de prueba a los hechos que sirven de prueba a otros hechos, lo que sucede en la prueba indiciaria o, con un poco más de amplitud, a los “objetos” que sirven de prueba, en los cuales cabe el documento.

2º) En un sentido más general, pero desde un punto de vista también objetivo, suele hablarse, con mayor frecuencia, de que es prueba judicial *todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho*, con lo cual se incluyen los “hechos”, los “objetos” y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto al conocimiento por el juez de la cuestión debatida o planteada sin litigio, en cada proceso. Este concepto lo encontramos, entre otros, en CARNELUTTI<sup>9</sup>, cuando habla de “equivalente sensible del hecho a apreciar”, o sea, del medio que proporciona su conocimiento y de “cualquier forma de fijación del hecho controvertido” como cada uno de los medios del proceso probatorio<sup>10</sup>; en FLORIAN<sup>11</sup>, cuando dice que una de sus acepciones es la de “medios que se emplean para esta investigación”, la de la verdad de los hechos; en CARRARA<sup>12</sup>, quien la

<sup>5</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, cap. IV, pág. 21.

<sup>6</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 257.

<sup>7</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 201.

<sup>8</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 20.

<sup>9</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 155; *La prueba civil*, 2ª ed., Apéndice, pág. XVII.

<sup>10</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, págs. 91 y 199.

<sup>11</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

<sup>12</sup> CARRARA: *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1957, t. II, pág. 381.



define como “todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”; en LESSONA<sup>13</sup>, para quien es prueba “todo medio que puede alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho”; en LAURENTE y DEL GRÚDICE, el primero de los cuales la define como “el medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutido”, y el segundo como el medio que el legislador reputa apto para confirmar la verdad de los hechos<sup>14</sup>; en PLANIOL y RIPERT<sup>15</sup>, quienes advierten que “se entiende también con ella los elementos de convicción considerados en sí mismos”; en FRAMARINO<sup>16</sup>, quien dice que en crítica criminal se da el nombre genérico de pruebas, a “todos los medios por los cuales la verdad puede llegar al espíritu”; en ROCCO<sup>17</sup>, quien le da como tercera acepción la de “los medios utilizados por las partes para ejecutar (*attuare*) el control de la verdad y existencia de los hechos (medios de prueba); en GUASP<sup>18</sup>, para quien la prueba es “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”; en DE LA PLAZA<sup>19</sup>, quien la considera por un aspecto como “el instrumento mismo”; en FENECH<sup>20</sup>, quien dice que se utiliza la palabra prueba para designar “un medio de prueba”; en ROSENBERG<sup>21</sup>, para quien una de las acepciones es la de “el medio de prueba”, como el testimonio; en ALSINA<sup>22</sup>, quien indica como una de sus acepciones la de “designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso de la instrucción”; en SILVA MELERO<sup>23</sup>, para quien la prueba no es la convicción del juez, sino el “medio para formarla”; en

<sup>13</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 7, pág. 7.

<sup>14</sup> Citas de LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, pág. 5.

<sup>15</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 749.

<sup>16</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 94.

<sup>17</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 181.

<sup>18</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 333.

<sup>19</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, t. I, pág. 442.

<sup>20</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 574.

<sup>21</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 200.

<sup>22</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 171.

<sup>23</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1963, t. I, pág. 32.

MOACYR AMARAL SANTOS, quien la considera el medio para obtener la convicción del juez<sup>24</sup>.

3º) Desde un tercer punto de vista, esta vez subjetivo, opuesto a los anteriores objetivos, se considera la prueba por el aspecto de su resultado, esto es, como *la convicción que con ella se produce en la mente del juez*, sobre la realidad o verdad de los hechos que, configuran el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa, bien sea con cada medio en particular o con el conjunto de los aportados al proceso. Así, FLOBIAN estima que es ésta la última de las acepciones que indica<sup>25</sup>; CARNELUTTI<sup>26</sup> dice que prueba se llama también "el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto", como cuando el código habla de argumentos de prueba, y en otro lugar observa que la doctrina habla generalmente de prueba como "demostración de la verdad legal de un hecho" o fijación de la verdad formal o material de los hechos, según el sistema que rija<sup>27</sup>, y que en los códigos se utiliza el término prueba también "para indicar el resultado del empleo de determinados medios de fijación de los hechos"<sup>28</sup>; SCHÖNKE<sup>29</sup> advierte que "a veces se entiende también por prueba, el resultado de la actividad probatoria" y en tal sentido se habla de que "se ha obtenido prueba"; PLANIOL y RIPERT<sup>30</sup> señalan como tercera aceptación del término, "el resultado de la producción de esos elementos; así decimos: una de las partes ha efectuado o no ha efectuado tal o cual prueba; la prueba es completa o no"; LESSONA<sup>31</sup> dice que "probar, en este sentido, significa hacer conocidos para el juez, los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser"; LAURENT, citado por LESSONA<sup>32</sup>, dice que "la prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho"; RICCI opina que "es suministrar la demostración de que un hecho ha existido" y el modo como ha existido<sup>33</sup>; ROCCO<sup>34</sup> le reconoce como uno de sus significados, la demostración de la existencia o de la

<sup>24</sup> MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no cível e comercial*, 3ª ed., San Paulo, Brasil, Edit. Max Limonad, t. I, núm. 6, pág. 16. Esta obra, en cinco tomos, es una de las mejores escritas sobre esta materia hasta el presente.

<sup>25</sup> FLOBIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

<sup>26</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 257.

<sup>27</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 44.

<sup>28</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 201.

<sup>29</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 198.

<sup>30</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 749.

<sup>31</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 3.

<sup>32</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 5.

<sup>33</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, cita de LESSONA, ob. cit., pág. 5.

<sup>34</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 181.

verdad de los hechos; SILVA MELERO<sup>35</sup>, luego de advertir que son muchos los significados del término prueba, dice que “procesalmente equivale a justificar, manifestar, demostrar o hacer patente un hecho, corroborar, confirmar, verificar, aclarar, establecer, averiguar o cerciorarse” de tal hecho, y por tanto significa “buscar la certeza en el proceso, para convencer de ella al juez, que es el fin de la prueba procesal”; DE LA PLAZA<sup>36</sup> enseña que el término se usa no sólo para designar el instrumento, sino para denominar el resultado que se obtiene merced a su empleo, y que en este último sentido se habla de apreciar las pruebas; ARAGONESES, siguiendo a CHIOVENDA<sup>37</sup>, dice que “probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso; FENECH<sup>38</sup> incluye entre los varios significados el de “resultado de la práctica de un medio de prueba”; KISCH<sup>39</sup> dice que, en sentido pasivo, probar es “el resultado de la actividad probatoria, es decir, el hecho de la convicción del juez (de que está convencido)”; ROSENBERG<sup>40</sup> incluye entre los significados de la palabra prueba “el resultado de la prueba”; SENTÍS MELENDO<sup>41</sup> afirma que “la prueba es verificación de afirmaciones”, que no es solo averiguar, sino corroborar o verificar<sup>42</sup>; ALSINA<sup>43</sup> la define, en su acepción lógica, como “demostrar la verdad de una proposición”, en su significado corriente como “una operación mental de comparación”, y judicialmente, como “confrontación de la verdad de cada parte con los medios producidos para abonarla”; ALZATE NOBEÑA<sup>44</sup> habla de “un tercer sentido de la palabra prueba y es el estado del espíritu, el fenómeno psicológico que se produce en el juez o en las partes con los elementos de convicción expresados, los cuales le dan la certeza acerca de

<sup>35</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1963, t. I, pág. 31.

<sup>36</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, pág. 442.

<sup>37</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 493; CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, t. III, pág. 205.

<sup>38</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 574.

<sup>39</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1940, pág. 197.

<sup>40</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 200.

<sup>41</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, pág. 158.

<sup>42</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, páginas 173, 175 y 177.

<sup>43</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 171.

<sup>44</sup> ALZATE NOBEÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá Librería Siglo XX, 1944, pág. 13.

la existencia de los hechos sobre que ha de recaer el fallo" y que entonces equivale a certeza; AMARAL SANTOS la contempla por el aspecto subjetivo, como la creencia en la certeza sobre el hecho<sup>45</sup>.

Esta tercera aceptación es admitida por la unanimidad de los autores al lado de la anterior, y podemos afirmar que tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo son imprescindibles en el lenguaje jurídico procesal, porque no puede desligarse la noción de prueba de los medios utilizados para suministrarla, ni tampoco de la finalidad o resultado perseguido con ella.

4º) La observación hecha en el párrafo anterior pone de presente que existe un cuarto punto de vista, en el cual se combina el concepto objetivo de medios, tomados en conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que con ellos se obtiene en la mente del juez, vale decir, que es una síntesis de los tres anteriores, y entonces se define la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen. Desde este punto de vista dice FLORIAN que, en un sentido más amplio, prueba es "el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento" cierto o probable de cualquier cosa<sup>46</sup> y MITTERMAIER, en definición aceptada luego por MANCINI, SCIALOJA y otros, como observa FLORIAN<sup>47</sup>, habla de "conjunto de motivos que producen certeza"; en igual sentido dice SCHÖNKE<sup>48</sup> que "en ocasiones se habla de prueba para designar los motivos sobre los que descansa la convicción judicial"; KISCH<sup>49</sup> dice que "en ocasiones designa inclusive los motivos de la convicción del juez"; CARNELUTTI se orienta hacia este aspecto, tanto al explicar en *La prueba civil*<sup>50</sup> su sentido jurídico, como en la primera edición de la *Teoría general del derecho* y en las *Instituciones*, cuando dice que "las pruebas son, pues, un equivalente sensible del hecho a apreciar, en el sentido que proporcionan al evaluador una percepción, merced a la cual puede adquirir el conocimiento de ese hecho"<sup>51</sup>; en la 2ª ed. de la *Teoría general*, y en las *Lezioni sul processo penale*<sup>52</sup> considera que la prueba es "un medio que brinda al juez una experiencia, y que, por lo tanto, le sirve para relacionar la especie con el género, es decir, el pasado y el futuro", como explica AUGENTI en el apéndice a la segunda edición de *La*

45 AMARAL SANTOS: ob. cit., t. I, núm. 8, pág. 17.

46 FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

47 FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

48 SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 198.

49 KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1940, pág. 197.

50 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 42.

51 CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro Ital., 1951, pág. 439.

52 CARNELUTTI: *Lezioni sul processo penale*, t. I, pág. 204 y sigs.

*prueba civil*<sup>53</sup>, motivo por el cual su concepto definitivo comprende tanto los medios empleados como el resultado producido en el juez; CHIOVENDA<sup>54</sup> estima que probar es crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, lo que implica suministrarle los medios para tal fin; DOMAT dice, desde igual punto de vista, que en sentido lógico se llama prueba, “*in genere*, a aquello que persuade de una verdad al espíritu, y prueba judicial al medio regulado por la ley para descubrir y establecer con certeza la verdad de un hecho controvertido”<sup>55</sup>; también FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>56</sup> es partidario de este punto de vista mixto, pues opina que, “en conclusión, la prueba es la relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad”, esto es, comprende tanto el término subjetivo como el objetivo, los medios empleados que constituyen la relación y el resultado que es el convencimiento de la verdad. De la misma opinión es también Rocco<sup>57</sup>, para quien la prueba, es el “control (*controllo*) de la verdad o existencia de los hechos propuestos y afirmados por las partes, lo cual implica: 1) actividad de las partes; 2) actividad de los órganos del control o jurisdiccionales”, es decir, los medios suministrados y el resultado obtenido al apreciarlos el juez. SILVA MELERO<sup>58</sup> igualmente es partidario de este concepto, pues afirma que la prueba “es un medio para establecer la verdad, no la verdad misma” y “un instrumento que en el proceso se emplea para conseguir aquel fin: la justa y acertada decisión del litigio o declaración del derecho”, y advierte que “no es la convicción del juez, sino el medio para formarla”; GUASP<sup>59</sup> aeoge este punto de vista, y la define como “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”; DE LA PLAZA<sup>60</sup> se inclina en definitiva por ese concepto mixto, en consideración a que el juez debe apreciar los medios aportados, como fundamento de su convicción; ARAGONESSES<sup>61</sup> considera igualmente que, en definitiva, se trata de los medios suministrados

<sup>53</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., Apéndice, núm. XVII, págs. 227 y 228.

<sup>54</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, t. III, pág. 205.

<sup>55</sup> DOMAT: cita de LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, t. I, pág. 4.

<sup>56</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 94.

<sup>57</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 180.

<sup>58</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1963, t. I, págs. 31-32.

<sup>59</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 333.

<sup>60</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, t. I, pág. 442.

<sup>61</sup> ARAGONESSES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 493.

“para producir en el juez la convicción psicológica de los hechos en los que se basan las pretensiones del actor o la oposición del demandado”; KISCH<sup>62</sup> opina que también significa “los motivos de la convicción del juez”, o sea, medios que producen esa convicción.

Puede decirse que los autores citados en el párrafo precedente, que en forma expresa no se deciden en favor de este concepto mixto de la prueba, objetivo y subjetivo, en forma indirecta lo acogen, al presentarlos separadamente, pero como dos necesarias acepciones del término. En consecuencia, podemos concluir que 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.

Pero existen todavía otros dos puntos de vista, jurídicamente inapropiados, de alguna frecuencia en el lenguaje de los autores y legisladores.

5º) Desde un punto de vista objetivo, pero que mira no al medio o hecho que sirve para probar, como en los dos primeros, sino a la cosa o hecho o acto que se quiere probar, se habla de prueba *identificándola erróneamente con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba*, según advierte FLORIAN<sup>63</sup>. En este sentido impropio se dirá que el hecho culposo es la prueba de la responsabilidad del demandado, mas en verdad se trata de su causa jurídica y la prueba la forman en realidad los medios utilizados para convencer al juez de que existió ese hecho culposo.

6º) Por último, se habla de prueba también como *la actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba*, confundiéndose ésta con la manera de producirla y apreciarla en el proceso; tal significado lo incluyen, entre los varios que puede tener el término, FLORIAN<sup>64</sup>, CARNELUTTI<sup>65</sup>, ROCCO<sup>66</sup>, KISCH<sup>67</sup>, ROSENBERG<sup>68</sup>, ALZATE NOREÑA<sup>69</sup>. En este sentido se dice que las partes “hacen o producen la prueba” o que el juez “ordena, practica y aprecia o valora la prueba”, para referirse, no a los

<sup>62</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1940, pág. 197.

<sup>63</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

<sup>64</sup> FLOBIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2.

<sup>65</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., págs. 40, 91 y 201. *Sistema...*, t. I, pág. 674.

<sup>66</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 181.

<sup>67</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1940, pág. 197.

<sup>68</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 200.

<sup>69</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 13.

medios llevados al proceso o valorados por el juez, sino a la actividad de producción o de apreciación; sin embargo, bien pueden entenderse estas frases, con mejor técnica, aplicándolas a los medios o motivos de prueba aportados al proceso para obtener el convencimiento del juez sobre los hechos y a la valoración de aquéllos para adoptar la decisión, es decir, sin salirse del cuarto punto de vista que hemos explicado.

### 8. 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; que la cuarta agrupa aquéllas y la tercera, y que las quinta y sexta son usos inapropiados del término, pero que contemplan en todo caso el aspecto formal (en cuanto se refiere al objeto probado o a la actividad externa para producir la prueba), excepto el último, que comprende además la actividad subjetiva de apreciación del contenido sustancial de los medios empleados, fácilmente se deduce, como lo hace FLORIAN<sup>70</sup>, que son tres los aspectos que presenta la noción: *su manifestación formal*, es decir, los medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, como testimonios, documentos, indicios, etc. (primera y segunda acepciones); *su contenido sustancial*, que es mejor denominar *esencial*, o sean las razones o motivos que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de los hechos (cuarta acepción); *su resultado subjetivo* o el convencimiento que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador (tercera, cuarta y sexta acepciones) y en este sentido el juez concluye si hay o no prueba de determinados hechos.

Esta triple fisonomía de la prueba la acepta también Rocco<sup>71</sup>, pues dice que el vocablo puede tener tres significados: ora como medio utilizado por las partes o medio de prueba (aspecto formal); ora como razón para proponer la existencia o la verdad de los hechos (contenido sustancial); ora como control de esa verdad o existencia, mediante la actividad del órgano jurisdiccional (resultado subjetivo de la prueba).

Desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer estos tres aspectos de la noción: el vehículo, medio o instrumento; el contenido sustancial, o mejor dicho esencial (para evitar que el lector tome la palabra como opuesta a procesal, con lo cual se desvirtuaría el concepto, y la entienda como sustancia o esencia de la prueba), y el resultado o efecto obtenido en la mente del juez.

<sup>70</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2, final, y 3.

<sup>71</sup> Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 181.

## 9. 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 *prueba*, en un sentido riguroso, de la noción de *medios de prueba*<sup>72</sup>.

De esta manera se tiene que, en 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 (*cf.*, núm. 11).

## 10. Qué se entiende por "probar" en el lenguaje común y en derecho procesal

Observan CARNELUTTI<sup>73</sup> y Rocco<sup>74</sup> que la expresión tiene significados diversos en el lenguaje vulgar o común y en el lenguaje jurídico.

Según explica el primero, en el lenguaje común se usa "como comprobación de la verdad de una proposición afirmada", y, en este sentido, prueba es la comprobación, no de los hechos, sino de las afirmaciones; pero en el mismo lenguaje común se produce una trasposición o traslación en el significado del vocablo, en virtud de la cual, prueba no designa sólo la comprobación, sino, asimismo, el procedimiento o la actividad usada para la comprobación; no es ya la demostración de la exactitud de la operación, sino *esta misma operación*; se opera así un cambio entre resultado y procedimiento o actividad, y entonces ya el objeto de la prueba son los hechos y no las afirmaciones, concepto que más tarde reafirma para la prueba judicial<sup>75</sup>: objeto mediato de la prueba es el hecho e inmediato es la afirmación, y su función es la de verificar. Y agrega CARNELUTTI: "Hasta cierto punto, el valor originario del vocablo, que radica en el concepto de *comprobación*, se conserva en el lenguaje jurídico. Es notable que con el nombre de prueba

<sup>72</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 181.

<sup>73</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, págs. 38-44.

<sup>74</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1961, t. II, pág. 180.

<sup>75</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 674.



se designen sólo los procedimientos mediante los cuales el juez comprueba los hechos afirmados por las partes”, no las normas de derecho, ni los hechos aceptados por ambas partes. Mas “a partir de este punto cesa la coincidencia entre el significado corriente y el jurídico del vocablo”; porque, en el campo jurídico, “la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la búsqueda de su verdad, sino de los procesos de fijación formal”, es decir, de una tarifa legal para su valoración, y, por ello, probar “no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados”<sup>76</sup>.

Nos parece inadecuado alterar el concepto de la actividad de probar judicialmente, según disponga el juez o no de libertad para apreciar los medios suministrados. El mismo CARNELUTTI dice a continuación<sup>77</sup>: “Sería absolutamente trivial demostrar que la ley habla de prueba para indicar todos los procedimientos de comprobación de los hechos por obra del juez, sea cualquiera la medida del vínculo impuesto respecto de ellos a su libre búsqueda.” Sin embargo, a continuación advierte que la doctrina ha sido conciente de esta alteración del significado corriente del término (comprobación de la verdad) y por eso suele agregar a la definición las palabras “por los medios legales”, o decir más brevemente “demostración de la verdad legal de un hecho”. Por último concluye diciendo que, si en rigor no es un concepto inexacto, debe aclararse con la metáfora usada en la antítesis entre verdad material y verdad formal; o sea que, según el criterio de CARNELUTTI, cuando rija el sistema de tarifa legal debe hablarse de “demostración de la verdad formal o judicial de los hechos discutidos”, mientras que, si existe libre apreciación, podrá hablarse de “demostración de la verdad material de los hechos discutidos”.

No estamos de acuerdo con esta distinción. La actividad de probar en el proceso es una misma, cualquiera que sea su resultado: encontrar la verdad o conformarse con lo que la ley dice previamente qué es la verdad o su fijación formal; se trata, en ambos casos, de hacer conocer al juez los hechos sobre los cuales debe proferir decisión, por los medios y modos autorizados por la ley. Cosa diferente es que, como consecuencia de una actividad posterior del juez (la de apreciar el mérito de convicción que tengan las pruebas aportadas), dicho funcionario se deba conformar con encontrar la fijación formal de los hechos a través de esas pruebas, o que, por el contrario, pueda escudriñar su contenido para conocer la realidad. De igual manera, las nociones jurídicas procesales de prueba y probar son unas mismas, sea que corresponda exclusivamente a las partes su aporte, o que el juez esté dotado de facultades inquisitivas para producirlas. En consecuen-

<sup>76</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, págs. 42-44.

<sup>77</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 44.

cia, el resultado formal o real de la prueba y los sujetos activos de ésta no deben influir en su noción jurídica procesal, y, por ello, creemos indispensable estructurarlas de modo que comprendan esas diversas situaciones, sin necesidad de recurrir a distintas definiciones.

Desde este punto de vista opinamos que, en vez de hablar de “demostración de la verdad material” y de “demostración de la verdad legal o formal” de un hecho, es mejor decir que procesalmente *probar es la demostración legal de un hecho*, porque así se comprenden los varios sistemas que la ley procesal puede consagrar para la producción y valoración de la prueba.

Por otra parte, algunos autores consideran que la actividad de probar judicialmente está limitada a los hechos *controvertidos o discutidos*, y excluyen de ella los aceptados o admitidos por las partes, por lo cual le niegan el carácter de prueba a la confesión y la consideran como un sustituto de la prueba (*cfr.*, objeto y medios de prueba, números 33-37, 67 y 139). LESSONA tiene este criterio, como se deduce de su definición: “Probar, en este sentido, significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos o dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser”<sup>78</sup>. CHIOVENDA y MICHELI admiten también este punto de vista<sup>79</sup>.

CARNELUTTI adoptó este concepto en sus primeros estudios<sup>80</sup>: “Tampoco se habla de prueba a propósito de los hechos sobre los cuales media afirmación concorde de las partes”; “se limita a los procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos *controvertidos (afirmados y no admitidos)*”, es decir, cuando hay verdadera actividad del juez a falta de acuerdo en las partes; pero, como lo observa AUGENTI en el apéndice a la misma obra<sup>81</sup>, su concepto evolucionó lentamente; así, en las *Lezioni di diritto proc. civile* tiende a excluir del concepto de prueba la actividad del juez que comprueba, para referirse sólo al “instrumento que sirve para la comprobación”<sup>82</sup>; en el *Sistema* la analiza como “el procedimiento dirigido a la verificación de las razones” (no ya de hechos controvertidos) y la define como un instrumento “no tanto del proceso como del derecho”<sup>83</sup>; en la *Teoría generale del diritto* y en las *Istituzioni* la estima como “un equivalente sensible del hecho por apreciar, en el sentido de que proporcionan al

<sup>78</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 2, pág. 3.

<sup>79</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 282; MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1951, núm. 16, pág. 112.

<sup>80</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 43.

<sup>81</sup> *La prueba civil*, Apéndice, XVII, págs. 227-228.

<sup>82</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. II, pág. 386.

<sup>83</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944, t. I, pág. 674.

evaluador una percepción, mediante la cual puede adquirir el conocimiento de ese hecho"<sup>84</sup>; en la segunda edición de la *Teoría generale* y en las *Lezioni sul procedimento penale* considera definitivamente la prueba como el medio que brinda al juez una experiencia y que, por lo tanto, le sirve para relacionar la especie con el género, el pasado y el futuro<sup>85</sup>. Por esta razón, el concepto emitido a principios del siglo en *La prueba civil* quedó definitivamente revaluado.

CARNELUTTI tuvo razón al eliminar la idea de controversia de la sustancia de la actividad probatoria en el proceso, porque nos parece que al incluirla se confunden dos conceptos muy diferentes: el de la *necesidad* de la prueba y el de la prueba en sí misma. Puede decirse que si la parte interesada en demostrar un hecho dispone de la confesión de su adversario o si hay acuerdo sobre tal hecho, no tiene necesidad de aportar otras pruebas; pero no puede negársele a la confesión el carácter de prueba por la circunstancia de hacer innecesarias otras adicionales. A este respecto observamos, en primer lugar, que para el juez esa confesión o ese acuerdo sobre el hecho afirmado en la demanda y admitido en la contestación (que equivale a confesión) es prueba de él, exactamente como forman prueba varios testimonios que le den igual seguridad, y tanto en el primer caso como en el segundo debe apreciar la declaración (de las partes o de los terceros), para concluir si en el proceso se encuentra demostrado el hecho que debe servir de base a su decisión. En segundo lugar, recordamos que en ocasiones la confesión no es admisible como prueba de los hechos del proceso, tal como ocurre en materia de estado civil o puede suceder en lo penal (si no aparece el cuerpo del delito, C. de P. P. colombiano, art. 255), y, por lo tanto, el acuerdo de las partes sobre un hecho de éstos no exime al interesado de presentar otras pruebas. Por último, advertimos que la prueba existe y es necesaria en el proceso voluntario, donde los hechos no aparecen controvertidos<sup>86</sup>. Consideramos que la noción se aplica en general a todos los hechos que deben servir de fundamento a la decisión del juez, haya o no acuerdo sobre ellos.

La mayoría de los autores modernos eliminan de la noción de prueba y de actividad probatoria, para fines procesales, la exigencia de la controversia sobre el hecho. Así, RICCI<sup>87</sup> dice que probar es suministrar la demostración de que un hecho dado ha existido de determinado modo; FLORIAN<sup>88</sup> afirma que "probar significa suministrar en el proceso el

<sup>84</sup> CARNELUTTI: *Teoría generale del diritto*, Boma, Foro Ital., 1951, pág. 439; *Istituzioni*, t. I, pág. 155.

<sup>85</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. I, págs. 204 y sigs.

<sup>86</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 74.

<sup>87</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, pág. 11.

<sup>88</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, número 2.

conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho"; KISCH<sup>89</sup> considera que, en un sentido activo, probar "significa la actividad procesal dirigida a fundar o desvirtuar la convicción de los jueces"; ARAGONESES<sup>90</sup> habla de "crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de hechos de importancia en el proceso"; GUASP<sup>91</sup> habla de "convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo"; SENTÍS MELENDO<sup>92</sup> dice que el objeto de la prueba "son los hechos en cuanto hayan sido afirmados, en lo esencial, por las partes"; para COUTURE<sup>93</sup> es "controlar las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio"; en el mismo sentido se pronuncia ALSINA<sup>94</sup>, quien dice que probar es la "confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla"; CLARO SOLAR<sup>95</sup> opina que es la "demostración, con ayuda de los medios autorizados por la ley, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho pretendido". Véanse otras citas en "objeto, tema y necesidad de la prueba" (cfr., núms. 33-35).

## 11. Nuestras definiciones

Dijimos antes que desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran en favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción.

Explicamos que, ahondando en el concepto, puede distinguirse la prueba en sí misma y los medios de prueba o instrumentos que la suministran; aquélla la forman entonces "las razones o los motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos", y los medios de

<sup>89</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1940, pág. 197.

<sup>90</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 493.

<sup>91</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 33.

<sup>92</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, t. I, pág. 174.

<sup>93</sup> COUTURE: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1958, pág. 217.

<sup>94</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 171.

<sup>95</sup> CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, pág. 656.

prueba son "los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos", por lo cual pueden aducirse medios de prueba que no sean pruebas de nada, cuando no contengan motivos o razones para la convicción del juez. 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.

No debe limitarse la noción procesal de probar a los hechos controvertidos, sino a todos los que deben servir de fundamento de la decisión del juez, ni se la debe vincular al sistema de valoración, libre o tasada, que rija en el proceso.

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 en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.*

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

Y prueba (en el sentido general de que existe prueba suficiente en el proceso) es el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza.

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 una verificación real). Los motivos de la convicción los tomará el juez de la ley o de su personal apreciación, pero en ambas hipótesis existirá prueba. Igualmente, el resultado podrá ser distinto si el juez debe limitarse a apreciar los medios suministrados por las partes (con o sin libre criterio) y a recurrir a la carga de la prueba para suplir su falta, o, en cambio, si puede producir de oficio otros que los aclaren y que den seguridad sobre la verdad discutida; pero en ambos casos la noción de prueba es una misma. Por eso hablamos de los medios que la ley permite aducir y del sistema de apreciación que la ley autorice, para comprender así unos y otros.

## 12. 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<sup>96</sup>, 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.

Basta recordar la importancia extraordinaria que la prueba tiene no sólo en el proceso, sino en el campo general del derecho (*cfr.*, números 1-3), para comprender que se trata de un indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa. En cuanto al demandado se refiere, es claro que sin el derecho de probar no existiría audiencia bilateral, ni contradictorio efectivo, ni se cumpliría la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo; en relación al demandante, es igualmente indudable que sin el derecho de probar resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.

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 está obligado a practicar oficiosamente la prueba, su obligación 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.

Podría pensarse que el derecho de probar es un aspecto del derecho material que se pretende hacer valer en el proceso o simple ejercicio de tal derecho. Más para desechar tal concepto basta recordar que el demandante temerario, cuya pretensión carece de respaldo en derecho y en los hechos o sólo en el primero, lo mismo que el demandado que con o sin razón se opone a la demanda pero que no reconviene y no pretende ejercitar ningún derecho material, sino defender su libertad jurídica o económica frente a la pretensión del demandante, tienen igual derecho a probar los hechos relacionados con el litigio y de los cuales consideran que se deduce su pretensión o su excepción, como el demandante que efectivamente es titular del derecho material reclamado.

¿Cuál es la naturaleza del derecho de probar? Aun cuando la noción de prueba trasciende el campo del proceso y forma parte de la teoría general del derecho, creemos que no puede hablarse del derecho de probar sino desde un punto de vista exclusivamente procesal. Existen pruebas exigidas por las leyes materiales, civiles y comerciales, para la existencia o validez de ciertos actos y contratos, como en varias ocasiones hemos visto; mas entonces la prueba es inseparable del acto o contrato y no cabe hablar de un derecho a aquélla, sino, más técnicamente, de un derecho a ejecutar tal acto o contrato. Se trata, pues, de un *derecho subjetivo procesal*, como el derecho de re-

<sup>96</sup> DEVIS ECHANDÍA HERNANDO: *Tratado de derecho procesal civil*, Edit. Temis, Bogotá, 19, t. I, núm. 110 y t. IV, núm. 475; *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, Madrid, 1966, núms. 86 y 303.

currir<sup>87</sup>, que corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso como demandantes o demandados, o coadyuvantes o litisconsortes de éstos, o 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 e impertinencia 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, siempre que no exista razón para considerarlas inadmisibles. En esto se diferencia del derecho de acción; éste pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado, por conducto del juez, razón que explica por qué se dirige a aquél y no a éste; en cambio, con el ejercicio del derecho de probar se impone directamente al juez la obligación de decretar y practicar las pedidas, y su incumplimiento representa una auténtica denegación de justicia que le puede acarrear responsabilidades penales y civiles<sup>88</sup>. Claro es que el ejercicio de la acción con las formalidades legales obliga al juez a iniciar el proceso y su negativa constituye también una denegación de justicia, por lo cual no existe diferencia en este aspecto; pero la función jurisdiccional del Estado se pone en movimiento con la acción y, en cambio, no se altera ni se extiende por el ejercicio del derecho a probar los hechos relacionados con el litigio o el proceso voluntario, que vincula al juez y le determina sus funciones, por lo cual se dirige directamente a éste.

El derecho de recurrir prolonga los efectos del derecho de acción, y así como ésta inicia el proceso, aquél lo continúa; ambos derechos ponen en movimiento la jurisdicción: ésta en primer grado, y aquél en segundo, o la extraordinaria de casación; por lo cual ambos se dirigen al Estado, por conducto del funcionario judicial, pero no contra el Estado, porque no existe contraposición de interés entre el actor o recurrente y aquél<sup>89</sup>.

Se diferencia también el derecho de probar del derecho de acción-contradicción y del derecho de recurrir, en que éstos son abstractos, por cuanto no persiguen un resultado favorable, sino una sentencia (o providencia de otro orden, en el caso del recurso), que resuelva de acuerdo con la ley; en cambio, el derecho de probar tiene por objeto concreto la práctica de las pruebas determinadas que se solicitan, es decir, persigue la resolución favorable al pedimento de la parte (pero

<sup>87</sup> DEVIS ECHANDÍA: Cita anterior.

<sup>88</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. V, núm. 658.

<sup>89</sup> DEVIS ECHANDÍA: Citas anteriores.

no implica el derecho a una valoración favorable de esas pruebas, esto es, se tiene el derecho a la prueba, mas no a que por ella se deba reconocer el derecho o la excepción pretendidos; los efectos jurídicos procesales de la prueba practicada los señala la ley, si hay tarifa legal, o el juez, si tiene libre apreciación; son efectos ajenos a la voluntad de la parte que pidió esa prueba y, por lo tanto, a su derecho de probar). Puede decirse que el derecho de probar se vincula a la pretensión, cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable, y no a la acción o al recurso, que son de naturaleza abstracta y tienen por objeto la decisión, favorable o no; la prueba es complemento de la pretensión, condición indispensable para que ésta tenga éxito, y en cambio la acción 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 tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, es decir, 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).

De manera que no existe el derecho de la parte a que el juez se declare convencido de la existencia del hecho en presencia de la prueba aportada por aquélla, ni siquiera en el sistema de la tarifa legal y cuando tiene por ley la calidad de plena prueba; porque entonces es por imperio de la ley y no como un efecto de la voluntad de las partes como el juez debe tener por fijado ese hecho. Cuando en la apreciación de la prueba el juez olvida el mandato legal que lo obliga a reconocerle pleno valor, no viola ningún derecho subjetivo de la perjudicada, sino una norma procesal; incurre en un error *in procedendo*, y, por ello, para que pueda conducir a la revocación de la sentencia en casación, es indispensable que ese error haya llevado a la violación de otra norma que sea sustancial y que consagre algún derecho subjetivo. Es también un deber *ex lege* del juez, como el de proveer y el de hasar su sentencia en los hechos que resulten probados en el proceso.

Puede hablarse de un derecho abstracto de probar, desde otro punto de vista: en cuanto a *disponer de la oportunidad de probar*, y sería un complemento del derecho de acción y de contradicción, o de su derecho de 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.

Muchos autores aceptan la existencia de este derecho subjetivo procesal:



Rocco<sup>100</sup> reconoce que “de las normas procesales que regulan el instituto de la prueba se deducen, sin duda, derechos subjetivos y obligaciones de las partes”, y habla del “derecho de la parte sobre el material instructorio, reconocido por todos los autores, en el cual la voluntad de la parte es decisiva en relación a la actuación de la obligación del juez de tramitar la prueba”. El juez no es libre de rechazar la petición de prueba; su voluntad está sometida a la de la parte, puesto que tiene obligación de dar curso a la prueba pedida, siempre que la forma procesal admita la posibilidad de su práctica.

GUASP<sup>101</sup> dice en el mismo sentido: “Las partes tienen, evidentemente, un derecho a probar: por su condición jurídica de partes se les atribuye la facultad o serie de facultades correspondientes.”

PLANIOL y RIPEET<sup>102</sup> opinan lo mismo: “En principio, el litigante tiene siempre el derecho de probar lo que alegue en su favor: sea un hecho puro o simple o un acto jurídico”; más adelante observa que a veces la ley prohíbe toda prueba, cuando la revelación del hecho constituiría un escándalo demasiado perjudicial a la moral pública, y entonces se presenta “una supresión excepcional del derecho de probar.”<sup>103</sup>

LUIS ALZATE NOREÑA<sup>104</sup> habla de derecho de aducir la prueba y de derecho a la contraprueba; pero en realidad es el mismo derecho que corresponde a todas las partes, y el mismo autor lo reconoce en otro lugar<sup>105</sup>, al decir que “cuando se habla de la prueba hay que entender que ella envuelve la contraprueba”.

Otros autores se refieren a “poder”, en lugar de “derecho”. Así, MICHELI<sup>106</sup> dice: “A ambas partes se les concede el poder de formular determinadas afirmaciones y de acompañarlas de prueba cuando sean negadas.” Pero creemos que se trata de un verdadero derecho subjetivo, porque la obligación del juez de practicar las pruebas pedidas por la parte es generada por ese acto de voluntad; a diferencia de lo que ocurre en el proceso inquisitivo, civil o penal, cuando el juez practica pruebas oficiosamente, pues entonces tiene el deber, más que la facultad o poder de ejercitar su actividad para esclarecer los he-

<sup>100</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, página 181.

<sup>101</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 115.

<sup>102</sup> PLANIOL y RIPEET: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 754.

<sup>103</sup> PLANIOL y RIPEET: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 756.

<sup>104</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, página 15.

<sup>105</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 86.

<sup>106</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, número 16, pág. 115.

cchos<sup>107</sup>, sin que las partes tengan un derecho subjetivo sobre ese material instructorio. Sin embargo, aun en el proceso inquisitivo existe el derecho subjetivo de las partes de pedir las pruebas conducentes a establecer otros hechos o modalidades de los reconstruidos oficiosamente por el juez.

FENECH<sup>108</sup> utiliza ambos términos: "No se puede negar que existe un derecho o un poder de las partes a probar aquellos hechos que han alegado"; por esta razón su concepto resulta incierto.

CARNELUTTI<sup>109</sup> considera que las pruebas son hechos jurídicos procesales y que cuando se trata de "un acto realizado por el sujeto con el fin de producir dicho efecto (jurídico), no cabe sin incoherencia desconocer su carácter de negocio jurídico" procesal; observa que se trata de un efecto jurídico producido por una declaración de voluntad. Más adelante trae un párrafo con el título *Obligación del juez y derecho de la parte en materia de prueba*<sup>110</sup>, en el cual trata sobre la "obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos requeridos por la ley", y plantea, sin resolverlo, el interrogante de si sujeto de tal obligación es el Estado o el juez (nos parece que es el juez, puesto que se trata de regular su actividad, limitándola mediante el principio de la congruencia, entendido aquí en un sentido amplio, no sólo con relación a los hechos afirmados en la demanda, sino a los que resulten probados). Igualmente pregunta "si a esta obligación genérica del juez corresponde un *derecho* de la parte"; y observa que la respuesta depende de si para la obligación susodicha es decisiva o indiferente la voluntad de la propia parte", pues sólo si esa voluntad es decisiva para la obediencia del juez a tal obligación, existirá un derecho de la parte. Luego concluye negando que exista tal derecho.

Estamos de acuerdo con CARNELUTTI en que la obligación del juez de fundar su decisión sólo en los hechos probados legalmente, no corresponde a un derecho de las partes, porque creemos que se trata de una obligación *ex lege*, emanada en forma directa y exclusiva de la ley, no de la voluntad de las partes, conforme sucede con la obligación del demandado a someterse al juicio<sup>111</sup> o con la de proveer para el mismo juez. En este sentido es evidente que no existe un derecho de las partes a la fijación del material instructorio, como tampoco existe el derecho a que el juez se declare convencido con la prueba que se aduce o practica, como vimos antes.

107 SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, página 159.

108 FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 588.

109 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, páginas 31-33.

110 CARNELUTTI: Ob. cit., págs. 44-49.

111 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 110, letra E.

Pero la hipótesis planteada por CARNELUTTI es muy diferente de la que aquí examinamos. La obligación del juez a decretar, practicar y tener en cuenta las pruebas pedidas por las partes, emana del derecho subjetivo que las Constituciones les otorgan a éstas para ser oídas al ser juzgadas (Const. Colombiana, art. 26) y que está comprendido en el derecho de contradicción<sup>112</sup>. Esa obligación es completamente distinta de la que lo sujeta a limitarse a los hechos probados cuando dicta la sentencia; emana de un acto de voluntad y, por lo tanto, implica la existencia de un derecho subjetivo. A esta consecuencia conduce el criterio de CARNELUTTI, aunque éste no lo dice expresamente. Empero ese derecho no implica, como acabamos de advertirlo, que el juez al apreciar tales pruebas deba reconocerles mérito suficiente para dar por ciertos los hechos que con ellas se ha querido demostrar, pues si existe esa obligación, debido a la vigencia de la tarifa legal, será entonces una obligación *ex lege*, similar a la que antes examinamos.

El derecho subjetivo concreto de prohar se limita en cada proceso por las nociones de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, lo mismo que por ciertas prohibiciones de investigar determinados hechos, basadas en motivos de interés público, y su ejercicio se reglamenta por la ley, de acuerdo con las formalidades y demás requisitos de la actividad probatoria que para cada clase de proceso y en cada país se consagran. No se trata de un derecho a llevar toda clase de pruebas, para establecer hechos de cualquier naturaleza, conforme al capricho de las partes, porque en la vida jurídica no puede existir un derecho de alcance y contenido ilimitados, y mucho menos cuando su ejercicio se vincula al de una actividad del Estado tan fundamental como la de administrar justicia, que requiere orden y armonía de sus diversas fases. Por eso varios de los principios fundamentales del derecho probatorio contemplan la oportunidad, la preclusión, la contradicción, la lealtad y probidad, la formalidad y el interés público de la función de la prueba (*cf.*, núms. 30-32).

En el capítulo XII estudiaremos estos requisitos de las distintas fases de la actividad probatoria en el proceso.

<sup>112</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núms. 408-410 y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 102-104.

### CAPÍTULO III

## NATURALEZA DEL DERECHO PROBATORIO Y DE LAS NORMAS SOBRE PRUEBAS JUDICIALES

### 13. Diversas teorías

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la institución de la prueba, y las opiniones son muy diversas y hasta contradictorias, no obstante lo cual se las puede clasificar en cinco tendencias, a saber: *a)* la que las considera de derecho material; *b)* la que les asigna una naturaleza mixta; *c)* la que les reconoce una naturaleza exclusivamente procesal; *d)* la que separa en dos ramas (sustancial y procesal) el derecho probatorio; *e)* la que les asigna una naturaleza especial.

A continuación explicaremos las razones que suelen enunciarse en favor de cada tesis, e indicaremos los autores que las defienden.

*a)* PRIMERA TESIS: *las normas sobre pruebas forman parte exclusivamente del derecho material.*

Sostiene esta tesis el jurista italiano Salvatore SATTA<sup>1</sup>. Se trata en realidad de un concepto aislado, que está en oposición con la casi unanimidad de los autores.

*b)* SEGUNDA TESIS: *las normas sobre pruebas son de naturaleza mixta (procesal y material).* Con arreglo a esta teoría, existen normas que regulan la prueba fuera del proceso y para fines extraprocesales, vinculadas a la adquisición de derechos sustanciales o a la existencia de situaciones jurídicas de derecho material, que no pueden tener, en consecuencia, carácter procesal, ya que cumplen sus fines sin la intervención del juez; en cambio, otras normas están dirigidas al juez, para que éste las aplique o exija su aplicación en el curso del proceso, y, por lo tanto, tienen naturaleza procesal. Resulta así que la institución de la prueba, entendida como *derecho probatorio* en sentido amplio, presenta naturaleza mixta. En este sentido, el gran CARNELUTTI dice que "el derecho procesal está fuertemente arraigado en el terreno del

<sup>1</sup> SATTA: *Diritto processuale civile*, Padova, 1953, pág. 200.

derecho material, y la mayoría de las raíces que difunde en este campo y por las cuales la savia del derecho privado sube a vivificar el organismo del proceso, está constituida precisamente por las normas sobre la prueba”<sup>2</sup>; y más adelante agrega que existen instituciones, como la carga de la prueba y la forma documental del negocio, que presentan una amalgama tan compacta de elementos procesales y materiales, que en ellos la autonomía de las dos ramas no se halla madura<sup>3</sup>.

Este concepto lo mantiene CARNELUTTI a través de los años, pues mucho después escribe que “de las pruebas tiene normalmente necesidad el juez, pero pueden tener necesidad también las partes”, y que basta “esta reflexión para excluir que la prueba opere sólo en el proceso y que, por tanto, constituya exclusivamente una institución procesal”<sup>4</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia FLORIAN<sup>5</sup>, quien luego de plantearse el interrogante de si estas normas pertenecen al derecho sustancial o al procedimiento, dice que al derecho penal formal, pero que “tienen importantes interferencias en el derecho material, en el doble sentido de que recihen su influjo y de que a su vez influyen también en él”; que el derecho material concurre a determinar el objeto de la prueba, al exigir que el hecho resulte de determinado modo de prueba, en cuanto a la existencia del delito (en lo civil sería en cuanto a la existencia del acto, cuando se trata de formalidad *ad substantiam actus*), lo mismo que al exigir cierto grado de eficacia probatoria y al establecer la carga de la prueba de ciertos elementos constitutivos o de excepciones.

Hugo ALSINA<sup>6</sup> les reconoce un carácter mixto, porque “no obstante su contenido procesal, se hallan incluidas en el derecho sustancial”: el primero lo encuentra en su vinculación a la existencia de las relaciones sustanciales, y el segundo en la organización judicial.

Vicenzo PANUCCIO<sup>7</sup> dice que las normas sobre pruebas son de naturaleza sustancial, pero como habla de un aspecto procesal y califica la prueba de acto procesal, tácitamente les reconoce una naturaleza mixta.

Los civilistas franceses acogen esta tesis, como se ve en PLANIOL

<sup>2</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 23.

<sup>3</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 24.

<sup>4</sup> CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1951, página 440; el mismo concepto aparece luego en las *Istituzioni...*, Roma, 1942, 3ª ed., t. I, págs. 155 y sigs.; ed. Buenos Aires, t. I, págs. 258 y 263, y en la ed. de la *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, págs. 332 y sigs. Véase *La prueba civil*, ed. cit., t. I, pág. 213.

<sup>5</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, número 10.

<sup>6</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 178.

<sup>7</sup> VICENZO PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1960, págs. 87-114.

y RIPERT<sup>8</sup>, quienes exponen: "En este sentido la teoría de las pruebas confina por una parte con el derecho civil y por la otra con el procedimiento. El procedimiento regula la administración de las pruebas, es decir, la forma en que han de adoptarse. Sin embargo, esa teoría pertenece al derecho civil, por diversas razones. Primeramente, a menudo resulta que las pruebas se obtienen en las relaciones civiles ordinarias sin que exista litigio alguno; su producción no tiene necesariamente carácter contencioso y no siempre supone una acción y un procedimiento. Por otra parte, ciertas pruebas se preparan por adelantado, por pura precaución y sin saber si jamás ha de existir un litigio que haga necesaria su producción: son las llamadas pruebas preconstituidas. Su confección, así como la determinación de su grado de eficacia o fuerza, corresponde al derecho civil. En fin, la cuestión de saber cuáles medios de prueba caben en tal o cual caso, es una cuestión de fondo y no de procedimiento, ya que se relaciona íntimamente con la naturaleza del acto y el modo como éste se celebra." En el mismo sentido opinan BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE<sup>9</sup>, COLIN y CAPITANT<sup>10</sup> y ANDRÉ HUET<sup>11</sup>, pero observan que la jurisprudencia francesa les asigna un carácter procesal.

Civilistas hispanoamericanos, como CLARO SOLAR y ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA, son de idéntica opinión<sup>12</sup>. Los primeros advierten que corresponde más al derecho procesal, pero que en cuanto a saber cuál es el modo de prueba autorizado en un caso determinado, depende de la naturaleza misma del acto, cuestión de fondo que corresponde decidir al derecho civil, como sucede en las pruebas preconstituidas. Los segundos le asignan al derecho procesal las formalidades de la prueba en el proceso, y al derecho civil la determinación de los medios pertinentes y su valor. En el mismo sentido se pronuncia AMARAL SANTOS<sup>13</sup>.

Otros autores, como ROSENBERG y SCHÖNKE, excluyen del derecho procesal únicamente las reglas sobre la carga de la prueba y las presunciones legales.

ROSENBERG<sup>14</sup> dice que las reglas sobre la carga de la prueba pertainen

<sup>8</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, págs. 747 y 748.

<sup>9</sup> BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de droit civil*, París, 1904, t. IV, núm. 2050.

<sup>10</sup> COLIN y CAPITANT: *Compendio de derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, t. I, página 91.

<sup>11</sup> ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, Ed. Paris, 1965, págs. 38-40 y 127.

<sup>12</sup> CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, pág. 658; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 462.

<sup>13</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3ª ed. cit., t. I, núms. 21-23, págs. 45-48.

<sup>14</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, páginas 7 y 76.

necen al derecho material, cuando se trate de decidir sobre las pretensiones materiales, sin que esto signifique que el derecho procesal quede expulsado de esta institución, puesto que sólo en el proceso hay lugar para la aplicación de tales normas; en los litigios de derecho privado sólo pertenece al derecho material la cuestión, fundamental por cierto, de saber cuáles hechos deben constar en favor del demandante y cuáles en favor del demandado; pero si se decide sobre cuestiones puramente procesales, la regla sobre carga de la prueba tiene naturaleza procesal. Se infiere de su exposición que estas reglas tienen un carácter mixto, predominando el material. ROSENBERG modificó así el concepto emitido en la primera edición de su obra *Carga de la prueba*, en el sentido de que las normas probatorias pertenecen al derecho procesal; y considera materiales las normas que establecen presunciones legales.

SCHÖNKE<sup>15</sup> dice que, de acuerdo con el derecho vigente alemán, los preceptos sobre la carga de la prueba tienen naturaleza de derecho material.

Refiriéndose a esta tesis observa MICHELI<sup>16</sup> que a menudo se habla de la teoría de la carga de la prueba como de "un puente entre derecho sustancial y derecho procesal".

En cambio, KISCH y WACH<sup>17</sup> consideran que la regla de la carga de la prueba pertenece al derecho procesal, puesto que sólo allí tiene aplicación, para evitar el *non liquet*. De la misma opinión es MICHELI<sup>18</sup>.

Por su parte, LESSONA<sup>19</sup> opina que la teoría de las pruebas "estudia las reglas relativas a los medios de prueba, tanto en el derecho sustantivo como en el procesal", sin asignarles un carácter mixto.

c) TERCERA TESIS: *las normas sobre pruebas son de naturaleza exclusivamente procesal*. Como acabamos de decir, ROSENBERG y SCHÖNKE excluyen del derecho procesal las normas sobre la carga de la prueba y las presunciones legales, pero otros autores le reconocen al derecho probatorio su naturaleza procesal, sin hacer excepción alguna. Entre éstos podemos citar a BENTHAM, para quien "el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas"<sup>20</sup>; a MICHELI<sup>21</sup>, para quien la regla sobre carga de la prueba

<sup>15</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 204.

<sup>16</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 214, nota 121.

<sup>17</sup> KISCH: *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, págs. 24 y 296; WACH: *La connaissance et l'erreur*, Paris, Flammarion, 1908, págs. 29 y 363, citas de ROSENBERG, en *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, pág. 71.

<sup>18</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, páginas 213 y 215.

<sup>19</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 8, pág. 8.

<sup>20</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 10.

<sup>21</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 212, 214 y 226.

vale como norma procesal, ya que implica una directa limitación a los poderes del juez y al contenido de su pronunciamiento; a CHIOVENDA<sup>22</sup>, quien es enfático al afirmar que “toda la materia de las pruebas pertenece al derecho procesal”, aun cuando se acostumbre colocarlas en los códigos de derecho sustancial, e inclusive, la regla sobre carga de la prueba (si bien en otro lugar dice que las presunciones pertenecen al derecho sustancial<sup>23</sup>, no debe olvidarse que ellas no constituyen pruebas, como lo explicaremos luego (*cf.*, núm. 389) [esto lo explicaremos en el tomo II]; a Rocco<sup>24</sup>, porque considera en general la institución de la prueba como “el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba”, y luego afirma que “toda la teoría de las pruebas pertenece al derecho procesal”<sup>25</sup>; a LIEBMAN<sup>26</sup>, quien les asigna una exclusiva naturaleza procesal; a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>27</sup>, quienes afirman que tanto las normas sobre pruebas del Código Civil como las de la Ley de Enjuiciamiento Civil “pertenecen al derecho procesal, son normas procesales”; a SILVA MELERO<sup>28</sup>, puesto que, según él, “tienen una naturaleza y función procesal en cuanto representan ni más ni menos que criterios que regulan la formación del convencimiento del juez, aunque sin excluir que en algún caso concreto la finalidad (no la naturaleza, observamos) de la norma puede ser de naturaleza sustantiva, lo cual habrá de resolverse, en caso de duda, en cada supuesto concreto”; de ahí que para este brillante expositor español la finalidad sustancial que en ocasiones puede tener una norma sobre prueba, no le quita su naturaleza procesal; a Andrei VISHINSKI<sup>29</sup>, quien las considera “una de las partes fundamentales y más importantes en la ciencia del proceso judicial”; al ilustre procesalista venezolano Luis LORETO<sup>30</sup>, para quien están dirigidas a for-

<sup>22</sup> CHIOVENDA: *Principio de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, vol. I, núm. 60, pág. 285, e *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 276, pág. 104.

<sup>23</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, pág. 93.

<sup>24</sup> Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, página 181.

<sup>25</sup> Rocco: *Teoría general del proceso civil*, México, Edit. Porrúa, 1959, página 418.

<sup>26</sup> LIEBMAN: *Manuale di diritto processuale*, Milano, 1959, t. II, págs. 68-74, y *Lezioni di diritto processuale*, Milano, 1951, t. II, págs. 41-45.

<sup>27</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 236 y 237.

<sup>28</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 79 y 80.

<sup>29</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, págs. 17 y 66.

<sup>30</sup> LORETO: *El conflicto de leyes en materia de pruebas en el derecho internacional privado*, en “Revista del Colegio de Abogados”, Caracas, abril-junio 1961, págs. 31 y 32.



mar la convicción del juzgador; al profesor portugués Joao DE CASTRO MENDES<sup>31</sup>, para quien la prueba obtenida a través del proceso tiene naturaleza procesal.

d) CUARTA TESIS: *las normas sobre pruebas se dividen en dos ramas, procesal y material, cada una con su naturaleza propia.* Esta es la tesis que sostiene Jaime GUASP<sup>32</sup>. El ilustre profesor español rechaza las opiniones que ven en la prueba una operación estrictamente material o procesal, pero considera que la tesis que les reconoce una naturaleza mixta "divide, erróneamente, la regulación jurídica de esta materia", y agrega: "En realidad, existen dos clases de prueba: una prueba material y una prueba procesal o judicial, en sentido estricto." Explica a continuación lo que entiende por una y otra, así: "Prueba material es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción psicológica del juez, ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse. En cambio, la prueba procesal es, como antes se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción psicológica del juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. En este caso ya no hay que hablar de justificaciones objetivas, sino de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto particularizado. La prueba procesal puede utilizar, físicamente, los mismos medios de la prueba material, pero, en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinta en uno y otro aspecto."

La teoría del profesor GUASP merece detenida meditación. Indudablemente existen pruebas y, por lo tanto, normas legales sobre pruebas que tienen por única finalidad la de establecer la existencia de hechos y que sirven, en consecuencia, para obtener la convicción psicológica del juez sobre los que interesan al proceso; en cambio, hay otras que se vinculan a la existencia misma del hecho, es decir, que son requisitos para que éste nazca a la vida jurídica o sea válido. La diferencia entre unas y otras es evidente. Sin embargo, hay casos en los cuales las primeras proporcionan también un título o documento para el tráfico jurídico, sin que los interesados piensen en posibles litigios, como puede suceder con los créditos cuando la ley no exige para su validez que consten por escrito, de manera que sirven para probar el hecho ante otros particulares y no sólo ante el juez; y las segundas

<sup>31</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, ed. Lisboa, 1961, págs. 736-738.

<sup>32</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 333.

pueden ser tenidas en cuenta por las partes contratantes, también como medio para acreditar el acto en un posible juicio, como sucede con la escritura pública en las compraventas de inmuebles en Colombia. Por otra parte, si bien una prueba de las últimas no está en principio destinada al juez, al surgir el litigio es el medio que debe llevarle a la convicción sobre la existencia del acto, y cumple una función de comprobación personal.

Por las breves razones anteriores, creemos que si bien no puede desconocerse la diferencia muy importante entre una y otra clase de pruebas y puede aceptarse la clasificación que propone GUASP, esto no significa que existan dos categorías independientes y separadas, con funciones exclusivas y opuestas. Al exponer nuestro concepto volveremos sobre esta doctrina.

e) QUINTA TESIS: *las normas sobre pruebas pertenecen al llamado "derecho justicial"*. *Noción del derecho justicial*. Las variadas facetas que la materia de las pruebas ofrece al estudioso para el efecto de determinar la naturaleza de las normas que las regulan, han servido a los creadores y defensores de la teoría del *derecho justicial material*, para ubicarlas en éste.

Esta noción del derecho justicial fue definitivamente delineada por el profesor Jaime GOLDSCHMIDT, quien combinó y precisó los criterios de JELLINEK y A. MERKEL, para sentar la siguiente conclusión: "Solamente una materia del derecho que tenga por objeto una *relación jurídica* existente entre la *justicia estatal* y el *individuo* que es miembro del Estado, puede considerarse como derecho justicial en el sentido jurídico estricto del término. Esto es cierto, en primer lugar, respecto de los dos derechos procesales" y también respecto al derecho penal, sin que importe que se vea en el juez penal solamente "el representante del Estado que hace efectivo el derecho punitivo de éste"; pero igualmente lo es para el aspecto material de la relación justicial civil, es decir, "contemplándola desde el punto de vista de pretensión de tutela jurídica, atribuida por WACH a los miembros individuales del Estado contra éste". GOLDSCHMIDT resume su pensamiento así: "El derecho justicial que, junto con el derecho político en sentido estricto y con el derecho administrativo, integra el derecho público de la comunidad estatal, se divide en el derecho justicial formal y en el material. Aquél comprende los derechos procesales civil y penal, y éste la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado, como también el derecho penal." Es decir, es el derecho que regula la relación justicial, que, por una parte, impone a los órganos jurisdiccionales un deber de administrar justicia, y, por la otra, otorga a los particulares un derecho al acto de tutela jurídica<sup>33</sup>. Como esa pretensión de tutela jurídica persigue una sentencia

<sup>33</sup> GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho justicial material*, trad. del trabajo publicado en 1905 como parte del volumen en homenaje a BERNARDO HÜBLER, Buenos Aires,

favorable, es de naturaleza material y no pertenece al derecho procesal, sino al derecho material publicístico, el que con otras palabras se denomina derecho justicial material. Existe, pues, un derecho material justicial civil, que regula el lado material de la relación justicial civil existente entre el individuo y el Estado, que no es privado sino público<sup>34</sup>.

Naturalmente, si el derecho procesal en todas sus ramas y las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica pertenecen al derecho justicial, es obvio que las reglas sobre la prueba corresponden a este derecho: las que han sido calificadas de materiales, como las de la carga de la prueba, se relacionan con esa pretensión que implica el derecho a una sentencia favorable, y forman parte del derecho justicial material; las demás pertenecen al derecho justicial formal.

Roberto GOLDSCHMIDT, ilustre hijo del gran profesor alemán, defiende y explica la teoría del derecho justicial en sus dos ramas, material y formal<sup>35</sup>. En el primero incluye el derecho justicial material civil y el penal; en el segundo, el derecho procesal civil y penal. Siguiendo el concepto de su padre, al derecho procesal le atribuye sólo las normas que establecen "cómo el juez debe proceder", pero no las que establecen "cómo debe decidir", que son materiales pero de derecho público, y por eso forman parte del derecho justicial material civil<sup>36</sup>. Mas no se trata de un derecho intermedio entre el privado y el procesal, "sino que se trata, por lo menos en lo principal, del mismo derecho privado concebido como el conjunto de las reglas jurídicas concernientes a la relación de los individuos frente al Estado obligado a conceder la tutela jurídica", y cita a KIPP, para quien "dondequiera que el derecho privado imponga al particular un deber jurídico, está silenciosamente el precepto dirigido al juez de resolver cuando se lo pida, de conformidad con la obligación de derecho privado. Cuando el poseedor de la cosa ajena está obligado a entregarla al propietario, el juez está obligado a condenar al poseedor, como demandado, a la entrega", ora sea que el mandamiento esté dirigido a los particulares o a un órgano estatal. "Del derecho procesal resulta cómo se debe llegar al fallo, pero no cuál contenido se le debe dar a él. El derecho privado establece lo que el particular debe a otro particular; el derecho justicial, como un fenómeno concomitante del derecho privado, determina el contenido de la sentencia judicial"<sup>37</sup>, y vincula a esa

---

Edit. Ejea, Breviarios de derecho, 1959, págs. 17 y 21.

<sup>34</sup> GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho justicial material*, cit., págs. 37, 43 y 47.

<sup>35</sup> GOLDSCHMIDT, ROBERTO: *Derecho justicial material*, homenaje a ALSINA, publicado con el estudio de J. GOLDSCHMIDT ya citado, en Breviarios de derecho, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1959, págs. 160 y 246.

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT, ROBERTO: Ob. cit., pág. 171.

<sup>37</sup> GOLDSCHMIDT, ROBERTO: Ob. cit., págs. 183 y 185.

situación de derecho privado "la obligación estatal relativa a un acto correlativo de tutela jurídica"<sup>38</sup>.

De lo anterior resulta que si las reglas sobre pruebas indican cómo se debe llegar al fallo, pertenecen al derecho procesal, que es parte, según esta doctrina, del justicial formal; en cambio, si le indican al juez cuál debe ser el contenido de su decisión, corresponden al derecho justicial material. Por lo tanto, forman parte del primero las reglas referentes a la procedencia, asunción o práctica, a los requisitos de tiempo y modo de las pruebas; y corresponden al segundo, como el mismo autor lo dice, las atinentes a la carga de la prueba y a las presunciones *juris tantum*, lo mismo que las que limitan la prueba testifical según el valor del acto o contrato<sup>39</sup>.

En su primera parte, esto es, en cuanto se consideran procesales las normas sobre pruebas que corresponden al trámite del juicio, esta teoría no se diferencia de la que les reconoce simplemente un carácter procesal, sino en cuanto a su vez cataloga el derecho procesal en el derecho justicial; la teoría es importante, ya que se crea la noción del derecho justicial material y se incluyen en éste las normas sobre pruebas que contribuyen a determinar el contenido de la decisión, como las presunciones *juris tantum* y las que establecen la carga de la prueba o excluyen la prueba testimonial.

Consideramos, sin embargo, que la noción misma del derecho justicial material es innecesaria, ambigua, equívoca, que no tiene un fundamento jurídico real y que debe ser rechazada. En verdad, es poca la suerte que ha tenido fuera de Alemania. Más aún: entre los juristas esta noción ha encontrado serias resistencias unas veces, o indecisión de criterio en otras. En el fondo toda norma jurídica material civil, comercial, de minas, etc., establece los derechos y las obligaciones que a las personas se reconocen o se imponen por determinados hechos o situaciones, y el juez está obligado a aplicarlas cuando se recurre en justicia con ese fin, baya o no litigio; de este modo, la totalidad del derecho material sería justicial y solamente quedaría la clasificación de éste en material y formal, entendiéndose por aquél el que no corresponda a la regulación del procedimiento. Por esta razón, el pretendido derecho justicial material no es más que un efecto del derecho material, en cuanto éste otorga a los titulares de derechos subjetivos materiales la facultad de ejercitarlo frente a terceros, es decir, el *jus perseguendi* de que hablaban los juristas romanos, que da derecho al titular para que por la justicia se le entregue la cosa o se le haga cumplir al demandado la obligación, si efectivamente existe ese derecho material. Así, pues, la tutela jurídica es consecuencia de la existencia y titularidad del derecho material pretendido en el proceso, y a ella se llega mediante el ejercicio de la acción que pone en movimiento

38 GOLDSCHMIDT, ROBERTO: Ob. cit., págs. 191 y 192.

39 GOLDSCHMIDT, ROBERTO: Ob. cit., págs. 216 y 228.

esa actividad procesal (sea que exista o no el derecho pretendido, que es la incógnita que la sentencia debe resolver, pero no requisito para que se tenga la acción y se ejercite válidamente, como explicamos en otro lugar<sup>40</sup>). Existirá la tutela si se tiene y se prueba el derecho material pretendido, razón por la cual ambos GOLDSCHMIDT le asignan a tal pretensión como fin la sentencia favorable. El Estado se limita a hacer cumplir la obligación y respetar el derecho material mediante el simple mecanismo de aplicar las leyes que los consagran, por conducto del juez, en cada proceso, esto es, con la ayuda del derecho procesal.

Por otra parte, hay normas procesales que delimitan el contenido de la decisión del juez, como la que consagra la congruencia o las facultades de la Corte en casación, o la *reformatio in pejus*, o las consecuencias de no oponerse a la demanda o de no discutir los hechos (cuando se ordena al juez proferir sentencia favorable al demandante o tener por ciertos tales hechos); sería necesario, por lo tanto, considerarlas judiciales materiales, a pesar de regular el procedimiento. Igualmente, para saber el juez cómo debe decidir, le es indispensable concluir primero qué hechos debe considerar ciertos o inexistentes, y para ello debe tener en cuenta la oportunidad, la forma y la pertinencia de la prueba, las prohibiciones legales que al respecto puedan existir, el cumplimiento de los requisitos para su práctica y, con mayor razón, las normas que le indican el valor de cada prueba (en la tarifa legal) o que le sirven de guía para su apreciación (en el sistema de la libre apreciación); esto significa que la totalidad de las normas sobre pruebas serían judiciales materiales, y no solamente las mencionadas por R. GOLDSCHMIDT.

Cierto es que existen normas materiales que no son de derecho privado, como también normas procesales de derecho privado (por ejemplo las que reconocen el derecho a recibir el pago de los gastos del juicio por quien lo pierda y de percibir ciertos honorarios por el trabajo de peritos o por copias y desgloses); pero es mejor hablar entonces de normas materiales de derecho público o de derecho privado, y conservar la división bipartita de derecho material y derecho procesal.

En cuanto a la norma sobre la carga de la prueba, MICHELI rechaza su calificación de norma judicial material, y observa que ella no sólo determina el contenido de la decisión cuando falten las pruebas, sino que enseña el modo de encontrar la decisión en todos los casos, por lo cual resultaría incierto a qué rama pertenece, inclusive desde el punto de vista de los GOLDSCHMIDT. Siguiendo este orden de ideas, concluye asignándole un carácter procesal<sup>41</sup>. ROSENBERG, en cambio,

<sup>40</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núm. 110 y *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., núm. 86.

<sup>41</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejen, 1961, núm. 32, págs. 216 y 217.

la considera de derecho civil, y no acepta su clasificación como derecho justicial, pese a que se abstiene de tomar posición frente a la cuestión de si se justifica o no tal derecho <sup>42</sup>.

#### 14. Nuestro concepto

La tesis que le asigna al derecho probatorio un carácter exclusivamente material, desconoce completamente la función que desempeñan las pruebas en el proceso y no merece mayor examen. La que pretende ver en él una rama del discutido derecho justicial, carece de fundamento real y fue objeto de nuestra crítica en el punto e). Para nosotros la dificultad radica en decidir si se trata de una materia estrictamente procesal, o si es mixta (procesal y material), o si hay, como opina GUASP, dos ramas separadas del derecho probatorio (la procesal y la material).

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 servirán apenas para producir la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos, aunque esa convicción pueda llevarse fuera del proceso, a personas que no tienen investidura jurisdiccional, e inclusive, que no sean funcionarios del Estado en ninguno de sus órganos. La circunstancia de que una prueba sirva para producir confianza o seguridad en las relaciones extraprocesales y en el comercio jurídico, no puede excluir su carácter procesal, porque tal efecto puede obtenerse no sólo con las pruebas sino con la sentencia, con el amparo provisional de la posesión o el reconocimiento de herederos en un sucesorio; sin embargo, nadie podría negarles su naturaleza de actos procesales. Con mayor razón, no puede desconocerse la naturaleza procesal de una norma por la circunstancia de que con ella se obtengan beneficios extraprocesales, como la seguridad y facilidad en el comercio jurídico, y mucho menos porque las personas que la cumplan no piensen en ese momento en un proceso futuro y ni siquiera en la posibilidad de un litigio. Es error decir que por tal motivo se trata de normas probatorias de naturaleza mixta.

Las normas consagradas en los códigos civiles, comerciales o de minas, para regular la forma como 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, sea que lo adviertan o no los interesados, contienen una norma de conducta para el juez que pueda llegar a verse

<sup>42</sup> ROSENBERG: *La causa...* Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, número 7, págs. 74 y 75.

en la necesidad de decidir en un proceso si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características; si las partes piensan en prevenir el litigio haciéndose al medio que la ley contempla, obran en consideración a que el juez exigirá su cumplimiento, si el proceso se produce.

Toda norma que consagre 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 y de cuáles sirven para cada acto o contrato, es un mandato dirigido al juez para el caso de resolver sobre su existencia y modalidades. Las pruebas de estado civil entran en esta categoría, porque las actas que constituyen la prueba principal no tienen un valor *ad substantiam actus*, ni pueden confundirse con la solemnidad, ella sí esencial, de que la ceremonia matrimonial la verifique un juez o un ministro de la Iglesia, o con el hecho constitutivo, como el nacimiento o la muerte, y por eso es posible suplirlas con posesión de estado o declaraciones de personas que hayan presenciado el hecho constitutivo pertinente.

Esta naturaleza procesal la tienen las reglas sobre carga de la prueba, porque en el fondo son un sustituto de la prueba que no se llevó al proceso, y le indican al juez cómo debe fallar en tal situación, teniendo en cuenta a quién le correspondía presentarla. Claro está que desde otro punto de vista puede decirse que estas reglas le imponen a las partes determinada conducta (la de proveerse de la prueba), pero esto sucede con todas las normas que regulan los medios admisibles y pertinentes para los diversos hechos jurídicos, como la que excluye la prueba de testigos o exige el documento privado o el principio de prueba por escrito, y sería absurdo negarles su naturaleza procesal.

Existen, sin embargo, en muchos países, como Colombia, 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 disolución de sociedades comerciales, y el documento privado en las promesas de contrato. Para ellos el documento público 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; mas 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 cumplen la formalidad, pueden pensar solamente en la válida celebración del acto y en la adquisición de los derechos y obligaciones que de él se deducen, sin tener en cuenta la posibilidad de servirse del documento para establecer en juicio su existencia.

Precisamente porque esas normas *ad substantiam actus* regulan un acto material, su nacimiento y su validez, no la actividad probatoria procesal de las partes y el criterio de valoración del juez, hemos dicho que donde existen no impiden que se establezca el sistema de la libre apreciación, la cual debe entenderse para los casos no regulados por dichas normas (*cfr.*, núm. 27, punto e). No puede desconocerse su naturaleza sustancial, diferente de la propia de las demás normas sobre pruebas. Ciertamente es, como acabamos de decirlo, que ya en el proceso cumplen una función probatoria, por cuanto sólo con tal medio puede el juez declarar existente el acto; pero esto no significa que tengan una naturaleza mixta, porque así como la circunstancia de que una norma procesal preste cierta función extraprocesal no le quita su naturaleza exclusivamente procesal, así también el hecho de que pueda prestar una función procesal, llegado el caso, no afecta la naturaleza material de una norma; el legislador regula con tales normas el aspecto sustancial del acto, y no la actividad probatoria de las partes, ni el criterio de valoración del juez. Claro que éste debe respetar y aplicar estas normas, por lo cual negará la declaración de existencia del acto si no reúne las formalidades que prescriben; pero esto ocurre con todas las normas jurídicas materiales que las partes invoquen, cuando no aparezcan probados los presupuestos de hecho contemplados en ellas.

Aceptamos, pues, la tesis de Jaime GUASP sobre la existencia de dos clases de pruebas (procesales y materiales) 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. Pero limitamos la segunda a esas normas que establecen solemnidades *ad substantiam actus* y creemos que es éste el sentido que GUASP le da a su explicación de la prueba material, cuando habla de "justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real"; es decir, *formalidad necesaria para la existencia del acto o su validez*, agregamos, no para llevarle al juez la convicción psicológica acerca de él.

Al ilustre profesor español nos permitimos observarle que en la segunda rama del derecho probatorio y en la segunda clase de pruebas, debe reconocerse esa función procesal que pueden cumplir, si se presenta el litigio y es llevado a la decisión del juez. Son dos funciones de la misma prueba, pese a que la norma contemple expresamente sólo la primera o sustancial. Pero indudablemente hay una diferencia importantísima entre las dos funciones, procesal y extraprocesal, que pueden desempeñar las otras pruebas: si no hay proceso, éstas no cumplen ninguna función sustancial, porque no se requieren para que el acto exista y sea válido, no obstante que puedan dar seguridad y comercialidad al derecho que otorguen, lo cual es apenas un efecto reflejo e indirecto; en cambio, aquéllas cumplen directamente la función sustancial a que están destinadas, antes del proceso y aun cuando éste



nunca se produzca, ya que sólo por ellas nace válidamente a la vida jurídica el acto o contrato.

No se trata de que las normas sobre pruebas sean mixtas, pues cada una de ellas tiene exclusivamente naturaleza procesal o sustancial. Hay un evidente error al darles un carácter mixto en sentido general. En esto tiene también razón GUASP. Pero si el sentido de la tesis sobre su naturaleza mixta consiste en que dentro del derecho probatorio hay normas materiales y normas procesales, entonces en el fondo se está admitiendo la doctrina que nosotros acogemos.

En los sistemas legales que no contemplen solemnidades *ad substantiam actus*, existirán únicamente normas procesales sobre pruebas, como ya lo expusimos.

Nada tiene que ver con este problema de la naturaleza de las normas sobre pruebas el sistema de libre apreciación o tarifa legal que esté consagrado, pues esto influye en la valoración de los medios allegados y en el resultado del proceso, pero no en aquélla. Le hacemos esta observación a FLOBIAN<sup>43</sup>.

Indudablemente las pruebas reciben una notable influencia del derecho sustancial (civil, penal, comercial, etc.), en cuanto están vinculadas a los actos sustanciales que con ellas se pretende establecer; pero tampoco esto afecta su naturaleza procesal, salvo en los casos indicados. Esas normas sustanciales influyen también en el proceso en general, en actos como la demanda, las excepciones y la sentencia, sin que a nadie se le haya ocurrido negarles su naturaleza procesal.

Las conclusiones que se adopten sobre este punto repercuten en materia de casación, puesto que si se trata de normas procesales, no darán derecho por sí solas a que la Corte infirme la sentencia recurrida, y únicamente podrán invocarse de manera indirecta, en cuanto su violación haya conducido a la de otra norma sustancial, como ocurre en Colombia. En los países que no contemplan el recurso por error de derecho en la prueba, tales normas están fuera de toda revisión por el tribunal supremo.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto probatorio, o sea, de la prueba misma, nos remitimos al capítulo II.

<sup>43</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, número 10.

## CAPÍTULO IV

### BREVE HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

#### 15. Diversas fases en su evolución

Suelen distinguirse cinco fases en la evolución de las pruebas judiciales<sup>1</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; c) la *legal*, que creemos más acertado calificarla como de *tarifa legal*, que sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, que fue un avance en su época, pero que no se justifica hoy; 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 y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba, se aplicó primero al proceso penal y mucho después al proceso civil, y e) la fase *científica*, que actualmente impera en los códigos procesales modernos.

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<sup>2</sup>, 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 de-

<sup>1</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 361 y 362; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 137; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 8 y 9; ALESSANDRO GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, Edit. Giuffrè, 1961, págs. 233-239.

<sup>2</sup> Obras citadas en la nota núm. 1.

finidas 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.

## 16. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma

En la época clásica de Grecia, y más especialmente en Roma, la evolución en esta materia, como en otros campos del derecho, fue extraordinaria, por lo cual se la debe examinar por separado. Tal vez pueda afirmarse que todavía, en la segunda mitad del siglo xx de la era cristiana, no han sido superadas las concepciones jurídicas que en materia de régimen probatorio existieron en la antigua Roma.

Poco es lo que sabemos sobre la regulación de esta materia en la Grecia antigua. En el estudio que en su *Retórica* hizo de la prueba ARISTÓTELES se encuentra una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otra índole; el gran filósofo examina la prueba por sus aspectos intrínseco y extrínseco, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial, y considera que la principal está constituida por el silogismo (*entimema*) y la inducción. En cuanto a su forma, en Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y sólo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio. Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y, en algunas causas, las mujeres, si lo hacían voluntariamente. La prueba documental gozó de especial consideración, particularmente en materia mercantil, habiéndose otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo y, por lo tanto, valor de plena prueba, como sucedía con los libros de hanqueros que gozaran de reputación de personas honradas y dignas de crédito. El juramento tuvo mucha importancia, aun cuando en la época clásica la perdió en buena medida, y existió tanto el decisorio como el referente a sólo parte de la controversia. Pero lo más notable fue que existió la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que al parecer rigiera una tarifa legal que determinara de antemano su valor<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, págs. 2 y 5; PAOLI: *Processo attico*, en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, págs. 614 y sigs., y *Studi sul processo attico*, 1963, págs. 64 y sigs., citados por SILVA MELERO.

Un principio aristotélico que sin duda influyó en la regulación de la prueba testimonial en el derecho romano y moderno, es aquel que otorga mayores probabilidades de error en la percepción del mundo real, a medida que éste se aleja de los propios sentidos del sujeto; de aquí se deduce la limitación del testimonio a lo percibido directamente por el testigo, y su exclusión cuando se trata de conjeturas o deducciones.

Como puede apreciarse, la evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fundamental para la organización judicial de cualquier país, superó con mucho a la que luego existió en Europa, por lo menos hasta el siglo XVI.

En la Roma antigua la materia de las pruebas sufrió una evolución análoga a la que presenta en general el proceso y la administración de justicia. Pueden distinguirse varias etapas, que examinaremos brevemente <sup>4</sup>.

a) En la fase del antiguo proceso romano o "*per legis actiones*", el juez tenía un carácter de árbitro, casi de funcionario privado, mas con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fue inicialmente la prueba casi exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez, e igualmente, los indicios; es decir, más o menos los medios de prueba que todavía hoy conocemos. No existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de la libre apreciación. En los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus, lo cual excluía la posibilidad de que existieran reglas especiales, e inclusive, una apreciación jurídica de la prueba. Los jueces de las *questiones perpetuae* eran asimismo jueces populares que resolvían de acuerdo con su personal convicción. Esta fase comprende el período formulario.

b) Durante el imperio aparece la fase del procedimiento "*extra ordinem*", de marcada naturaleza publicística, durante la cual el juez deja de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. Constituyó esto un progreso, en cuanto se le dieron al juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba; pero con el tiempo sobrevino un retroceso, desde el punto de vista que en la actualidad prevalece, al restarle al juez facultades para la valoración de la prueba y entronizar un relativo sistema de tarifa legal que regulaba su valor, con menos rigor sin embargo del que imperó en Europa durante los siglos XVII a XIX, en lo civil especialmente. De esta suerte dejó de existir la libre valoración que caracterizó el período anterior, y aun

<sup>4</sup> SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1954, páginas 92 y sigs.; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, págs. 8 y 10; MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, págs. 14 y 30; SILVA MELERO: *Ob. cit.*, págs. 5 y 8.

fueron fijados previamente los temas de prueba que debían considerarse como demostrados sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones *juris*). Los medios de prueba fueron los mismos del período formulario, pero se impusieron restricciones a la testimonial y se le dio mayor importancia a la documental.

No puede negarse que durante el Imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos.

Sin embargo, como observa MITTERMAIER<sup>5</sup>, si bien bajo el imperio caen en desuso los tribunales populares, no se encuentra aún un sistema de pruebas legales tal como hoy se entiende, que lo obligara, por ejemplo, a tener por demostrado un hecho por la declaración de dos testigos. Los jueces continúan obedeciendo a su convicción, como antes, por cuanto no les fueron impuestas por los emperadores reglas especiales, como la que rechazaba la declaración de ciertas personas y la que negaba al dicho de un solo testigo el suficiente valor para producir la convicción. Ni siquiera en los últimos tiempos del imperio existió un sistema completo y detallado de reglas probatorias que vincularan al juzgador. En los estudios de los jurisconsultos romanos se manifiesta “una tendencia positiva hacia la investigación de la verdad material”.

Según concepto de CICERÓN<sup>6</sup>, la función del juez no se limita “a una labor mecánica de contar los testimonios, sino que debe examinar el grado de credibilidad... Por eso el deber del juez es profundizar el examen de testimonio y condenar sólo a aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declarándolos, en caso contrario, en libertad”. Y el mismo CICERÓN enseñaba que el objeto de la prueba era despejar las dudas del juez y aclarar todo lo probable: *ratio quae rei dubiae faciat fidem*. No tenía por fin producir la evidencia.

La carga de la prueba estaba, en principio, sobre el demandante: *actore non probante reus absolvitur*; pero la prueba de las excepciones correspondía al demandado: *reus in excipiendo fit actor*.

c) Por último, en el período *justiniano* aparecieron en el *Corpus* diversos textos legales que permitieron elaborar las bases sobre las cuales en la Edad Media se construyó la lógica de la prueba a través del derecho canónico<sup>7</sup>. Se observa por lo general la regulación legal de las pruebas, pero sin que dejen de existir textos favorables a la apreciación personal del juez. Es un sistema mixto, en verdad, con preponderancia del legal.

Se conservaron los medios probatorios del período anterior; se excluyeron el testimonio de la mujer, del impúber, del perjurado, del delincuente y del loco; se sentaron reglas sobre la carga de la prueba

<sup>5</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, pág. 10.

<sup>6</sup> CICERÓN: Cita de SILVA MELERO, en ob. cit., pág. 6, tomada de WENGER.

<sup>7</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., pág. 7.

como defensa contra la arbitrariedad de los jueces, y se conoció el principio del contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgaba un eficaz sistema de defensa y el derecho a excepcionar<sup>8</sup>.

En conclusión, ni en el más antiguo derecho romano se encuentran las nefandas consecuencias que el exagerado misticismo tuvo en la Europa cristiana, como la absurda costumbre de definir por la habilidad y la fuerza los litigios, al creerse que Dios intervenía en los casos concretos para darle el triunfo al débil que tuviera la razón, sobre el fuerte que la desconociera, en los llamados duelos judiciales y los juicios de Dios (como las pruebas del agua y del fuego), las ordalías y los juramentos expurgatorios. Si bien existió el tormento en ciertas épocas, su uso fue restringido como medio probatorio, principalmente para las declaraciones de esclavos, y en todo caso hubo mayor moderación que en la Edad Media y parte de la llamada Edad Moderna. Contra el tormento reclamaron juriconsultos tan notables como Cicerón<sup>9</sup>. Podemos decir que es muy poco lo que se ha agregado en los últimos siglos a la concepción jurídica romana en esta materia. Si bien la tendencia moderna procura devolverle al juez la libertad de apreciación razonada y científica de las pruebas y darle facultades inquisitivas para producirlas, en busca de la verdad real, tanto en el proceso civil como en el penal, como acabamos de ver, ese modo de pensar no fue ajeno a la tradición romana. Sólo en la utilización de los medios que la técnica moderna ha introducido en los métodos para la investigación, especialmente en el ramo penal, podemos encontrar novedades en relación con la legislación y la jurisprudencia romanas. En el derecho romano, advierte con muy buen criterio SILVA MELERO<sup>10</sup>, se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

## 17. Las pruebas judiciales en la Europa posterior al Imperio Romano

a) LA FASE ÉTNICA O PRIMITIVA. Seguramente a la caída del Imperio romano existían en Europa grupos étnicos que se ballaban en lo que hemos llamado la fase primitiva en la historia de las pruebas judiciales (y el derecho procesal en general), puesto que la influencia religiosa que caracterizó la fase siguiente viene muchos años después con el dominio del cristianismo sobre los germanos, francos y demás grupos importantes. De ahí que suele denominarse esta fase como *étnica*.

<sup>8</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, cit., t. III, núm. 414 y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 106-110.

<sup>9</sup> CICERÓN: Pro. L. Murena, y Pro. P. Sila, ed. 1957, pág. 149; cita de SILVA MELERO: Ob. cit., pág. 11.

<sup>10</sup> SILVA MELERO: Ob. cit., pág. 7.

MICHELI<sup>17</sup>, los textos romanos ofrecían suficiente materia para la elaboración de toda una doctrina que respondiera a las necesidades del proceso común y a la mentalidad filosófica de esa época.

Al abandonarse el proceso acusatorio y surgir el inquisitorio, se le dan al juez facultades para procurar la confesión, en los procesos penales, y surge así el tormento judicial como práctica usual, entronizado tanto en el proceso penal oficial como en esa institución eclesiástica que, para vergüenza de la humanidad, imperó durante varios siglos y que se llamó la Inquisición del Santo Oficio, en donde el sadismo y el refinamiento para la crueldad de los ministros de Cristo llegó a los máximos extremos<sup>18</sup>.

Esta evolución se extiende a toda Europa. En el derecho español se estableció el sistema de las pruebas formales de la Edad Media, como se observa en el *Ordenamiento de Alcalá* y en las *Leyes de Toro*<sup>19</sup>; las ordalías desaparecieron por las excomuniones adoptadas en los concilios de Letrán en 1215, de León en 1288, de Valladolid en 1322; la prueba testimonial se hizo común y también se introdujo la prueba documental, que adquirió notorio predominio en el *Fuero juzgo* y en *Las Partidas*. Por otro aspecto, ya no favorable, pero sí explicable por la reacción que se trataba de imponer, se le suprimieron al juez todas las facultades inquisitivas y de libre apreciación de la prueba practicada. Si bien se conservaba el tormento, que en el *Fuero juzgo* se menciona, lo mismo que en algunos fueros municipales, no se le consideraba como un medio de prueba, sino como una manera (naturalmente absurda y bárbara) de establecer la sinceridad de testigos y partes; pero voces autorizadas se alzaron contra su empleo, como la de Luis VIVES, en el siglo XVI, y el padre FELJOO, en el siglo XVIII, para ser por fin legalmente abolido en la Constitución de 1812 y en la real cédula del 25 de junio de 1814<sup>20</sup>.

Como ya dijimos, en el derecho germano se cumple igual evolución, la cual llega a su punto culminante con la promulgación de la *Ordenanza de Justicia Penal* de Carlos V, en el año 1532, de la cual fue autor el alemán Johann SCHWARTZEMBERG, y en la que es notable el esfuerzo para dirigir los procedimientos a la búsqueda de la verdad material (sobre realmente el calificativo; *cfr.*, núms. 5 y 56) y se sientan principios básicos tomados del derecho romano y el canónico<sup>21</sup>. Este código carolino es fuente del derecho germánico, a partir de tal año, y sirve de fundamento para una teoría completa de la prueba, a

17 MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 32.

18 SENTÍS MELENDO: *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, págs. 599 y sigs.; PIERO FIORILLI: *La tortura giuridica nel diritto comune*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1953, ts. I y II; EDUARDO PALLARES: *El procedimiento inquisitorial*, México, 1951.

19 SILVA MELERO: *Ob. cit.*, págs. 10 y 11.

20 SILVA MELERO: *Ob. cit.*, pág. 22.

21 MITTERMAIER: *Ob. cit.*, pág. 13.

diferencia de lo ocurrido en Roma, en donde el legislador apenas sentó algunos principios generales sobre esa materia. En el siglo XVIII se encuentran varias codificaciones bastante completas, de las cuales sobresale la de Baviera que, en opinión de MITTERMAIER<sup>22</sup>, es la que más fielmente reproduce las ideas dominantes en aquel tiempo. Vino luego la *Ordenanza de Justicia Penal* de José II, que introduce importantes mejoras, al abolir el tormento y el juramento purgatorio y al autorizar la condena en el caso de concurso de indicios. Otra ley sobresaliente fue la promulgada por Leopoldo, gran Duque de Toscana, en 1786, que abolió también el tormento y tuvo tendencias hacia la búsqueda de la verdad real.

En Inglaterra ocurrió una evolución similar. Desde el siglo XIII se abandonan los juicios de Dios y se establece el jurado. En el siglo XIV, se sustituye el sistema de las pruebas artificiales por la teoría de la razón natural, expuesta brillantemente por HOBBS; pero en el siglo XVI se crea un sistema probatorio sobre normas de exclusión. El testimonio pasa a ser la principal prueba, basta el punto de que "el término *evidence* hasta el siglo XVI significó prueba testifical"<sup>23</sup>; en este siglo y en el siguiente se crea la mayor parte del sistema de la *law of evidence*, que es un conjunto de normas de exclusión, hasadas en la teoría de las probabilidades, tomada del derecho canónico.

En Rusia la evolución fue más o menos igual<sup>24</sup>: existió el sistema primitivo, el místico con sus duelos judiciales y sus juicios de Dios, hasta que el proceso acusatorio fue sustituido por el que VISHINSKI llama investigativo, que es la forma rudimentaria del posterior proceso inquisitivo; en el siglo XVII apareció el nuevo Edicto de 1669, sobre procedimiento criminal por robo y bandidaje, de tendencias inquisitivas, y en el siglo XVIII, con la legislación de Pedro I, se completa la transformación, quedando vigente el sistema de las pruebas formales y la tarifa legal.

El imperio del sistema legal de la prueba fue absoluto, en lo civil y lo penal, y tanto en las legislaciones como en la doctrina, hasta las postrimerías del siglo XVIII, época en que surgió una corriente jurídica renovadora, encabezada por el marqués de BECCARIA. Éste, en su famoso estudio *De los delitos y de las penas*, contempló el problema principalmente por el aspecto del proceso penal, para reivindicar el sistema del libre convencimiento, basado en "el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida", mediante la institución del jurado, y condenó enfáticamente las aberrantes costumbres del tormento y el proceso secreto.

En Francia, escritores como MONTESQUIEU, VOLTAIRE y BRISSOT DE

<sup>22</sup> MITTERMAIER: Ob. cit., pág. 15.

<sup>23</sup> SILVA MELERO: Ob. cit., pág. 20.

<sup>24</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, págs. 94 y 96.



WARVILLE protestaron también contra el sistema judicial medioeval, y en la Asamblea Constituyente de 1790 se recogieron esos conceptos al pronunciarse contra las pruebas formales en materia penal y al consagrarse el sistema de la convicción íntima de los jueces, que quedó sancionado en las leyes de 18 de enero de 1791 y de 29 de setiembre del mismo año, cuyo principal autor fue DUPOERT. Se entra así a la fase sentimental, que mejor sería denominar de la convicción moral.

Resumiendo la evolución del derecho probatorio en esta fase de la tarifa legal<sup>25</sup>, puede decirse que desde mediados del siglo XII se impuso en Europa el criterio romano sobre distribución de la carga de la prueba, que liberó al acusado de la iniquidad de tener que probar su inocencia, dejándole sólo la carga de probar sus propias afirmaciones constitutivas de excepciones propiamente dichas y al actor la prueba de las contenidas en la demanda; además, los interrogatorios se transformaron en *posiciones*, como acto de parte. Desde el siglo XIII se introdujo la teoría de las presunciones, basada en el cálculo de las mayores probabilidades de verdad; el testimonio siguió siendo una de las principales pruebas, pero su objeto quedó limitado a lo que el testigo hubiera podido percibir con sus sentidos, pues se le prohibió expresar sobre sus opiniones y se le rechazaba cuando se trataba de probar proposiciones negativas o cuando apenas atestiguara por referencias; se le dio el carácter de plena prueba a la confesión judicial; se consideró inhábiles para declarar a los perjuros, delincuentes, siervos o enfermos mentales y testigos sospechosos, a los parientes o dependientes, lo mismo que a quienes no tenían domicilio fijo o fueran personas desconocidas; se le dio cabida a la prueba de peritos y al reconocimiento o inspección judicial; se le otorgó pleno valor al documento público; al documento privado, lo mismo que a la confesión extrajudicial, se les dio el valor de indicios. Uno de los principios fundamentales que se introdujeron, tomado también del derecho romano, es el que obliga al juez a juzgar "según lo alegado y probado", surgido al parecer en la escuela de Bolonia; no menos importante es el que establece la aplicación oficiosa del derecho positivo por el juez, vigente ya en el siglo XIV. En lo penal, del proceso acusatorio del antiguo derecho germano se pasó al proceso inquisitivo, proceso cuyas características ya señalamos y estudiaremos más adelante (*cfr.*, número 19).

El examen de las ventajas e inconvenientes del sistema de la tarifa de pruebas lo haremos posteriormente (*cfr.*, núm. 26).

d) LA FASE SENTIMENTAL, MEJOR DENOMINADA DE LA CONVICCIÓN MORAL. Puede decirse que esta fase se origina en la Revolución Francesa, que acogió las teorías de MONTESQUIEU, VOLTAIRE y sus seguidores, con las ya citadas leyes de 1791. El art. 732 del Código del 3 de

<sup>25</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, págs. 13 y 20.

brumario, del año IV de la revolución, reprodujo el precepto de aquellas leyes sobre libertad de apreciación y la convicción íntima como único fundamento del fallo. Posteriormente el Código de Instrucción Criminal acogió el mismo principio en su art. 342.

El nuevo derecho francés se difundió por Europa sólo hacia mediados del siglo XIX; pero en Austria duró el sistema legal durante muchos años, consagrado en el *Reglamento de procedimiento criminal* de 1853, que rigió casi hasta fines del siglo XIX. Así se originó esta nueva fase del derecho probatorio, que se ha convenido en denominar *sentimental*, por estar basada en la ilusoria creencia en la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural. Como decía TARDE<sup>26</sup>, se trataba de una nueva superstición: "La fe optimista en la infalibilidad de la razón individual, del sentido común, del instinto natural." De ahí que considerar el juicio por el jurado como "la revelación presunta de lo verdadero por la conciencia no iluminada y no razonadora".

El nuevo sistema se aplicó al proceso penal que se tramitaba oralmente, y así se escindieron los dos procesos, pues el civil continuó sujeto a la tarifa legal y al procedimiento escrito, y mientras al juez penal se le daban facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas, el civil continuaba sujeto a la iniciativa de las partes.

Inicialmente se exageró ese criterio y se consideró que no debían existir reglas para ese proceso de convicción íntima, que se creía debía surgir como por instinto natural. Considerado de esta manera, las críticas tenían que ser muchas y muy poderosas, pues "la simple convicción no entraña el juzgar por sentimiento o impresiones, sino una intuición afectiva" y su fuerza no sirve de garantía<sup>27</sup>. Pero, como proclamaba con justicia el procurador general BERARDI, "la libre convicción, como la evidencia, se encuentra muy expuesta a incurrir en la valuación analítica cuidadosa de los hechos y de las pruebas"<sup>28</sup>. Sin embargo, como observa el mismo autor, "no se descubre cómo imponer un método racional a los jueces populares, improvisados y temporales; y eso constituye el defecto fundamental de la institución"<sup>29</sup>.

Según ya lo observaba BENTHAM<sup>30</sup>, "analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desembrollar las causas que influyen sobre la sensibilidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, re-

<sup>26</sup> Cita de GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejes, 1955, pág. 11.

<sup>27</sup> GORPHE: Ob. cit., pág. 11.

<sup>28</sup> Cita de GORPHE: Ob. cit., pág. 11.

<sup>29</sup> GORPHE: Ob. cit., pág. 11.

<sup>30</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejes, 1959, t. I, cap. VIII, pág. 45.

presenta operaciones que suponen un gran estudio del corazón humano". Estudio que requiere conocimientos psicológicos especializados. De ahí la nueva ciencia de la psicología judicial, todavía en pañales.

Además, según lo observa FLORIAN<sup>31</sup>, se ha descuidado una sistematización verdaderamente jurídica, en la prueba penal, que todavía está en elaboración.

La grave falla del sistema penal del jurado consiste en que para la libre apreciación se requieren jueces más preparados que para el sistema de la tarifa legal.

Como dijimos antes, en el proceso civil continuó rigiendo el sistema de la tarifa legal de pruebas, en virtud de que la corriente sentimental que impuso la íntima convicción se limitaba al proceso penal. Ello se debió al concepto privatista que del proceso civil se tenía entonces y que prevaleció hasta finales del siglo XIX. Sin embargo, hubo algunas tentativas de aplicar a la prueba civil la libertad de apreciación por el juez, como ocurrió en el célebre Código prusiano de 1793, que desafortunadamente tuvo corta vida. Apenas en el presente siglo el sistema de la tarifa legal ha sido abandonado en muchos códigos de procedimiento civil europeos, mientras se mantiene no obstante, con algunas atenuaciones, en otros países de Europa y en casi toda la América Latina. Ejemplos afortunados de la nueva etapa de la prueba civil existen en Francia, Alemania, Italia, Argentina, Brasil, Rusia, México, Inglaterra y Estados Unidos.

En muchos países existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre los dos sistemas, penal y civil, de libre apreciación o valoración de la prueba. Dicha diferencia radica en la ausencia de jurado en el proceso civil y, por lo tanto, en que en éste se limita su aplicación a jueces especializados, doctos en ciencia del derecho y aptos por consiguiente para aplicar el criterio científico que introduce la modalidad especial que los autores indican como determinante de la quinta y última fase en la evolución de los sistemas probatorios judiciales, fase que estudiaremos a continuación.

e) LA FASE CIENTÍFICA. El proceso civil del futuro debe ser oral, aunque con ciertas restricciones como la demanda; además, ha de ser inquisitivo para que el juez investigue oficiosamente la verdad y con libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas, de acuerdo con los principios de la psicología y de la lógica, quedando sujeto únicamente a las formalidades que las leyes materiales contemplan *ad substantiam actus*, o sea como solemnidad para la validez de ciertos actos o contratos (*cf.*, núms. 21-29).

<sup>31</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, número 14.

## 18. Evolución del concepto de prueba judicial en el derecho clásico y moderno

Veamos ahora la *evolución que ha tenido el concepto de la prueba* a partir del resurgimiento de la cultura jurídica romana, a través del derecho canónico. Nos serviremos en este punto de la magnífica obra del autor italiano Alessandro GIULIANI<sup>32</sup>.

El movimiento jurídico originado en el resurgimiento del derecho romano trajo, como era natural, un *concepto clásico de la prueba*, cuyas características esenciales son: *a)* se considera la prueba como un *argumentum*, es decir, como algo retórico y abstracto; *b)* la actividad probatoria está dominada por la lógica, la ética y la teoría de la formación de las cuestiones (*quaestiones*); *c)* el sistema probatorio se basa en el principio de la carga de la prueba y en la identificación de lo probable con lo éticamente preferible (no sobre la realidad o lo que comúnmente sucede); *d)* se confunde el hecho con el derecho, desconociendo la autonomía del primero, porque al último no se lo concibe separado de la *ratio artificialis* y se llega prácticamente a identificar a éste con su prueba; *e)* se limita el campo de la investigación a lo más importante o relevante, en virtud de la llamada teoría de las exclusiones.

Este concepto clásico de la prueba significa sin duda un importantísimo progreso en relación con ese período barbarocristiano que le precede; pero la tendencia a establecer conclusiones dogmáticas abstractas, con fundamentos puramente retóricos (lógicos-éticos) lo mantiene alejado de la realidad, a pesar de que en un principio la valoración de la prueba es libre sin ser arbitraria, porque se la regula por la lógica del juicio y los conceptos éticos. De ahí nace la teoría de las presunciones como un razonamiento o juicio, es decir, el resultado de una selección en el sistema de valores. Se les da una importancia desmesurada a las pruebas judiciales, hasta el punto de identificarlas con la ciencia jurídica y de no concebir el derecho subjetivo sin su prueba.

Tal es el panorama conceptual en materia de pruebas durante la Edad Media<sup>33</sup>.

A partir del siglo XIII comienza la decadencia de la tradición retórica y aparece el concepto de lo probable sobre bases objetivas, es decir, de acuerdo con lo que comúnmente sucede en la realidad, *id quod plerumque accidit*, y se considera la reconstrucción del hecho como objeto de la investigación, devolviéndole su autonomía. Es un avance trascendental, que deja los pilares básicos para la modernización del concepto de prueba judicial. En cambio, la libertad de apreciación del

<sup>32</sup> GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, pág. 230.

<sup>33</sup> GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, páginas 230 y 233.

juez comienza a aparecer arbitraria y demasiado objetiva, tal vez por la impreparación general de los jueces, lo cual conduce a la fijación, por el legislador, del grado de probabilidad que se debe reconocer a los distintos medios de prueba, para someterlos a un criterio abstracto y objetivo impuesto en las normas legales; se separa, por ese aspecto, la prueba y la investigación judicial de la realidad de los casos concretos. En el siglo xiv aparece el principio de la investigación oficiosa del derecho por el juez, pero se siguen tratando como cuestiones de hecho muchas que son de derecho. El razonamiento judicial se concibe como un silogismo en su más estricto sentido, lo cual es consecuencia del criterio abstracto que impera en esta materia y del carácter retórico ya mencionado, pese a que comienza a debilitarse la naturalza argumentativa de la prueba. La teoría de las presunciones empieza a sufrir un cambio importante: su fundamento se busca con un criterio objetivo de probabilidad<sup>34</sup>.

Por otra parte, el jusnaturalismo trata de superar los límites de la *teoría de la verdad probable*, utilizando los principios de lo que se llamó la "aritmética de la prueba", y así la validez del testimonio se basa en el criterio numérico o cuantitativo. Se le da un valor exagerado a la prueba testimonial, por una excesiva credibilidad en la sinceridad de los testigos y la ignorancia de conocimientos sicológicos sobre las causas de frecuentes inexactitudes de buena fe en sus declaraciones. Sin embargo, esta teoría jusnaturalista sienta los presupuestos de la moderna teoría de la prueba legal, en cuanto prepara la concepción técnica de la prueba<sup>35</sup>.

Del siglo xvi en adelante comienza a perder prestigio la prueba testimonial. Se le da mayor intervención tanto al Estado, con el desarrollo de la prueba documental a través de los funcionarios que intervienen en ésta, como al juez, mediante poderes investigativos, especialmente en lo penal. La elaboración del sistema de la prueba legal está acompañada de la decadencia del concepto clásico de la prueba y de una nueva noción de lo probable, en el sentido que acabamos de explicar; el legislador convierte las reglas de experiencia que los siglos anteriores habían dejado y que dejan un criterio de uniformidad y normalidad (*id quod plerumque accidit*), en normas objetivas obligatorias, para sustituir el criterio subjetivo de los jueces, generalmente ignorantes e incapaces, con el propósito de asegurar la certeza, la economía y la agilidad de la investigación; se les impone, pues, una lógica oficial y abstracta, para impedir la arbitrariedad. El propósito es, sin duda, loable y representa un evidente progreso en ese momento histórico (*cfr.*, núm. 26).

Más tarde ocurre una gran transformación en el concepto de la prueba judicial en el derecho moderno, gracias al influjo del utilita-

<sup>34</sup> GIULIANI: Ob. cit., págs. 233 y 234.

<sup>35</sup> GIULIANI: Ob. cit., pág. 236.

rismo de STUART MILL y sus seguidores, cuyo principal exponente en el terreno jurídico es Jeremías BENTHAM, quien con su famoso libro *Tratado de las pruebas judiciales* fija un hito en la evolución del derecho moderno<sup>36</sup>.

Según opina GIULIANI<sup>37</sup>, "BENTHAM introduce en el derecho el concepto moderno de la prueba", basado en la filosofía inductiva y en la ciencia experimental de la época de BACON. Así, asimila la lógica jurídica a la lógica inductiva, y llega hasta la exageración de identificar la prueba judicial con la prueba indirecta. La esencia del concepto de la prueba consiste desde entonces en pasar de un hecho conocido a otro desconocido, lo cual le da base científica.

Posteriormente el desenvolvimiento de la lógica inductiva en la lógica moderna aclara la conexión entre inducción y probabilidad. Pero BENTHAM coloca todo el edificio de su sistema sobre una fe absoluta en la *razón natural*, a la que cree capaz de apreciar el diverso grado de probabilidad que existe en cada prueba; por eso creía en un método objetivo y cuantitativo para valorarla, elaborado sobre un previo cálculo de probabilidades<sup>38</sup>. Esto es, adopta y defiende el sistema de la tarifa legal estricta. Por otra parte, ataca la teoría de la *legal relevancy* o sistema de reglas de exclusión, que limita la investigación a lo más relevante; insiste en que no se debe excluir ninguna prueba, y afirma que lo *probandum* no es la cuestión controvertida sino los hechos, en todo lo cual anduvo con acierto indudable. En cambio, al darle a la valoración probatoria un carácter exclusivamente lógico, lo que ha hecho considerar su *Tratado* como un trabajo de lógica jurídica, según lo calificó el prologuista de la edición francesa de 1823, E. DUMONT, olvidó la naturaleza humana y social del acto de prueba y sus aspectos psicológico y técnico.

También STUART MILL identifica, por esa época, la lógica con la ciencia de las pruebas, y enseña que las conclusiones de la inducción no son ciertas sino probables, por lo cual el problema fundamental está en aumentar su probabilidad; además, identifica la *legal relevancy* con la *logical relevancy*. BENTHAM compartió estos conceptos, y en esta forma quedaron separadas las nociones de admisibilidad y valoración de la prueba.

En la doctrina de STUART MILL y BENTHAM se le reconoce al hecho su existencia real y se le trata con independencia de la cuestión de derecho; la prueba se aproxima a la realidad, gracias al método inductivo y a las máximas de experiencia que con él se elaboran; pero

<sup>36</sup> La traducción francesa apareció en París, en 1823, y cuatro años más tarde se publicó más completo y maduro en inglés, en Edimburgo, con el título de *Rationale of judicial evidence*.

<sup>37</sup> GIULIANI: Ob. cit., pág. 237.

<sup>38</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, págs. 238 y 239.

el sistema de la tarifa legal, que aceptan, al traducir las enseñanzas de la experiencia en normas objetivas y abstractas, vuelve a alejarla de ella, en cuanto en el proceso se presentan casos concretos. La influencia de estos grandes maestros, que es general en Europa, trae un avance fundamental en el camino del moderno concepto de la prueba.

También es importante recordar que BENTHAM fue partidario de intensificar la prueba documental, concepto que fue acogido en la legislación europea y luego en la americana, con lo cual surgió otra de las características del derecho probatorio moderno.

Por lo tanto, en el derecho moderno el concepto de prueba se basa en la lógica inductiva y en la experiencia, esto es, en la noción de probabilidad objetiva, siguiendo las enseñanzas benthamianas, y la investigación de los hechos aparece como una operación técnica. Esto significa una revaluación radical del concepto clásico. Precisamente la teoría de las máximas de experiencia, de tan vastas aplicaciones en el derecho moderno (*cfr.*, núms. 40 y 77), tiene su fundamento en el concepto experimental de lo probable<sup>39</sup>, y la de las presunciones se basa en el examen objetivo de las probabilidades (*id quod plerunque accidit*). Pero durante un tiempo se exageró la importancia de la lógica inductiva, hasta llegar a identificar la prueba judicial con la prueba indirecta, negándole el carácter de tal a la directa, lo cual estaba de acuerdo con la identificación del razonamiento jurídico con el silogismo, que fue otra exageración<sup>40</sup>. El derecho probatorio fue invadido por una atmósfera formalística y técnica, que tuvo su expresión en la tarifa legal, que, como hemos dicho, cumplió sin duda una misión histórica muy importante (*cfr.*, núm. 26).

Con el trascenso del tiempo surgió, por último, una nueva etapa en la evolución del concepto de prueba. El movimiento de liberación y revaluación de la persona humana frente al Estado, que condujo a la Revolución Francesa y que se expandió gracias a ésta por toda Europa, trajo, como hemos visto, la reacción contra la tarifa legal y la implantación de la libertad de apreciación de las pruebas por el juez, primero en el proceso penal y luego en el civil (lo último existe en Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia, Alemania, Austria, Italia, México, Brasil, Argentina y posiblemente en otros países). Se puso en evidencia que la probabilidad objetiva que es el fundamento de la regla de experiencia convertida en norma legal por la tarifa de pruebas, "no sirve para verificar un hecho particular, sino un hecho que pertenece a una clase particular"<sup>41</sup>; esto demuestra que no es aceptable una lógica oficial, previa y abstracta, para la investigación de los hechos del proceso, que son concretos e históricos. La libertad de valorar la prueba es una consecuencia lógica de la ciencia empírica

39 CALAMANDREI: *Studi sul processo civile*, Padova, CEDAM, 1957, pág. 115.

40 GIULIANI: *Ob. cit.*, pág. 249.

41 GIULIANI: *Ob. cit.*, pág. 250.

del mundo moderno, e implica un concepto técnico de la investigación de la verdad de los hechos, que rechaza la concepción del razonamiento judicial como un puro silogismo, y, por lo tanto, significa una ampliación del campo de investigación del juez, que debe recurrir ya no sólo a la lógica sino a la sicología, a la técnica y a las nuevas ciencias empíricas, para la valoración de la prueba, como lo veremos posteriormente (*cfr.*, núms. 75 a 77).

De lo antedicho surge una ineludible consecuencia, que es otro importante aspecto del panorama contemporáneo de las pruebas judiciales: la necesidad de dotar de facultades inquisitivas al juez civil, laboral, comercial, fiscal, contencioso administrativo y, en general, en todos los procesos modernos. Esta reforma ha sido introducida también en muchos códigos del presente siglo, como los de Rusia, Alemania, Austria, Francia, Italia, Argentina, Brasil, México, Portugal (*cfr.*, núms. 21-24).

La investigación del juez se compara y asimila, en el derecho contemporáneo, a la del historiador, y se reclama para el proceso "una lógica de la razón práctica", ayudada por la sicología y las ciencias modernas, con un sentido dialéctico (*cfr.*, núms. 75-78). Se elimina la exageración de identificar la prueba judicial con la indirecta y se restituye su importancia y autonomía a la prueba directa, gracias principalmente a CARNELUTTI<sup>42</sup>, quien despejó las dudas que todavía podían quedar al respecto, e hizo ver que también en las segundas existe el elemento percepción para la fijación del hecho controvertido. Por último, existe actualmente una marcada reacción contra la exagerada preponderancia de la prueba documental preconstituída, porque cada día se extienden más los sectores en que es imposible exigirla y en que las decisiones deben basarse en otros medios; se reclama menos formalismo y más libertad de apreciación para el juez<sup>43</sup>. Es la *fase científica* de las pruebas judiciales (*cfr.*, núms. 27 y 75-93).

Así han quedado eliminadas las principales diferencias que artificialmente se habían creado entre la prueba civil y la penal, durante los últimos siglos, y se ha despejado el camino para una teoría general de la prueba judicial, con sus principios rectores comunes (*cfr.*, núm. 31), tal como intentamos presentarla en los capítulos siguientes.

## 19. Características de los procesos acusatorio e inquisitorio

Vimos cómo después de la caída del imperio romano el proceso judicial pasa del sistema acusatorio vigente en el antiguo derecho ger-

<sup>42</sup> CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma, Edit. Foro Italiano, 1951, núm. 207, págs. 380-381.

<sup>43</sup> GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, págs. 251 y 252; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 202 y 204; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 264 y 265.



mano y en general en Europa durante mucho tiempo (sólo a mediados del siglo XIII comienza a declinar y se extingue en el siglo XVI), al proceso inquisitivo penal riguroso, que luego cede en varios de sus aspectos; en cambio, el proceso civil conserva su fisonomía predominantemente acusatoria hasta el siglo XIX, y sólo en las últimas décadas aparece un movimiento doctrinario y legislativo que procura darle una tendencia inquisitiva. Por esta razón existen procesos realmente mixtos en los códigos contemporáneos: con marcada tendencia inquisitiva en todos los países, el penal y el laboral; con preponderancia acusatoria en la mayoría, en cuanto al civil y el contencioso-administrativo, pero con perspectivas de una fase más inquisitiva, que ya existe en algunas partes y que será sin duda la tendencia del futuro.

Es interesante puntualizar cuáles son las características histórico-jurídicas de estos tres tipos de procesos.

#### I. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ACUSATORIO <sup>44</sup>

a) El proceso revestía un interés casi exclusivamente privado, dentro del estrecho marco de las partes contendientes, tanto en lo civil como en lo penal, por la cual constituía "un verdadero combate entre dos partes";

b) No podía iniciarse un proceso oficiosamente, sino que era indispensable la acusación de los ofendidos o sus familiares (acción privada para su iniciación), e igualmente se requería la iniciativa de las partes para su trámite posterior;

c) El juez tenía una actitud meramente pasiva y un carácter de árbitro que presencia el combate y reconoce al vencedor;

d) Aun en el proceso penal existían necesariamente tres sujetos: el juez, el acusador y el acusado;

e) No existían inicialmente jueces permanentes como hoy los conocemos, porque el juez era el pueblo o delegado de su seno, y si más tarde surgieron jueces permanentes, siempre conservaron el carácter predominante de árbitros.

f) El proceso debía tramitarse ante ese juez;

g) El proceso era estrictamente oral, aun cuando estaba lleno de solemnidades;

h) El proceso era público desde su iniciación;

i) El proceso era controvertido en toda su extensión, y el acusado o querrellado conocía los cargos que se le formulaban desde un comienzo, lo mismo que las pruebas que contra él se aducían;

j) El acusador no necesitaba presentar pruebas, porque le correspondía al acusado demostrar su inocencia, es decir, la carga de la prueba para desvirtuar la acusación, tanto en el proceso civil como en el penal;

<sup>44</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, pág. 26.

k) El juez carecía de facultades para decretar o aportar pruebas, ya que la actividad probatoria correspondía exclusivamente a las partes en ambos procesos;

l) La prueba conducía a establecer una verdad aparente o formal, como suele decirse; no existían reglas legales que la gobernarán, pero los medios eran primitivos, basados en la superstición religiosa (juicios de Dios, duelos judiciales, ordalías) y la confesión era la prueba por excelencia, con valor absoluto, mas el juez no la buscaba y menos la exigía; aquellos medios eran pruebas aparentes y absurdas, que dejaban la justicia en manos de la suerte o de la fuerza y habilidad de los contendientes, por la ridícula creencia de que Dios intervendría para darle el triunfo a quien tenía la razón; sólo en lo civil debió aceptarse la prueba documental al generalizarse la escritura;

m) La ausencia de reglas generales que valoraran la prueba dejaba al juez en libertad para apreciarlas conforme a su sana razón su experiencia y su educación; pero esa libertad, que los autores reconocen como una de las características del sistema, tiene que ser entendida para los casos en que la contienda no se resolvía por juicios de Dios o duelos judiciales, pues en éstos quedaba en verdad conformada la sentencia según su resultado.

Entre las características enumeradas anteriormente, las fundamentales, son las siguientes: la necesidad de la acusación para iniciar el proceso; la inactividad del juez en materia de pruebas y su papel de árbitro o director de la lucha entre particulares; el juez popular; el no coaccionar la confesión, y la aceptación de ésta en su calidad de prueba absoluta, si se presenta libremente; la ausencia de normas legales sobre valoración de las pruebas y su carácter oral.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO INQUISITORIO

- a) Este tipo de proceso surge para la rama penal;
- b) La investigación de los delitos es obra del Estado y de interés general, por constituir una ofensa social;
- c) El proceso penal se inicia de oficio o por denuncia de cualquier persona, y el juez lo lleva oficiosamente hasta el final;
- d) Los jueces son funcionarios permanentes que representan al Estado;
- e) El proceso es escrito y se despoja de solemnidades, tanto en lo penal como en lo civil, pero se vuelve demasiado lento;
- f) El proceso penal es secreto durante el período inicial o investigativo, con el fin de establecer al menos una prueba que dé verosimilitud a la acusación, lo cual constituye una garantía para la honra y la libertad del acusado, pero por el mismo motivo éste no conoce inicialmente los cargos que se le formulan y las pruebas que se practican;
- g) Como garantía para el acusado o demandado y como reacción

contra los medios primitivos bárbaros y absurdos, se crea un sistema legal de pruebas que obliga al juez en su aceptación y su valoración, sin dejarle libertad alguna al respecto: la ley predetermina cuáles son las pruebas y qué mérito de convicción tienen; en lo penal se limitan aquéllas a la confesión y al testimonio de por lo menos dos personas, se excluyen los indicios y la confesión se considera como prueba fundamental, de suerte que el método inductivo queda eliminado (en lo civil se admiten además los documentos y los indicios);

h) El juez puede aportar oficiosamente pruebas y busca la verdad sin contentarse con la apariencia, o, como suele decirse, persigue la verdad material o real;

i) La carga de la prueba ya no pesa sobre el acusado, sino sobre el juez penal, por lo cual aquél goza de una presunción de inocencia, hecho que constituye otra importante garantía para su libertad (en lo civil esa carga pesa sobre el demandante, salvo para las negociaciones indefinidas y las excepciones del demandado);

j) Pero la necesidad de la prueba contra el denunciado, la exclusión de los indicios y el considerarse la confesión como fundamental, conducen a generalizar el uso del tormento como medio para obtener esa confesión, costumbre bárbara e injustificable que perdura hasta mediados del siglo XVIII en unos países, y hasta finales del mismo, en otros;

k) En una etapa final, deja de considerarse indispensable la confesión; en consecuencia, se elimina el tormento y se admite la prueba indiciaria. Años más tarde se abandonan dos características tradicionales: la forma escrita, para implantar la oralidad, y el sistema de la tarifa legal de pruebas, para dejar al juez en libertad de apreciarlas conforme a su criterio, como innovaciones implantadas para el proceso penal con la Revolución Francesa en 1791, por influencia de las doctrinas de BECCARIA, BACON, MONTESQUIEU, VOLTAIRE y sus seguidores.

En el proceso civil se consagran también las características señaladas en los puntos d), e), g) e i) y la confesión es igualmente la prueba por excelencia; las dos últimas innovaciones (sistema oral y libre apreciación de la prueba) y el principio inquisitivo que permite producir pruebas oficiosamente, apenas en el presente siglo XX comienzan a introducirse (*cfr.*, núms. 21-29).

## 20. Los modernos procesos mixtos

Al final del punto anterior vimos que 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; e igualmente, que la tarifa legal de pruebas, el procedimiento escrito con jueces permanentes que representan al Estado y

el principio de la carga de la prueba sobre el demandante, salvo para las negaciones indefinidas y las excepciones del demandado, se introdujeron desde mucho antes en el proceso civil, y que últimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apreciación por el juez.

Así, pues, no existe duda alguna respecto del carácter mixto inquisitorio y acusatorio de ambos procesos en los tiempos modernos y contemporáneos.

### I. EL PROCESO PENAL MODERNO.

Este proceso conserva como características inquisitorias las siguientes:

a) El interés público en su iniciación y trámite, mediante jueces permanentes que representen al Estado;

b) La presunción de inocencia del acusado y la necesidad de probar su culpa;

c) Las facultades al juez para investigación oficiosa y producción libre de pruebas;

d) La investigación inicial secreta y sin audiencia del acusado, pero modificada en cuanto se admite su intervención y defensa más pronto, al aparecer una prueba que justifique el llamarlo a indagatoria;

e) La aceptación de la condena, basada en prueba indiciaria;

f) En algunos países, la forma escrita absoluta o parcial;

g) La intervención de la sociedad a través del ministerio público;

h) Por lo general las partes no pueden disponer del proceso para terminarlo por desistimiento o transacción.

Pero tiene como características acusatorias las siguientes:

a) Una más pronta intervención del acusado, con derecho a ejercitar su defensa;

b) La forma oral absoluta o predominante;

c) La libre valoración de las pruebas o sistema del libre convencimiento;

d) La institución de la parte civil o acusador particular;

e) La existencia de jurados compuestos por jueces populares transitorios e ignorantes en la ciencia del derecho, que afortunadamente está en vías de desaparecer.

El proceso es predominantemente inquisitivo.

### II. EL PROCESO CIVIL MODERNO.

Conserva estas características acusatorias:

a) Se exige la demanda de interesado para su iniciación;

b) Se prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda y excepciones del demandado o principio de la congruencia;

c) Se reconoce a las partes el derecho a disponer del proceso: desistimiento, caducidad, transacción, arbitramento;

d) La actividad probatoria está, en muchos países, todavía a cargo sólo de las partes, y en otros últimamente se reparte entre éstas y el juez;

e) El proceso es público desde su iniciación, y al demandado se le comunica la demanda una vez aceptada;

f) No existe etapa probatoria secreta, ni práctica de ninguna prueba sin controversia o contradicción;

g) Hasta hace cincuenta años se le consideraba de interés privado y con un fin privado: el interés de los litigantes;

h) Existe la tendencia actual a abolir la tarifa legal de pruebas, salvo en cuanto a los medios solemnes exigidos para la validez de ciertos actos o contratos por las leyes materiales, consagrando la libertad de apreciación razonada y lógica, que ha sido establecida en muchos países como en Francia, Alemania, Italia, Brasil, Argentina, México, Estados Unidos, Inglaterra, Rusia; en otros, como Colombia y España, se limita aquella tarifa por vía jurisprudencial y en algunos puntos legislativamente, como sucede en la apreciación de testimonios y dictámenes periciales; con la ventaja, sobre el proceso penal, de que las pruebas son apreciadas siempre por jueces profesionales, que se reputan doctos en derecho y con conocimientos de lógica y psicología.

Pero tiene estas características inquisitorias:

a) El juez es permanente y representa al Estado;

b) Es un proceso escrito y lento, en casi todos los países;

c) Rige total o parcialmente el sistema de la tarifa legal de pruebas, en muchos países;

d) Se conserva el principio de la carga de la prueba, pero se le da un sentido y alcance más técnico (*cf.* núms. 126-127);

e) Se le considera de interés público y con un fin público: la recta administración de justicia;

f) En algunos países, como Italia, se autoriza al ministerio público para iniciar el juicio, si la cuestión es de interés general, y en Rusia, aun cuando se trate de derechos privados, e inclusive, por vía ejecutiva;

g) Existe en la actualidad la tendencia a otorgarle al juez facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, como lo demuestran las legislaciones de Alemania, Italia, México, Brasil, Argentina, Austria, Rusia, Francia; y en forma moderada por el sistema de las providencias para mejor proveer, en muchos otros países, como España y Colombia; la generalización de aquel sistema es inevitable, aunque debe advertirse que la actividad probatoria no deja de ser

fundamental en las partes, ya que sólo se trata de repartirla, y no de un sistema rigurosamente inquisitivo, propio solamente del derecho penal;

h) A lo menos en Colombia, se le otorga al juez facultad para declarar las excepciones de fondo que aparezcan probadas en el juicio, sin que importe quién llevó la prueba, ni que el demandado no haya concurrido a defenderse o haya guardado silencio sobre ellas. Se exceptúan las de prescripción y compensación, que deben ser reclamadas expresamente por su peculiar naturaleza, y los casos en que la no oposición a la demanda se considera un reconocimiento implícito de ésta (por ejemplo, en Colombia los juicios posesorios, de cuentas y de restitución de tenencia). Este sistema debiera generalizarse.

El proceso civil fue hasta el siglo pasado predominantemente acusatorio, pero hoy presenta relativa preponderancia inquisitiva, o, por lo menos, un equilibrio de los dos sistemas, que marca sin duda alguna su meta futura. Se ha producido así un nuevo acercamiento de los procesos civil y penal, por haber adoptado aquél varias de las mejores características del segundo, especialmente en materia probatoria; empero, esto no significa que puedan unificarse, ya que la necesidad de la demanda y la congruencia (excepto en Rusia y quizás en algunos de sus satélites), lo mismo que el diferente valor de la confesión y la existencia de actos o contratos solemnes, determinan importantes diferencias. No existen, sin embargo, obstáculos para una teoría general de la prueba, que comprenda ambos procesos, con las pertinentes aclaraciones en los puntos que marcan peculiaridades del uno o del otro (*cfr.*, núm. 5). Este acercamiento fue observado por COUTURE, quien habló de "la penalización del proceso civil"<sup>45</sup>.

### III. EL PROCESO LABORAL.

Las características del moderno proceso laboral son similares a las del civil moderno, en cuanto existen facultades del juez para apreciar las pruebas conforme a su criterio y para practicarlas oficiosamente; pero tiene, a lo menos en Colombia, otra característica inquisitiva: el juez de primera instancia puede separarse de lo pedido en la demanda y otorgar al trabajador demandante más de lo que pide, si aparece probado su derecho. Es, por lo tanto, marcadamente inquisitivo. Conserva del acusatorio su forma oral y la necesidad de la demanda.

### IV. LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, FISCAL Y ADUANERO.

Estos procesos tienen las características del civil moderno; los dos últimos presentan generalmente mayores facultades inquisitivas en materia de pruebas y en lo relativo a su iniciación de oficio.

<sup>45</sup> COUTURE: *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. I pág. 313.

## CAPÍTULO V

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

#### 21. Sistema dispositivo o inquisitivo

En algunas etapas históricas del derecho procesal se ha aplicado el principio 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 y de aportación de las pruebas, y en otras, en cambio, se le han otorgado al juez facultades en esos diversos aspectos.

Esos sistemas son fundamentales para la regulación legal 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.

No existe, como hemos visto, una evolución histórica uniforme en esta materia, mas puede afirmarse que el camino del progreso va hacia el proceso inquisitivo y con libertad de valoración de la prueba.

Desde hace cuatro siglos, nadie discute la conveniencia y aun la necesidad de imponer el principio inquisitivo en materias penales; también para los procesos laoral 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, Italia, Austria, Rusia, Brasil, Argentina, México, Portugal, Francia y, tímidamente como norma de excepción en muchos otros más viejos como el español y el colombiano, 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.

Limitándonos al proceso civil, pasamos a examinar las opiniones más autorizadas sobre el particular y a exponer nuestro criterio sobre punto de tanta importancia.

## 22. Los dos aspectos del principio dispositivo

Nos parece indispensable llamar la atención sobre la existencia, no discutida por los procesalistas contemporáneos, de dos aspectos en 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 o principio de la congruencia, que es un desarrollo del anterior (en Europa se incluyen las excepciones propuestas por el demandado, pero preferimos el sistema colombiano, que deja en libertad al juez para declarar oficiosamente las de fondo que encuentre probadas, salvo las de prescripción y compensación). 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. Estos puntos deben 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; en este aspecto no hay razón para que hoy subsista.

Suele incluirse en el principio dispositivo la obligación del juez de fallar conforme a lo probado en el juicio, que implica la prohibición de tener en cuenta sus conocimientos personales (con excepción de los casos de notoriedad general); pero creemos que esto no forma parte de aquel principio, porque rige por igual para el proceso penal o civil inquisitivo, y más bien se relaciona con el principio de contradicción y con el que prohíbe condenar sin haber oído y vencido en juicio. El poder de disposición por las partes del elemento de hecho del proceso, está comprendido en el principio de la congruencia y corresponde al primer aspecto, puesto que las peticiones se vinculan a los hechos principales que les sirven de causa *petendi*, si ésta se entiende como alegación de los hechos materia del litigio; si se contemplan las pruebas de los hechos, forma parte de la disposición de éstas (segundo aspecto).

El primer aspecto se relaciona con "el poder reconocido a los particulares para disponer de la propia esfera jurídica" de que habla la exposición de motivos al actual Código de Procedimiento Civil italiano, o "la autonomía negocial reconocida al particular sobre la propia esfera jurídica", a que se refiere CALAMANDREI<sup>1</sup>. Pero, como muy bien lo observa CARNACINI<sup>2</sup>, comentando las dos citas anteriores, en estricto derecho esto no constituye ningún principio procesal, porque son cuestiones que están antes y fuera de la estructura del proceso y que miran a la

<sup>1</sup> CALAMANDREI: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1943, t. I, núm. 58.

<sup>2</sup> CARNACINI: *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, México, "Revista de la Facultad de Derecho", oct.-dic., 1953, págs. 149-160.



disponibilidad del derecho subjetivo material que pretende el actor; si bien se utiliza la tutela jurisdiccional, no pueden confundirse con el instrumento o proceso, ni las características de ese instrumento, con esa facultad de disponibilidad que forma parte del ejercicio del derecho material. Es también el criterio que expone CALAMANDREI, cuando dice: "El hacer valer un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer de ese derecho"<sup>3</sup>.

Una magnífica exposición sobre el primer aspecto dispositivo del proceso civil y de cómo puede coexistir con facultades inquisitivas del juez para producir pruebas, se encuentra en la última obra del profesor francés Jacques NORMAND<sup>4</sup>. Distinguen muy bien los dos aspectos del principio dispositivo, el profesor portugués JOAO DE CASTRO MENDES y el italiano MAURO CAPPELLETTI<sup>5</sup>.

Pero debe tenerse buen cuidado de no confundir la libertad de decidir si se recurre o no a la vía jurisdiccional, que es efectivamente un aspecto del ejercicio o disponibilidad del derecho material, con el instrumento que ese titular real o simplemente pretendido de tal derecho material utiliza para poner en movimiento la función jurisdiccional del Estado, o derecho de acción, cuya absoluta independencia de aquel derecho es cuestión indiscutida actualmente<sup>6</sup>. Sin hacer esta importante distinción no se comprendería por qué puede producirse un proceso mediante el ejercicio de la acción, a pesar de que el actor carezca del derecho material que pretende.

Es mejor eliminar del principio dispositivo los dos puntos que constituyen la primera fase explicada, para limitarlo a los últimos. Esto equivale a decir que para ser dispositivo un proceso es suficiente que se les otorgue a las partes la facultad de disponer exclusivamente del elemento probatorio; y que para ser inquisitivo basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez (su continuación, a pesar del desistimiento de la parte capaz, no es indispensable para que tenga esta fisonomía, aun cuando es un aspecto inquisitivo del proceso). En todo caso, así deben entenderse estos principios en sentido estricto; sólo en sentido lato se vinculan a la iniciación y continuación oficiosa o no del proceso, y a la facultad de decidir *ultra petita partium*.

Esto significa que los procesos civiles modernos (italiano, alemán,

<sup>3</sup> CALAMANDREI: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1943, t. I, núm. 58.

<sup>4</sup> JACQUES NORMAND: *Le juge et le litige*, Paris, Lib. Générale de Droit et Juris., 1965, págs. 41-160.

<sup>5</sup> JOAO DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civile*, ed. cit., núms. 21-24; CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, ed. Milano, 1962, t. I, págs. 353-373. Últimamente en su libro *Processo e ideologie*, Edit. Mulino, Bologna, 1969, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, e "Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo", págs. 143-253.

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDIA: *Tratado*, t. I y *Nociones generales de derecho procesal civil*, citas anteriores.

francés, austriaco, argentino, brasileño, mexicano, ruso, etc.), son procesos inquisitivos, sin que por ello se les haya privado a las partes del derecho a aportar pruebas, e inclusive, sin que deje de existir la carga de la prueba, desde el momento en que se corre el riesgo de su falta si el juez no las decreta oficiosamente, por desconocerla o por falta de iniciativa, como lo observan atinadamente muchos autores<sup>7</sup>. Los demás códigos consagran procesos mixtos, por las facultades para mejor proveer y otras iniciativas que se permiten al juez. El proceso civil totalmente dispositivo no existe ya.

### 23. 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>8</sup>.

Tales razones son de tan débil contextura, que no resisten el menor análisis. Se basan en la tesis, ya completamente rectificadas, 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, tan importante y de tan profundo interés público como en el proceso penal, e igualmente le señala un fin de interés público o general: la recta aplicación de la ley material y la administración de justicia para 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. Porque si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras razones que sus conocimientos

<sup>7</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, pág. 162 y citas en el núm. 754 b.

<sup>8</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, págs. 758 y 759; BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 97, pág. 146.

jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus pruebas, y sin que la amistad o enemistad, el interés o el afecto, tuerzan o determinen sus decisiones. Por otra parte, si se concibe la jurisdicción como un deber del Estado frente al derecho de acción del particular y no sólo como un derecho frente al deber de los particulares de someterse a ella, es apenas obvio que se otorguen al juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente con tal deber <sup>9</sup>.

Como lo observa muy bien CARNACINI <sup>10</sup>, la disponibilidad del derecho material discutido en el proceso civil, nada tiene que ver con la disponibilidad de los medios probatorios para establecerlo; por lo cual, aun considerando que el proceso civil versa sobre cuestiones de interés privado y derechos de libre disposición de las partes (lo que no es cierto en muchos casos) y olvidándose de que tiene un objeto y un fin de claro interés público (la recta aplicación de la ley y el ejercicio de la jurisdicción del Estado a los litigios privados), no puede obtenerse de ello argumento alguno en contra de las facultades inquisitivas del juez para llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales debe versar su sentencia.

Creemos que la democracia política, y, más concretamente, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad o el poder económico (respetando el derecho de la parte a iniciar o no el proceso respecto a una determinada pretensión suya), 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. Creer, como MITTERMAIER <sup>11</sup>, que a los gobiernos monárquicos de autoridad absoluta corresponde el proceso inquisitivo y a las democracias el proceso acusatorio, que depende de la iniciativa particular, es un gran error, ocasionado por la influencia del individualismo político y filosófico, muy en boga en su tiempo, y por el olvido de la realidad socio-económica; es tanto como sostener que la democracia consiste en la absoluta autonomía de las voluntades individuales para que el débil y menesteroso goce de su ficticia libertad al convenir las condiciones de su contrato de trabajo o en abandonar al pueblo ante los monopolios y explotaciones organizadas de los artículos de primera necesidad para que se produzca el libre juego de la oferta y la demanda. Hace por lo menos medio siglo que los Estados abandonaron, en buena hora, esa concepción romántica pero engañosa de las libertades y la democracia.

<sup>9</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, números 42, 61 y 62; *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., núms. 20, 21, 56 y 86.

<sup>10</sup> CARNACINI: *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, México, "Revista de la Facultad de Derecho", ed. cit., pág. 173.

<sup>11</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, 9ª ed., pág. 24.

No comprendemos por qué no deba suceder lo mismo en el campo del proceso.

Esta opinión tiene abundante respaldo en la literatura jurídica contemporánea<sup>12</sup>.

## 24. Países que lo han consagrado

Al estudiar las pruebas judiciales en el derecho moderno se ve que en los códigos de los países que marcan la mayor evolución de las ciencias procesales, se ha consagrado ya el principio inquisitivo en materia de pruebas para el proceso civil, tal como ocurre en Alemania, Italia, Austria, Rusia, Portugal, Francia (leyes de 22 y 23 de diciembre de 1958, vigentes a partir del 2 de marzo de 1959), Brasil, México (en algunos estados) y Argentina (se consagró primero en varios de los

<sup>12</sup> En Argentina: RODRÍGUEZ, CARLOS A. y PEÑA, JUAN L.: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1956, pág. 65; FORNATTI: *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Edit. Valerio Abeledo, 1956, pág. 151; SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, pág. 155. En Uruguay: COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, págs. 137-139 y 313-323. En Brasil: LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, Edit. Rev. Forense, 1959, t. III, pág. 188; PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao código processo civil*, Río de Janeiro, Edit. Rev. Forense, 1958, 2ª ed., t. II, págs. 225-227, y t. III, pág. 275. En Europa: FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, 3ª ed., pág. 575; PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, págs. 349-350; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, t. I, págs. 447-448. En Portugal: CASTRO MENDES: Ob. cit., pág. 159-161. En Italia: LESSONA: *Expos. Compend.*, Torino, 1864, vol. I, págs. 72 y 73, cita de LESSONA, en *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 54; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, número 56, pág. 60, y núm. 57, pág. 63; MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núms. 32 y 40, págs. 215 y 248; CARNACINI: *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, t. III, núm. 12, págs. 97, 171-172 y 182; GRISPINONI: *Verso l'unificazione legislativa de la procedura civile e penale*, en "Ann. dir. comp.", 23, 1946, pág. 174, cita de CARNACINI, ed. cit., pág. 172; CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, pág. 72; ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, págs. 145 y 146; GUARNIERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, México, 1952, págs. 68-71; AURELIO SCARDACCIONE: *Giurisprudencia sistemativa civile e commerciale*, Le Prove, ed. Torino, 1965, págs. 15-16. En Alemania: SCHÖNKE, cita de CARNELUTTI, en *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, nota 78, página 137; ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. I, págs. 386-392. En Francia: SIGARD: *La preuve en justice*, París, Librairie du Journal des Notaires, 1960, págs. 2-10; BARTIN: *Comentario al núm. 749 del curso de derecho civil de Aubri et Eau*; NORMAND: *Le juge et le litige*, París, Lib. Générale de Droit et Juris, 1965, págs. 339 y 385-395; BLANC: *La nouvelle procédure civile*, París, 1959, págs. 130-131; CORNU et FOYER: *Procédure civile*, París, 1958, págs. 103 y 368. En Venezuela: JOSÉ RODRÍGUEZ URRACA: *Autoridad del juez y principio dispositivo*, ed. Universidad de Carabobo, Valencia, 1968. En Italia también: MAURO CAPELLETTI: *Processo e Ideologie*, estudios citados, Bologna, 1969, págs. 143-215.

Códigos de Provincias, como el de Buenos Aires y Santa Fe, y últimamente en el nuevo C. de Pr. C. y Co. para la Nación, ley 17.454 de 1967, arts. 36, 2º, y 378, y en varios posteriores para las Provincias). En muchos otros países, como España, Colombia y Venezuela, se otorga a los jueces más limitadamente esas facultades, a través de las llamadas providencias para mejor proveer, que la jurisprudencia se ha encargado de aplicar con la mayor amplitud. En los Estados Unidos de Norte América, pese a la indudable preponderancia de las partes en la dirección del proceso, existen abundantes facultades inquisitivas del juez<sup>13</sup>. En España, el extraordinario desarrollo que ha tenido el estudio del derecho procesal con GUASP, FAIREN GUILLEN, DE LA PLAZA, PRIETO CASTRO, ARAGONESE, FENECH, HERCE QUEMADA, GÓMEZ ORBANEJA y otros, no está de acuerdo con el sistema legislativo vigente para el proceso civil, que se está tratando de modernizar en las reformas actualmente en estudio.

## 25. **Sistemas de la tarifa legal o de la libre valoración de las pruebas por el juez**

Es esta la segunda característica fundamental de la regulación legislativa, o sea, del aspecto político 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, o, por el contrario, otorgándole facultades para que haga una valoración personal y concreta del material probatorio. Es lógico presumir que la tarifa legal corresponde a civilizaciones organizadas jurídicamente, porque implica una regulación normativa más o menos minuciosa, que no se concibe en sociedades primitivas.

En el capítulo anterior vimos la aplicación que estos principios han tenido en los distintos países desde la antigüedad clásica. Ahora procuraremos determinar mejor su verdadero significado y las consecuencias que de ellos se deducen, lo mismo que explicar las razones que suelen exponerse en defensa de cada uno, y nuestras conclusiones al respecto.

## 26. **La tarifa legal, mal llamada sistema de las pruebas legales o prueba formal. Qué debe entenderse por "prueba legal" y por "prueba formal"**

Los autores suelen hablar del sistema de las pruebas legales en oposición al de la libre apreciación, denominado también del íntimo

<sup>13</sup> WIGMORE: *Code of evidence*, Boston, Little Brown and Co., 1942, páginas 23, 489 y 534.

convencimiento o la convicción moral o la apreciación razonada<sup>14</sup>. Pero por pruebas legales se entiende lógicamente las que de acuerdo con la ley son admisibles en juicio penal, civil o de otra naturaleza, esto es, que existe prueba legal siempre que la ley señala los medios probatorios admisibles, 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 pretendan obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso. Por esta razón creemos que resulta inapropiado e inconveniente denominar pruebas legales al sistema de la regulación legal del valor de convicción de los medios de prueba; se trata de dos aspectos diferentes de la cuestión probatoria, y si bien la regulación legal del valor de convicción o del mérito de los medios implica la fijación taxativa de éstos, puede existir libre apreciación a pesar de que se señalen los medios admisibles en juicio, como sucede en la mayoría de los procedimientos penales y en muchos civiles de la actualidad (*cfr.*, núm. 23). En realidad, desde los tiempos más antiguos ha existido la prueba legal, como nosotros la entendemos (lo eran las ordalías y los juicios de Dios), y se conserva en los códigos modernos; sólo ha variado el carácter taxativo o enunciativo de los medios que la ley reconoce como admisibles, tanto en el proceso civil como en el penal. También FENECH<sup>15</sup> advierte que "no ha de confundirse la llamada prueba legal con las reglas legales de valoración de la prueba".

Hay quienes hablan de *prueba formal*<sup>16</sup> o de *reglamentación formal de la prueba*<sup>17</sup> para referirse al sistema de regulación normativa de su apreciación, pero nos parece que la prueba es formal desde el momento en que la ley exige cierta ritualidad para su práctica o su aducción al proceso, como sucede en la generalidad de las legislaciones,

<sup>14</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 2; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. cit., t. I, pág. 70; COCTURE: Ed. cit., t. II, pág. 84; CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal*, t. II, núm. 59, págs. 280 y 281; GUASP: Habla de "sistema de la prueba legal o tasada", *Derecho procesal civil*, ed. cit., pág. 350; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Rev. de derecho privado, 1954, t. I, pág. 462; GORPHE: *Crítica del testimonio*, Madrid, Edit. Reus, 1962, pág. 34; ROSENBERG: *La carga de la prueba*, ed. cit., pág. 57; CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthca, 1944, t. I, pág. 743, *Studi di dir. pro.*, 1928, t. II, página 81, e *Instituciones del nuevo proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, pág. 263; FRAMARINO DEI MALATESTA: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 41 y 42; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, Librairie du Journal des Notaire, 1960, págs. 18-21; CARLO FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, ed. CEDAM, 1940, núms. 32-35, págs. 131-146.

<sup>15</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, ed. cit., t. I, pág. 582.

<sup>16</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 99.

<sup>17</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 139 y 140.

tanto en el proceso civil como en el penal, sin que esto excluya el sistema de su apreciación libre. En consecuencia, creemos que se trata de dos aspectos diferentes de la prueba judicial, y que es un error usar en tal sentido estas expresiones.

Para distinguir la política legislativa de apreciación de la prueba en juicio que reglamenta el mérito de los distintos medios aducibles, es mejor hablar de *sistema de la tarifa legal de las pruebas*, como también suele denominársele<sup>18</sup>, porque así se especifica claramente su significado, o de *sistema de la prueba tasada*, como otros prefieren designarlo<sup>19</sup>. Preferimos la primera denominación, aun cuando gramatical y jurídicamente son análogas.

Con todo, creemos conveniente hacer una aclaración: los sistemas probatorios bárbaros, que daban por demostrada la verdad según el resultado de experimentos de fuerza, habilidad o suerte, como las ordalías, las pruebas del fuego y el agua hirviente, los duelos judiciales y el tormento, eran sistemas de tarifa legal, puesto que el juez no podía desconocer la conclusión, favorable o desfavorable para el acusado, ya que no tenía ninguna libertad de criterio. Debe, pues, distinguirse la tarifa legal basada en el fanatismo y la ignorancia, de la que, como consecuencia del estudio del derecho romano y de la labor de los canonistas, se elaboró sobre bases jurídicas y lógicas, para sustituir precisamente a aquélla. Cuando en este libro nos referimos a la tarifa legal o a la prueba tasada, ha de entenderse que se trata de la segunda; en el mismo sentido lo hacen generalmente los autores que hablan del sistema de la prueba legal.

A continuación estudiaremos algunos aspectos de este sistema:

a) *No existe un sistema mixto.* La tarifa legal puede ser total o parcial, pero existe en ambos casos. Dicho en otros términos, la ley puede otorgarle al juez cierta libertad de apreciación respecto a algunos de los medios admitidos, como sucede en Colombia y en España para el contenido de la prueba testimonial o pericial, en cuanto a la apreciación de la razón del dicho y de la fundamentación del dictamen y en otros puntos, mas por esto no deja de existir tal sistema. Algunos hablan, por ello, de *sistema mixto*, pero creemos que se trata apenas de una tarifa legal atenuada.

Las pruebas se aprecian por el juez libremente o con sujeción a reglas legales previas; no hay sistema intermedio o mixto, pero sí atenuaciones de la tarifa legal. Sin embargo, creemos que las normas legales sustanciales que exigen determinadas formalidades para la validez de ciertos actos o contratos no se oponen al sistema de la libre valoración judicial de las pruebas, porque contemplan un aspecto diferente:

<sup>18</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 78 y 83.

<sup>19</sup> FENECH: *Ob. cit.*, t. I, pág. 613; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 350.

la capacidad de producir específicos efectos jurídicos materiales, como la compraventa de inmuebles o la promesa de contrato, cuando, como sucede en Colombia, se exige escritura pública para la primera, o privada para la segunda (*cfr.*, núm. 27 e). La ley procesal puede otorgarle al juez libertad para apreciar el contenido de esos documentos necesarios para la validez del contrato, sin someterlo a respetar su tenor literal.

Apreciado en su conjunto y como unidad, el sistema es o no libre y, por lo tanto, no puede ser mixto. Cuando se habla de *sistema*, se debe entender por éste el conjunto de normas y la posición del juez frente a las leyes sobre pruebas en general, que sólo puede ser de libertad o de vinculación a sus normas en la tarea de apreciar el conjunto de pruebas aportadas al proceso. Si se considera cada medio en particular, no es posible negar que puede consagrarse la libre apreciación para unos y la tarifa legal para otros, y únicamente en este sentido puede hablarse de sistema mixto, como lo hace FURNO para calificar el vigente en el anterior código italiano<sup>20</sup>.

Tampoco existen otros sistemas, como veremos en el número siguiente.

b) *La motivación de la sentencia no es característica de la tarifa legal.* El proceso inquisitorio impuso al juez la obligación de motivar sus decisiones, especialmente para explicar las pruebas en que se funda la conclusión adoptada, como una garantía de respeto a las normas legales que las regulan, lo que sin duda constituyó otro apreciable avance en la historia del derecho procesal posterior al imperio romano (*cfr.*, núm. 17). Algunos autores han visto en esta exigencia otra característica del sistema de la tarifa legal y una de sus ventajas. Así, MITTERMAIER, al exponer las ventajas del sistema, dice: "La teoría legal da por resultado inmediato que es de grande importancia la exposición de los considerandos de la sentencia"<sup>21</sup>; y en otro lugar afirma: "No puede dejársele a estos jueces el derecho formidable de decidir de una manera absoluta las acusaciones entabladas contra los ciudadanos, sin ser compelidos a motivar su sentencia."

Pero el mismo autor critica más adelante el sistema de la "convicción íntima" del jurado, porque "otorgar al juez el derecho de decidir libremente, y sin dar cuenta de sus motivos, de la culpabilidad de sus conciudadanos, es concederle un derecho formidable de vida y muerte, que nunca ha poseído un soberano con tal extensión"<sup>22</sup>, y observa que "lo que se entiende por las palabras íntima convicción, aplicadas al jurado, no puede aplicarse del mismo modo a los jueces"; porque es

<sup>20</sup> FURNO: *Contributo*, cit. núm. 35, pág. 146.

<sup>21</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. cit., t. I, págs. 80 y 81.

<sup>22</sup> MITTERMAIER: *Ob. cit.*, pág. 107.



preciso que éstos consignen los motivos de la sentencia<sup>23</sup>. Luego la presencia o ausencia de motivaciones distingue el sistema del jurado de conciencia del que limita al juez profesional la misión de administrar justicia, pero no los de tarifa legal y libre apreciación por jueces o magistrados. Precisamente MITTERMAIER se inclina por el segundo, con la obligación de motivar los fallos y sin olvidar la conveniencia para los jueces de que “una teoría de la prueba, basada en la experiencia de los siglos, les sirva de guía en sus investigaciones” (de guía, no de imposición). Enrique FORNATTI dice, en el mismo sentido<sup>24</sup>: “Sana crítica, libre convicción o convicción sincera, significan, es cierto, que el magistrado no está sometido a ataduras o preconceptos legales que le fijen *a priori* el valor de la prueba, pero la apreciación que haga sobre ese valor debe ser razonada o exteriorizada.”

Basta recordar que los procesos penales y civiles, basados en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, exigen la motivación de la sentencia, y que es ésta una garantía constitucional del debido proceso, expresamente consignada en las constituciones de algunos países, como el nuestro<sup>25</sup>, para que no quede duda alguna sobre la anterior conclusión. Aun en el juicio por jurado puede exigirse, como sucede en Colombia en materia penal, que el juez dicte sentencia para acoger o rechazar por contraevidente el veredicto, motivando en ambos casos su decisión.

c) *Justificación histórica del sistema de la tarifa legal.* Mucho se ha discutido sobre la conveniencia y las ventajas de este sistema, especialmente confrontándolo con el de la libre apreciación que existió en el antiguo derecho romano (*cfr.*, núm. 16) y que fue impuesto primero para el proceso penal, a partir de la Revolución francesa, y más tarde introducido para el civil en los códigos modernos, como vimos en el capítulo anterior. Surgen varios interrogantes: ¿Es mejor el sistema de la tarifa legal que el de la libre apreciación por el juez? ¿Qué razones militan en pro y en contra de aquél? Creemos que vale la pena examinar este interrogante.

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 desalojar los medios bárbaros y fanáticos que caracterizaron este último proceso, como lo expusimos anteriormente; de manera que, por el aspecto histórico, la tarifa legal merece toda clase de elogios y nadie puede negarlo sin demostrar crasa ignorancia.

<sup>23</sup> MITTERMAIER: *Ob. cit.*, pág. 109.

<sup>24</sup> ENRIQUE FORNATTI: *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Edit. Vitorio Abeledo, 1956, pág. 145.

<sup>25</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 42 y t. IV, núm. 547 y *Nociones generales*, ed. cit., núm. 19.

Como explica FLORIAN<sup>26</sup>, este método se interpretó, no como coerción a la conciencia del juez, sino como eficaz defensa del acusado frente al juez y como ayuda para éste, al suministrarle los resultados de la experiencia secular y colectiva, debidamente codificada. En el mismo sentido se expresan C. FURNO<sup>27</sup> y Alessandro GIULIANI<sup>28</sup>. El primero dice: "El criterio sobre el cual el legislador funda su valoración, es un criterio de uniformidad o de normalidad, obtenido de *id quod plerunque accidit*. Normal es que quien reconoce hechos en su contra diga la verdad; normal es que el documento público atestigüe fielmente la verdad de los actos que constituye; normal es que, según una ley de causalidad jurídica necesaria, la existencia de ciertos hechos demuestre la existencia de otros hechos diversos y distintos; normal, en fin, es que quien presta juramento bajo compromiso de honor, por solicitud del adversario o por disposición del juez o bajo el riesgo de incurrir en una sanción penal, no jure en falso." El segundo manifiesta: "La teoría moderna de la prueba legal tiende a asegurar la *certeza* y la *economía* de la investigación; el legislador, falto de confianza en las deducciones del juez, le ha impuesto una lógica oficial. Y el criterio sobre el cual funda el legislador su valoración, es un criterio de uniformidad y de normalidad obtenido de lo que *id quod plerunque accidit*. Y, por este aspecto, la valoración del legislador pretende ser objetiva en oposición a la del juez, que (desde este punto de vista) aparece subjetiva y arbitraria.

Frente al sistema de libertad de criterio para el juez penal y civil en el derecho moderno, es cuando cabe discutir su conveniencia o sus desventajas; esto es, a partir del momento histórico en que el proceso inquisitorio, con su tarifa de pruebas, había cumplido su misión de civilizar la administración de justicia en los pueblos europeos que luchaban por surgir de las ruinas de la cultura latina clásica y de la barbarización del Occidente. Pero el sistema tiene, sin la menor duda, amplia justificación histórica.

Jeremías BENTHAM<sup>29</sup> elogia la aparición del sistema de las pruebas reguladas del proceso penal inquisitorio, con estas palabras: "Analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desembrollar las causas que influyen sobre la sensibilidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, representa operaciones que suponen un gran estudio del corazón humano. A medida que esos conocimientos psicológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes

<sup>26</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 167, nota 8ª.

<sup>27</sup> FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, pág. 159.

<sup>28</sup> GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, páginas 236-237.

<sup>29</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 45.

a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales: las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas. Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar o escenas de juglería; los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos; el hombre vigoroso que habría defendido cien injusticias con el hierro en la mano, no se atreve a afrontar, en presencia del público, las miradas inquisitorias de un juez.”

Puede decirse que este concepto de BENTHAM es compartido por la unanimidad de los autores que han estudiado la evolución histórica del derecho procesal (*cfr.*, cap. anterior)<sup>30</sup>. Pero BENTHAM rechazaba la reglamentación rígida legal y la calificaba de “manivelas con las que se conduce ciegamente sin conocer el arte”, por lo cual reclamaba el imperio de la lógica judicial<sup>31</sup>.

d) *Ventajas o beneficios del sistema de la tarifa legal.* Veamos ahora qué ventajas o beneficios permanentes suelen asignársele a este sistema, con prescindencia de la trascendental misión histórica que cumplió, examinada en el punto anterior.

Los autores suelen reconocerle las siguientes: facilita una mayor confianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley; son formalidades “dirigidas a garantizar la salvación de la inocencia”; “libra a las sentencias de toda sospecha de arbitrariedad”; suple la ignorancia o la falta de experiencia de los jueces, con reglas adoptadas como resultado de las enseñanzas de la experiencia, del estudio de la lógica y la psicología por personas doctas; orienta sabiamente al juez para la averiguación de la verdad, evitando la sobreestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso; permite que las sentencias sean uniformes en cuanto a la apreciación de las pruebas, ya que “el magistrado, aun novicio y poco acostumbrado a analizar claramente los movimientos de su conciencia, sin hacer otra cosa que seguir las prescripciones del legislador, se halla en posición de hacer en cualquier caso una segura aplicación de las leyes eternas, de donde éstas se derivan”<sup>32</sup>; “el derecho prefiere la seguridad de la gran mayoría a la justicia de un caso particular” y con tal sistema se ha procurado “más que una solución de justicia, una solución de paz”, puesto que “las pruebas legales, en sí mismas, están más cerca de la paz que de la justicia”<sup>33</sup>; el legislador

<sup>30</sup> Entre las obras recientes en que se hace la defensa histórica de la tarifa legal, se cuentan la de JACQUES NORMAND: *Le juge et le litige*, ed. París, 1965, págs. 232-320; y ANDRÉ HUET: *Les conflits des lois in materia de preuve*, ed. Dalloz, París, 1965, págs. 30-31 y 36-37. Notable es la obra de CARLO FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, núms. 2-7 y 31-33.

<sup>31</sup> BENTHAM: *Ob. cit.*, Introducción, pág. VII.

<sup>32</sup> Las transcripciones son de MITTERMAIER: *Ob. cit.*, págs. 73-79, pero sin que esto signifique que acoga el sistema puesto que lo considera inconveniente, y útil solo como guía del juez. Página 109.

<sup>33</sup> COUTURE: *Estudios*, ed. cit., t. II, págs. 84 y 220.

parte "de consideraciones de normalidad general" al fijar abstractamente el modo de recoger determinados elementos de decisión<sup>34</sup>; "es lógico que el legislador sea quien reglamente los medios de prueba desde que todo lo relativo a su admisibilidad, producción y eficacia probatoria interesa al orden público"<sup>35</sup>; "incita a las partes a proveerse, en los límites de lo posible, de pruebas eficaces, y así facilita el desenvolvimiento del proceso", y las aleja de pleitos temerarios, dándoles "los medios para reducir al mínimo las razones de incertidumbre", al facilitar la previsión del resultado del proceso, satisfaciendo la necesidad de certeza, aun cuando para ello sacrifique la necesidad de justicia<sup>36</sup>; garantiza una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio en el orden jurídico, utilizando las reglas de experiencia constantes e inmutables<sup>37</sup>.

No puede negarse que el sistema de la tarifa legal trajo estas ventajas, no sólo en el momento de su implantación, sino durante mucho tiempo, debido a la escasez de jueces preparados en la ciencia del derecho y sus complementarias, la lógica y la psicología. ¿Pero son realmente ventajas que todavía sólo pueden obtenerse con ese sistema?

Creemos que la confianza del pueblo en las sentencias de sus jueces, lo mismo que en su imparcialidad y rectitud, depende más de la calidad humana de estos funcionarios que de la bondad del sistema legal que aplican, porque, como dijimos al estudiar el problema de "justicia y jueces", citando a SENTÍS MELENDO, si bien se requieren normas procesales que sean aptas para el adecuado funcionamiento del órgano jurisdiccional, la justicia es "un problema de hombres, más que de leyes"<sup>38</sup>. La arbitrariedad de los jueces no se impide con una regulación legal minuciosa de la prueba, sino con una sólida formación moral en ellos, pues de lo contrario ya encontrarán supuestas razones jurídicas para darle apariencia de legalidad a su prevaricato; las mejores posibilidades de acierto radican en su preparación profesional, sumada a la obligación de explicar los motivos de su convicción y a la revisión por el superior en segunda instancia y en casación. La organización moderna sólo puede estructurarse teniendo como base la confianza en los jueces.

Por otra parte, 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, de que hablan MITTERMAIER, COUTURE y CHIOVENDA, se puede obtener

<sup>34</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59.

<sup>35</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 178.

<sup>36</sup> CAENELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1931, t. III, págs. 235 y sigs.; *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 216.

<sup>37</sup> FURNO: Ob. cit., núms. 2-7 y 38-40.

<sup>38</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 170 y *Nociones generales*, ed. cit., núm. 148; SENTÍS MELENDO: *Teoría y práctica del proceso*, t. I, pág. 3.

mediante la enseñanza universitaria, complementada luego con la profesional a través de la jurisprudencia, de la sicología judicial, de la lógica y de las reglas de experiencia que la tradición jurídica haya recopilado, para que el juez se sirva de ese acervo como guía, sin perder su criterio personal ni convertirse en una máquina registradora de la ley.

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 tipos abstractos de verdad, reñidos frecuentemente con la realidad de los hechos.

No creemos acertada la afirmación de CARNELUTTI de que se satisface la necesidad de certeza, aun cuando para ello se sacrifique la necesidad de justicia. Si el proceso no conduce a la justicia, tampoco puede haber garantía de certeza, por la posibilidad de que la habilidad o el fraude de las partes obtengan ante la pasividad crítica del juez, un resultado de aparente legalidad, como sucede frecuentemente en los sistemas regidos por la tarifa legal. Sobre una apariencia de verdad, que es el resultado que a menudo se obtiene con la tarifa legal (la impropriadamente denominada verdad formal, en oposición a la verdad real), no puede edificarse la certeza, así sea ella también aparente o formal, porque existe mayor incertidumbre cuando no se tiene confianza en la justicia del proceso. La necesidad de la certeza en las relaciones jurídicas sólo se obtiene con la cosa juzgada mediante la sentencia o los medios equivalentes (transacción, caducidad y desistimiento, los dos últimos cuando implican la renuncia o la pérdida del derecho material pretendido), no con la previa fijación de valoraciones legales de los medios probatorios, y por eso los litigios no disminuyen con este sistema, como lo demuestra la experiencia contra la optimista presunción de CARNELUTTI.

Hay un aspecto del comercio jurídico y de las instituciones en general, en el cual la formalidad preestablecida puede contribuir a la mayor seguridad, sirviendo a esa necesidad de certeza de que habla CARNELUTTI, en vista de los efectos sustanciales que produce, observados por FURNO en su obra que acabamos de citar: es el formado por los actos jurídicos cuya validez se sujeta a determinados requisitos formales, como la escritura pública, el acta notarial, el documento privado. Según esto, la formalidad es indispensable para que se tenga la certeza de haber adquirido los derechos o la situación jurídica respectivos, por ser requisito para la validez o existencia del acto (efecto sustancial exclusivo de esta especie de prueba). Pero se trata de una regulación extraprocesal de los actos jurídicos, de naturaleza sustancial, muy diferente de la valoración procesal de los medios de prueba, a pesar de que vincula al juez, quien sólo puede considerar celebrado el acto si se le presenta en la forma exigida por la ley, y no puede desconocerlo cuando ésta se le aduzca (independientemente de su validez intrínseca, que depende de

condiciones sustanciales, como el consentimiento libre de vicios y la capacidad de la persona). Por esto el sistema de la libre apreciación no se opone a la existencia de tales normas sustanciales, como más adelante veremos (*cfr.*, núm. 27, punto *e*); son normas útiles y quizá necesarias en muchos casos, que subsisten en los países que han incorporado este sistema al proceso civil (*cfr.*, núm. 27, punto *j*). Es posible que la observación de CABNELUTTI se refiera a esta clase de pruebas que, más técnicamente, son formalidades esenciales de ciertos actos jurídicos, y entendida así sería acertada, pues en tales casos sí se reducen al mínimo las razones de incertidumbre al prever el resultado del proceso; pero si se aplica al sistema de la tarifa legal o prueba legal como él lo denomina, resulta indudablemente equivocada.

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 el siglo pasado, por la escasez de profesionales del derecho, 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 tiene relativa importancia. La función primordial de las Cortes es la de uniformar la jurisprudencia<sup>39</sup> y la divulgación de ésta en gacetas, revistas, libros, e inclusive, en periódicos especializados es muy grande, lo mismo que la de las enseñanzas de profesores y autores, de manera que por este medio se reemplaza hoy la función histórica de la tarifa legal, sin duda trascendental en los tres primeros siglos de su vigencia, con la no menos importantísima ventaja de acercar la sentencia a la realidad, de aumentar considerablemente las posibilidades de acierto y de justicia, dejando al juez en libertad para investigar la verdad sin contentarse con la apariencia (*cfr.*, número siguiente). Si para el proceso penal se prefirió, desde hace más de siglo y medio, la necesidad de justicia y de verdad, al peligro de la ignorancia e inexperiencia de los jueces, aun con la exageración de entregar, en el sistema del jurado, la calificación de la prueba a ciudadanos sin preparación jurídica y frecuentemente sin cultura de ninguna clase, con mayor razón debe preferirse ese sistema para el proceso civil contemporáneo, como que lo dirigen jueces profesionales preparados en largos años universitarios y asistido de abundante literatura jurídica, doctrinaria y jurisprudencial.

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 producción de la prueba, porque son dos aspectos del procedimiento judicial, de ninguna manera la tiene en cuanto a su eficacia demostrativa. La regulación de la función jurisdiccional mediante el proceso debe ser materia de ley, pero esto no significa que deba preverse con carácter imperativo la solución

<sup>39</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. IV, núm. 495.

de los casos concretos, que además es una meta imposible de alcanzar por la infinita variedad que presentan. De interés general es conseguir el fin propio de la jurisdicción y del proceso: recta justicia para los casos concretos<sup>40</sup>, y esto se consigue mejor y más frecuentemente con el sistema de la libre apreciación bien entendido, claro está, según lo explicaremos en el número siguiente.

e) *Desventajas e inconvenientes de la tarifa legal.* Si las ventajas de este sistema son actualmente aparentes, sus inconvenientes o desventajas resultan cada vez mayores; porque a medida que transcurre el tiempo, los estudios jurídicos en las universidades, la doctrina de autores y la jurisprudencia de tribunales crecen y se perfeccionan, de suerte que las razones para otorgarle al juez libertad de apreciación del elemento probatorio se hacen más poderosas y se acentúa la desproporción entre la camisa de fuerza de la tarifa legal y los reconocidos fines de interés público tanto del proceso como de la jurisdicción y la acción.

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 obligándolo 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 el proceso civil está condenado, cuando rige la tarifa legal, a tener como fin la declaración de la verdad formal y no de la verdad real; denominación aquella que, como hemos dicho, es inapropiada e ilógica, porque la verdad es o no es, y en esa hipótesis se trata de considerar como verdad lo que puede ser apenas apariencia de verdad. 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).

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 que con este sistema es más difícil de obtener esa finalidad.

Debe reconocerse, sin embargo, que cuando se atenúa la tarifa legal, como sucede en Colombia y España, permitiendo al juez rechazar la prueba que aparentemente reúne los requisitos legales (como dos testi-

<sup>40</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 44 y 61; *Nociones generales*, ed. cit., núms. 20 y 56.

monios uniformes o un dictamen acorde de dos peritos, o varios indicios o declaraciones contradictorias o simplemente de oídas), 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, duda acerca de la verdad por contradicciones en el mismo testimonio o entre varios, etc.), los peligros e inconvenientes del sistema disminuyen, aunque no llegan a desaparecer por completo.

No hay duda que, como lo observaba hace más de medio siglo FRAMARINO DEI MALATESTA <sup>41</sup>, “la certeza totalmente legal es absolutamente irracional y las certezas parcialmente legales son también parcialmente irracionales”.

## 27. Sistema de la libre apreciación de las pruebas

En oposición al sistema de la tarifa legal o prueba tasada, mal denominado de la prueba legal, existe el de la libre apreciación del juez, como varias veces lo hemos dicho.

No hay sistemas mixtos: o el juez tiene libertad de apreciación, o no la tiene; no existe libertad a medias. Cuando la ley impone reglas de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazarlas a pesar de que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad (como la declaración de dos testigos en igual sentido, pero desprovista de la suficiente razón de tiempo, modo y lugar, o el dictamen uniforme de dos peritos, pero sin suficiente fundamentación técnica), existen atenuaciones al sistema de la tarifa legal y no un sistema mixto. La calificación del sistema depende de la aplicación que tenga uno u otro principio en general, y no para cada clase de prueba en particular. Varios son los puntos que merecen examen en relación con este sistema:

a) *Las distintas denominaciones: sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por jueces profesionales.* COUTURE <sup>42</sup> habla de tres sistemas: pruebas legales (o tarifa legal, según nosotros), sana crítica (o apreciación razonada, como otros prefieren llamarlo) y libre convicción; el segundo consistiría en la “remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez”; el último, en la “remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales de los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, y como antes expone “sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclu-

<sup>41</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 46.

<sup>42</sup> COUTURE: Ob. cit., t. II, pág. 221.



siones" y "pudiendo utilizar su saber privado". El último sistema corresponde a los jueces de hecho o jurados, del proceso penal, que, según advierte COUTURE, "no es aplicación normal por el juez civil"; sin embargo, subsiste para lo civil en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica, como una verdadera extravagancia jurídica, en nuestro concepto.

La clasificación de COUTURE tiene algunos antecedentes, que él mismo cita en otro lugar<sup>43</sup>. En contra se han manifestado expresamente LIEBMAN<sup>44</sup>, FLORIAN<sup>45</sup>, GUASP<sup>46</sup> y Enrique FORNATTI<sup>47</sup>. Implícitamente rechazan la clasificación de COUTURE los autores que hablan simplemente de sistema legal o de tarifa legal y de sistema de prueba libre o de la libre apreciación, como CARNELUTTI<sup>48</sup>, CHIOVENDA<sup>49</sup>, GORPHE<sup>50</sup>, KISCH<sup>51</sup>, ROSENBERG<sup>52</sup>, DE LA PLAZA<sup>53</sup>, FENECH<sup>54</sup>, VISHINSKI<sup>55</sup>, PRIETO CASTRO<sup>56</sup>, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>57</sup>.

<sup>43</sup> SALDANA: *La criminologie nouvelle*, París, 1919, pág. 45; VIDAL: *Cours de droit criminel*, París, Lib. Générale de Droit et Juris, 1928; VÁSQUEZ ACEVEDO: *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Montevideo, 1895, pág. 218; ALBANELL MAC COLL: *El delito de prozenetismo*, Montevideo, 1932, pág. 110; últimamente fue acogida esta tesis por GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ en su libro *Pruebas criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, edic. de la Universidad Libre, 1962.

<sup>44</sup> LIEBMAN: *Notas a la traducción portuguesa de las "Instituciones"* de CHIOVENDA, Sao Paulo, 1945, t. III, pág. 142.

<sup>45</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núms. 139 y 166.

<sup>46</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., pág. 351.

<sup>47</sup> FORNATTI: *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Edit. Valerio Abeledo, 1956, págs. 144 y 145; aunque en la página siguiente dice que la íntima convicción del jurado se diferencia de la libre convicción del juez, en que aquélla se presta a la arbitrariedad por no tener motivaciones, y ésta no, por existir el control de la opinión pública y de los órganos superiores; pero consideramos que se refiere a las dos maneras de aplicar el mismo sistema, con o sin motivar la conclusión.

<sup>48</sup> CARNELUTTI: Ob. cit., núm. 5, pág. 18; *Instituciones del nuevo proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, pág. 263.

<sup>49</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal*: Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 281.

<sup>50</sup> GORPHE: *Crítica del testimonio*, Madrid, Edit. Reus, 1962, págs. 11 y 30.

<sup>51</sup> KISCH: *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1940, pág. 202.

<sup>52</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 57.

<sup>53</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, págs. 462 y 463.

<sup>54</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, 3ª ed., t. I, págs. 613 y 614.

<sup>55</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 159.

<sup>56</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Parte primera, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1964, págs. 408 y 409.

<sup>57</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, 5ª ed., págs. 248 y 249.

Consideramos que las características del juicio por jurado, que consisten en eximir al juez de hecho de la obligación de motivar su conclusión y en permitir que administren justicia gentes ignorantes en derecho, sicología y lógica, e inclusive carentes de cultura general, no configuran un tercer sistema para la apreciación de las pruebas, sino una modalidad de la libre apreciación, que hoy debe considerarse como un anacronismo en vías de desaparecer. Evidentemente el juicio por jurado se presta a la arbitrariedad o a ligerezas reñidas con la justicia; pero no es cierto que como principio se otorgue al jurado libertad para separarse de las reglas de la experiencia y de la lógica, ni para acoger una conclusión que no le parezca razonablemente convincente, pues, por el contrario, son éstas exigencias obvias e implícitas para todo jurado, sea o no capaz de cumplirlas según el grado de su cultura; otra cosa es que por un mal ejercicio del cargo, frecuente sin duda, se olvide esta elemental consideración. Tampoco es cierto que los jurados puedan resolver con base en su personal conocimiento de los hechos, separándose del material probatorio que existe en el proceso y que les ha sido puesto en conocimiento, pues, por el contrario, la prohibición de tener en cuenta el conocimiento personal del juzgador, ajeno al proceso, rige para jueces y jurados y es garantía esencial del derecho de defensa, del principio de contradicción y del que exige la plena prueba para condenar en materias penales, que tienen indudable origen constitucional; ésa es otra posibilidad de un mal ejercicio del cargo, pero existe para ellos la obligación de resolver sobre las pruebas llevadas al proceso ya que, de lo contrario, se violarían los principios constitucionales enunciados. Creemos que lejos de atentarse contra la libertad de apreciación del jurado porque el juez de la causa les haga ambas advertencias, ellas son realmente necesarias, si se procura un mejor funcionamiento del sistema.

De manera que, por una parte, el libre convencimiento del jurado no significa el derecho para desconocer las reglas de la lógica y la experiencia, y por la otra, como COUTURE mismo lo advierte<sup>58</sup>, cuando la ley habla de sana crítica, como en el caso de la valoración del testimonio, no le fija al juez "criterios anticipados de apreciación", porque "el juez razona mediante juicios lógicos o máximas de experiencia de su propio entendimiento"; lo cual significa que es tan libre como el jurado, que no hace cosa distinta al adoptar su decisión. Sin embargo, como COUTURE considera que "las pruebas de libre convicción permiten al magistrado determinar la verdad sin ajustarse ni siquiera a preceptos de lógica jurídica"<sup>59</sup>, se refiere a dos sistemas diferentes, confundiendo el posible efecto anormal con la naturaleza del sistema, e incurriendo además en el error de hablar de magistrados, cuando la

<sup>58</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, pág. 85.

<sup>59</sup> COUTURE: *Estudios...*, ed. cit., págs. 85-86.

hipótesis que contempla sólo puede tener ocurrencia en el juicio por jurado.

La única verdadera diferencia entre el fallo del juez de derecho y el del jurado consiste en la falta de motivaciones del segundo; pero lo que se trata es de explicar o no el proceso interno necesario para llegar a la convicción, lo que en nada altera el sistema que efectivamente se siguió para ello. El no tener obligación de explicar los motivos de la decisión, no significa que ésta carezca de lógica, de apreciación razonada, de crítica imparcial y serena, desprovista de pasiones y parcialidades, ni que la ley autorice la arbitrariedad. El legislador presume el debido cumplimiento de sus deberes por el jurado, aun cuando la falta de motivaciones hace imposible su sanción y control. Puede ser un resultado ilícito e indeseable del sistema, como lo advierte FOENATTI<sup>60</sup>, pero sin que éste lo autorice; el jurado que no obre en la forma indicada, está violando la ley y la moral, a pesar de que no pueda ser sancionado.

Un argumento en favor de nuestra tesis se encuentra en la autorización que, en algunos códigos, como el colombiano, se otorga al juez penal de la causa para rechazar el veredicto del jurado, cuando lo considere contrario a la evidencia que surja de las pruebas del proceso, y en la obligación de motivar su decisión, en caso de aprobarlo. Eso demuestra que no se le autoriza para hacer una arbitraria apreciación de las pruebas.

El caso del fallo en conciencia, proferido por árbitros y en ocasiones por los jueces comunes mediante expresa autorización de la ley, es similar al de los jurados, pero con la peculiaridad distintiva de que rige la obligación de motivar las decisiones; es decir, el árbitro o el juez tiene entonces libertad de apreciación de las pruebas, aun cuando rija la tarifa legal para los demás juicios, pero está sujeto a las reglas de la sana crítica en su tarea valorativa y a la necesidad de la plena convicción sobre los hechos discutidos<sup>61</sup>.

Rechazamos, pues, la distinción entre sana crítica y libre convicción o convicción íntima. La libertad del juez no lo exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y de la técnica, con un criterio objetivo y social.

Menos razón tiene la diferencia entre libre apreciación y convicción íntima o libre convicción, por tratarse de distinta formulación de un mismo concepto: formación libre del convencimiento, mediante la crítica personal razonada y lógica del juez. Tanto desde el punto de vista jurídico como del lógico, libre apreciación y libre convicción son ideas análogas, que expresan la libertad del juez para adoptar la con-

<sup>60</sup> FOENATTI: *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Edit. Valerio Abelardo, 1958, págs. 146 y 147.

<sup>61</sup> En este sentido opina ANTONIO ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, pág. 50.

elusión que le parezca deducible del elemento probatorio; la convicción es el efecto de la apreciación de las pruebas y, por lo tanto, la libertad para la una presupone la libertad para la otra. Convicción íntima es lo mismo que convicción personal y, por consiguiente, que libre convicción.

Igualmente, sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso. En este punto existe unanimidad de conceptos.

Queda por examinar si hay alguna diferencia entre hablar de libre apreciación o de apreciación razonada de las pruebas. La respuesta depende de lo que se entienda por lo primero: si quiere expresarse la libertad para la arbitrariedad, el razonamiento ilógico o la conclusión absurda, claro está que existiría una diferencia importante y se trataría de dos sistemas diametralmente opuestos; pero si la libre apreciación no significa desconocer la lógica, ni las reglas de la experiencia, y menos aún, las leyes naturales, sino la valoración crítica personal de acuerdo con estas normas obvias e implícitas en todo razonamiento humano, ninguna diferencia puede existir. Como es jurídicamente imposible suponer una libertad para juzgar de la primera manera sobre los derechos o responsabilidades de las personas, sin desconocer los más elementales principios de la civilización actual, lo mismo que la naturaleza y el fin de la jurisdicción y del proceso, nos parece indudable que cuando se agrega el calificativo de razonada u otro término similar a la libre apreciación de las pruebas, se está recalcando expresamente sobre algo que debe suponerse implícito. Si la crítica razonada debe hacerla libremente el juez, en nada se limita su libertad al adicionar tal calificativo. De ahí que FRAMARINO diga<sup>62</sup> que el convencimiento judicial no es más que el *convencimiento racional* en cuanto es necesario para juzgar.

Por último, observamos que sana crítica razonada o apreciación razonada son expresiones análogas, tanto gramatical como lógica y jurídicamente. En consecuencia, lo dicho antes sobre la oposición que ha querido crearse entre sana crítica y libre convicción, es pertinente para rechazar la distinción entre libre apreciación razonada y libre convicción o convicción íntima. El art. 386 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, consagra el sistema de la apreciación de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Algunos han querido darle a la exigencia de que el juez deba fallar "razonadamente" el especial significado de que tiene obligación de explicar las razones de su apreciación, es decir, de motivar su deci-

<sup>62</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 47.

sión<sup>63</sup>. Nada más equivocado. Se confunde el proceso interno de convicción del juez, que debe ser razonado, crítico, lógico, con la exposición o publicación de él, que son las motivaciones del fallo: fallar razonadamente es tener en cuenta las reglas de la sana crítica: lógicas, experimentales, psicológicas, sea que exista o no la obligación de dar a conocer ese proceso interno de convicción. Los jurados deben fallar razonadamente (sólo las razones de índole jurídica sobre el mérito de las pruebas son ajenas a su apreciación), y sin embargo conservan la reserva sobre las razones que tuvieron para llegar a su conclusión; es absurdo pensar que pueden adoptar una conclusión sin ningún razonamiento.

De lo anterior se deduce: 1º) que no existen en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en el proceso: 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, la sana crítica, 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 del principio constitucional 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 jurados de conciencia, en cuanto están eximidos de motivar la decisión y suelen ser personas de escasa cultura, especialmente en psicología, lógica y derecho, aunque sin embargo en algunos países, como Colombia, el juez de la causa tiene cierto control sobre sus decisiones, ya que puede rechazar el veredicto declarándolo contrario a la evidencia, a lo menos por una vez.

Esta institución del jurado debe considerarse como un anacronismo en vía de desaparecer, pues el viejo y sofisticado argumento de que es la aplicación de la democracia a la justicia no tiene actualmente validez alguna; la democracia se cumple rodeando al proceso de garantías para la recta e imparcial administración de la justicia, y haciendo efectivo el derecho de defensa y la igualdad de las partes en el debate. Desde este punto de vista, el jurado es una amenaza contra la democracia en la justicia, puesto que expone la libertad (o los derechos patrimoniales o familiares del individuo cuando se aplica al proceso civil, como en Inglaterra y los Estados Unidos) a la arbitrariedad de personas ignorantes, limitando gravemente el derecho de defensa al no poderse conocer las razones de la decisión para combatirlas.

b) *Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación.* La tarifa legal o la libre apreciación se refieren al valor de convicción de los diversos me-

<sup>63</sup> Así opina TIMOLEÓN MONCADA, en el acta número 144 de la Comisión rectora del actual Código de Procedimiento Penal.

dios de prueba; cosa muy diferente es la ritualidad que la ley procesal exija para que esos medios ingresen al proceso y puedan ser tenidos en cuenta por el juez o el jurado, esto es, la regulación de los actos procesales necesarios para configurar la prueba.

Se incurre en un grave error cuando se dice que el sistema de la libre apreciación de las pruebas implica la libertad para su aducción al proceso<sup>64</sup>. Las formalidades legales para la práctica o aceptación de las pruebas son preciosa garantía de la libertad, del derecho de defensa y del debido proceso, tanto en lo penal como en lo civil, laboral y cualquier proceso judicial de otra índole. Lejos de oponerse a la libertad de calificación de la fuerza de convicción de la prueba, constituyen una premisa indispensable para su ejercicio.

Inclusive para las decisiones de los jurados de conciencia en materia penal, obliga el respeto a las formalidades procesales para la validez de las pruebas, y por eso no deben tenerse en cuenta sino los medios practicados con sujeción a ellas<sup>65</sup>; otra cosa es que su libertad para acoger la conclusión que les merezca crédito, sin dar explicaciones, les facilite en la práctica desconocer este principio y dejarse influir por medios que legalmente no tienen el valor de pruebas judiciales.

Puede alegarse que si la ley les niega valor a las pruebas que no sean aportadas con el lleno de esas formalidades procesales, le está suprimiendo al juez la libertad de apreciarlas; pero si se ahonda más en el problema, aparece sin dificultad la verdadera situación: la libertad de apreciación se refiere a los medios probatorios que tengan legalmente la condición de tales; no implica el derecho a tener en cuenta elementos indebidamente aportados, sino a llegar a una conclusión sobre la base procesal que haya sido válidamente reunida; lo contrario sería libertad para la arbitrariedad y desconocimiento del derecho de defensa y de la garantía constitucional del debido proceso. Es una limitación similar a la prohibición de tener en cuenta los conocimientos personales del juez sobre los hechos que no consten en el proceso (*cfr.*, núm. 31, punto 1º). Abolir este requisito sería volver a la justicia secreta, sin derecho de defensa.

En apoyo de nuestras afirmaciones podemos citar a FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>66</sup>, quien advierte precisamente: "Al combatir la certeza legal y, de consiguiente, la prueba legal, no intentamos en modo alguno negarle a la ley la posibilidad de establecer preceptos relativos a la producción de las pruebas; sólo combatimos la disposición legal que, no contenta con prescribir *formas* para la producción de las pruebas, quería llegar hasta la previa apreciación de la esencia de ellas." Más ade-

<sup>64</sup> Le hacemos esta observación a GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ: Ob. cit., t. I, págs. 59 y 66; véanse citas en el punto c de este número.

<sup>65</sup> En este sentido se pronuncia correctamente ANTONIO ROCHA: Ob. cit., pág. 50.

<sup>66</sup> FRAMARINO: Ob. cit., págs. 104 y 105; véanse también las citas que hemos hecho en el punto c de este número.

lante agrega: "Ante todo, la ley puede establecer disposiciones obligatorias y taxativas con relación a las pruebas que deben descartarse siempre y en forma absoluta por razones superiores a las circunstancias de su especial manifestación concreta", como la declaración del pariente sindicado, y "puede establecer también preceptos especiales en cuanto a la *forma* de las pruebas, preestableciendo, para la producción de ellas, determinadas condiciones formales".

Por su parte FLORIAN<sup>67</sup> advierte que "no conviene hacer del libre convencimiento, como método de apreciación de las pruebas, un principio intangible, un inmodificable perjuicio de sistema o de escuela, ni conviene envanecerse con él. Por el contrario, debe coordinarse con los fines del proceso". Y cita esta opinión de PESCATORE: "La ley interviene para proteger la justicia y la igualdad social contra los peligros de la certeza moral; a veces prescribe normas y condiciones para la convicción del juez; de ahí las presunciones legales, de ahí las formalidades de los instrumentos y escritos, las formas y las diversas cualidades de los testimonios, y otras determinaciones semejantes que vinculan previamente con disposición general el juicio del tribunal". Luego concluye: "Como vimos, no sólo se puede y hasta se debe indicar en la ley medios de prueba (aunque sin hacer una enumeración taxativa) y trazar las formas de esos medios, sin que esto contraste con el método del libre convencimiento, sino que igualmente puede afirmarse que no repugna a este método el que en la ley se señalen algunos criterios orientadores." Ni arbitrariedad ni anarquía. Es también la opinión de FENECH, DE LA PLAZA, GORPHE, KISCH y FLORIAN<sup>68</sup>.

c) *Tampoco es esencial para el sistema la libertad de medios de prueba.* Estudiamos en el número anterior la diferencia que existe entre los sistemas de *prueba legal* y de la *tarifa legal* de pruebas, y dijimos que por el primero se debe entender la fijación legal de los medios probatorios admisibles en juicio, y por el segundo la regulación del valor de convicción de cada uno de ellos.

Es indudable que puede existir un sistema que, no obstante señalar los medios admisibles como pruebas, deje al juez en libertad para apreciar las que estén comprendidas en tal enumeración (efectivamente existe en algunos códigos de procedimiento penal y civil que han adoptado este sistema). De ahí que resulte una impropiedad muy generalizada, por desgracia, el hablar de prueba legal para referirse a la tarifa legal. En cambio, no se concibe un sistema de tarifa legal sin

<sup>67</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 169, texto y notas 16 y 17.

<sup>68</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 614; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 464; GORPHE: Ed. cit., pág. 36; KISCH: *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 204; FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 139.

que simultáneamente se señalen los medios probatorios admisibles, pues si se dejara al juez en libertad para tener como tales los que conforme a su criterio tuvieran valor de convicción, sería imposible señalar de antemano su mérito en la ley. Esta última consideración ha sido la causa de que se use impropriamente la denominación de pruebas legales para indicar las dos características.

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, como ocurre en el Código de Procedimiento Civil alemán, respetando, sin embargo, las formalidades exigidas para su producción y las que contiene la ley sustancial para la validez de ciertos actos o contratos, que no pueden desaparecer sin afectarse gravemente el comercio jurídico y ciertas instituciones como la familia. En verdad, es suficiente que al juez le parezca, razonablemente, que un elemento allegado al proceso en debida forma tiene cierta fuerza probatoria, para que pueda considerarlo como fundamento de su decisión. De esta manera se daría cabida a los medios nuevos que el adelanto científico va trayendo y que no sea posible incluir en los enumerados por la ley, ni siquiera entendiéndolos en la forma más amplia (que debe ser el criterio utilizado por todo buen juez).

Este señalamiento legal previo de los medios de prueba forma parte en realidad de la ritualidad procesal para su validez y, por lo tanto, le son aplicables las consideraciones hechas en el punto anterior.

La subsistencia de las enumeraciones legales de los medios de prueba no excluye la libertad para apreciar su valor de convicción, que es lo que caracteriza esencialmente el sistema. Cuando más puede hablarse de dos modalidades de éste: simultáneo con la prueba libre o con la prueba legal, entendida ésta como fijación previa de los medios que pueden tener la calidad de pruebas. Los arts. 378 y 386 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, consagran la primera: libertad de medios y de valoración.

d) *Las reglas sobre carga de la prueba no afectan la libre apreciación.* Ciertamente las reglas sobre la carga de la prueba constituyen un criterio legal que obliga al juzgador y que determina el sentido desfavorable de la sentencia respecto de la parte gravada con ella; pero esto no significa que sea una valoración legal de la prueba. Por el contrario, esta institución contempla la necesidad de resolver el litigio, a falta de prueba suficiente sobre los hechos controvertidos, es decir, cuando el juez no encuentra en los medios probatorios allegados al proceso la certeza necesaria para adoptar su conclusión; sólo cuando, apreciadas las que se practicaron con el libre criterio del juez o mediante la tarifa contenida en la ley, según el sistema que rijan, resultan insuficientes y el juez carece de base probatoria para decidir, recurre a la carga de la prueba para cumplir su obligación jurisdiccional y profe-



rir sentencia. Es, pues, un sustituto de la prueba, y no una norma para calificarla<sup>69</sup>.

Posteriormente estudiaremos con detenimiento esta importantísima materia (cfr., cap. XVII).

e) *Las normas contenidas en los códigos sustanciales, sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no excluyen la libre apreciación procesal.* En el punto a) del número anterior, dijimos que las normas legales sustanciales que exigen determinadas formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no se oponen al sistema de la libre valoración judicial de las pruebas, porque contemplan un aspecto diferente: la capacidad de producir específicos efectos jurídicos materiales, como en Colombia la tradición por compraventa de inmuebles o la obligación de celebrar un contrato o promesa de contrato. El juez no puede declarar que existe el contrato, cuando la ley sustancial dice que sin la formalidad especial no tiene nacimiento, pero entonces no se trata de apreciar simplemente la prueba de si ocurrieron o no determinados hechos; si con prueba distinta, como la testimonial, se demuestra sin lugar a dudas que hubo un acuerdo para vender y comprar, inclusive en el precio y la cosa, que aquél fue pagado y hubo entrega del inmueble, el juez tendrá libertad para declarar que tales hechos ocurrieron, mas no podrá declarar que se perfeccionó un contrato de compraventa, por haber faltado un requisito esencial para su existencia, ya que las consecuencias jurídicas que la ley sustancial le asigna a esos hechos son distintas; en otras ocasiones, según el sentido que la ley sustancial le dé a la formalidad, podrá declarar que se celebró el contrato, pero deberá reconocer su nulidad (si el requisito que faltó era indispensable para su validez).

Precisamente FLORIAN considera que no se opone al método de la libre apreciación el hecho de que "la ley exija para probar ciertos hechos, determinados medios, o determine cierta eficacia probatoria, que obliga al juez a ciertos medios de prueba"<sup>70</sup>. Y más adelante repite que no es excepción al libre convencimiento el que la ley exija "los grados o la clase de pruebas que son necesarios como presupuesto para algunos de los actos más importantes del juez" (*ibidem*, núm. 174); luego, con mayor razón, no lo es establecer formalidades *ad substantiam actus* en materias civiles.

Puede decirse que en todos los países en que se ha consagrado el sistema de la libre apreciación para el proceso civil, rigen simultáneamente algunas formalidades exigidas por las leyes sustanciales para la existencia o la validez de ciertos actos.

<sup>69</sup> En el mismo sentido se expresa SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, pág. 162.

<sup>70</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 169.

f) *Origen histórico del concepto "reglas de la sana crítica"*. COUTURE<sup>71</sup> observa que el concepto "reglas de la sana crítica" tiene un humilde origen histórico, a pesar de que para la doctrina represente "la expedición más feliz del derecho comparado"<sup>72</sup>.

La expresión fue incorporada en el art. 137 de la ley española de *Enjuiciamiento civil* de 1855, sobre apreciación de la prueba testimonial, pero sus redactores no la crearon, porque existía ya en el *Reglamento de lo contencioso ante el Consejo de Estado español*, en donde por primera vez apareció en un estatuto procesal (arts. 147-148).

Como el mismo autor expresa, esas palabras señalan un trascendental avance en la ciencia probatoria, el rompimiento con muchos siglos de prueba aritmética, cuando todavía regía con todas sus exageraciones el sistema de la tarifa legal y "el criterio del magistrado aparecía subyugado bajo el peso de la interpretación puramente gramatical".

Norma similar existe en el Código de Procedimiento Civil de Uruguay, a pesar de que se orienta por la tarifa legal, y en los que han adoptado el sistema de la libre apreciación (*cfr.*, punto *í*), lo mismo que en la generalidad de los códigos de procedimiento penal. El C. de Pr. C. colombiano las contempla en los arts. 633, 702 y 723.

La expresión "reglas de la sana crítica" pasó luego a tener un significado general como norma de valoración probatoria y no limitada a la prueba testimonial. Así las consagra el art. 386 del nuevo C. de Pr. C. para la Nación, en Argentina, como regla general, para la apreciación de las pruebas, "de conformidad con las reglas de la sana crítica". Este es el origen de la denominación "sana crítica", que COUTURE mismo utiliza para distinguir el sistema de la libre apreciación razonada en oposición al de la tarifa legal y al del jurado de conciencia, que él llama de libre convicción. Puede decirse que en el sistema de la libre apreciación, el juez debe orientar su criterio precisamente por las reglas de la sana crítica, en las cuales se comprenden las de la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad.

g) *Inconvenientes que suelen señalársele a la libre apreciación y su refutación*. Debemos observar, en primer término, que las críticas se enderezan por lo general contra el sistema del jurado de conciencia, que, como vimos, algunos denominan del libre convencimiento o de la convicción íntima, y que es en realidad una infortunada modalidad de la libre apreciación por el juez. Es ésa la causa de que se hable del peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima)<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> COUTURE: *Ob. cit.*, págs. 183 y 184.

<sup>72</sup> GORPHE: *La critique du temoiaige*, París, 1927, 2ª ed., pág. 169.

<sup>73</sup> GLASER, citado por VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, ed. cit., pág. 173.

Pero los defectos de la institución del jurado, que varias veces hemos criticado, no pueden extenderse a la apreciación razonada, por el juez profesional, a base de sana crítica orientada por los principios de la lógica, la sicología y la experiencia. Estos principios y ese criterio se subentienden, pues, como hemos explicado, la libre apreciación no es la valoración arbitraria e incontrolada de la prueba. Por otra parte, la importantísima exigencia de las motivaciones no es exclusiva del sistema de la tarifa legal, como tampoco la revisión por el superior mediante apelación y, con ciertas limitaciones, por la Corte de casación. Aquella formalidad y este derecho de recurrir, la publicidad y controversia de la prueba, que implica su práctica con el lleno de las formalidades procesales contempladas en la ley; la prohibición de tener en cuenta pruebas no llevadas al proceso o el conocimiento personal del juez y la consecuente obligación de resolver con base exclusivamente en las pruebas aportadas; la preparación cultural de los jueces profesionales; la abundante doctrina y la divulgación de la jurisprudencia de tribunales superiores y cortes de casación, son suficientes garantías para una buena justicia en la época actual.

Además, no se elimina el sistema de la libre apreciación porque la ley consagre normas basadas en la experiencia para orientar el criterio o procurar la economía y fidelidad de la prueba, sin darles el carácter de textos obligatorios que contemplan soluciones abstractas, ni tampoco porque señale los medios o las diversas clases de pruebas admisibles, como lo explicamos atrás (*cfr.*, punto *c*). En este sentido dice KISCH<sup>74</sup>: “Naturalmente que el juez actual podrá alguna vez seguir algunos de los puntos de vista que fueron decisivos bajo el imperio del principio de la prueba legal, pero no como normas jurídicas vinculantes, sino como reglas de la vida, como principios de la lógica, como resultados de la experiencia”; y MITTERMAIER<sup>75</sup> opina que “es preciso que una teoría de la prueba, basada en la experiencia de los siglos, les sirva de guía en sus investigaciones”.

No existen, en nuestra opinión, más posibilidades de arbitrariedad 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 fácilmente 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

<sup>74</sup> KISCH: *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 203.

<sup>75</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, 9ª ed., pág. 109.

se han beneficiado de la indulgencia ilícita de los jueces penales, durante la vigencia del sistema de la tarifa legal.

Complementa la refutación a los supuestos inconvenientes del sistema, lo dicho al criticar las aparentes ventajas de la tarifa legal y al demostrar sus reales deficiencias (*cf.*, núm. 26, puntos *d* y *e*) y lo expuesto en este número sobre formalidades probatorias, libertad de medios y requisitos para la existencia y la validez de ciertos actos jurídicos. La libertad de valoración no significa la arbitrariedad, ni el olvido de la lógica, de la psicología y de las normas generales de experiencia como dice ULRICH KLUG: "Si se decide según principios, ya nos hallamos ante el dominio de la lógica, y sometidos a él" <sup>76</sup>.

El último argumento contra este sistema fue formulado por RICCI <sup>77</sup>, y consiste en sostener que "es de público interés que los derechos de cada ciudadano sean ciertos"; que esta "certeza no se puede tener prácticamente si no son ciertos los medios con los cuales se puede demostrar su existencia", y si no puede tenerse seguridad "del valor atribuido al medio mismo de prueba de que se cree provisto". Mas, por una parte, se contemplan principalmente las formalidades exigidas por la ley sustanciales para la validez de ciertos actos o contratos, como la escritura pública en la compraventa de inmuebles en Colombia, que, como varias veces lo hemos dicho, no se excluyen en este sistema, y, por otra, se presume indebidamente que el juez va a negarle valor a una buena prueba, lo que equivale a confundir la arbitrariedad con la libertad de apreciación, peligro que se elimina con la obligación de motivar su decisión y la revisión del superior en apelación o casación.

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. Lejos de convertir en inciertos los derechos reales, como pensaba RICCI, se les da más garantías para su eficacia y reconocimiento.

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 somos 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 procedimiento penal común o militar.

Pero con la misma firmeza somos partidarios de eliminar la institución del jurado para el proceso penal y con mayor razón para el

<sup>76</sup> U. KLUG: *Lógica jurídica*, traducción castellana a la 1ª ed., Edit. Sucre, Caracas, 1961, pág. 23.

<sup>77</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, págs. 13 y 14.

civil; en éste, por fortuna, sólo en Inglaterra y en los Estados Unidos se conserva, como una absurda reliquia de siglos pasados (*cfr.*, 26, b).

h) *La opinión de los procesalistas modernos sobre la libre apreciación.* Al criticar las aparentes ventajas de la tarifa legal y al exponer sus inconvenientes y defectos, vimos cuál es el concepto de la doctrina moderna sobre ambos puntos e indirectamente sobre la conveniencia de establecer en el proceso civil la libre apreciación del material probatorio por el juez de la causa. Puede decirse que todos los juristas del presente siglo reclaman y defienden este sistema<sup>78</sup>.

i) *Nuestro concepto.* Por nuestra parte, como lo manifestamos al refutar los inconvenientes que suelen señalarse a la libre apreciación (*cfr.*, punto g), somos decididos partidarios de introducir este sistema, correctamente entendido, en el proceso civil, y con mayor razón en el laboral, fiscal, de aduanas y contencioso-administrativo (en lo penal existe ya en todas partes), porque hoy se dispone de suficientes jueces profesionales con estudios universitarios, y, además, de periódicos o gacetas para la publicidad de las decisiones de las cortes y tribunales superiores y de libros sobre la materia, porque en esa jurisprudencia y en la doctrina pueden encontrar en abundancia principios que les sirvan de guía a su criterio, más prácticos y flexibles, que sustituyen con ventaja los contenidos abstracta y rígidamente en las normas legales del sistema de la prueba tasada.

<sup>78</sup> MITTERMAIER: *Ob. cit.*, págs. 67-68, 79-109; FLOBIAN: *Ob. cit.*, núms. 139, 140 y 141; CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 281; FRANCO ANTONIO GUSIMANO: *Il problema della giustizia nel rapporto processuale*, Padova, Edit. CEDAM, 1958, págs. 164-170; CAPPELLETTI: *Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, ed. cit., t. I, págs. 127-144; 191-194 y 212-218; REDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, ed. Ejea, t. I, núm. 78, pág. 284; CALAMANDREI: *Instituciones de derecho procesal civil*, según el nuevo código, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1943, págs. 5-7 y 299-340, y "La génesis lógica de la sentencia civil", núm. 3, en "El proceso Civil", Buenos Aires, 1945, págs. 377-384; MARCO TULLIO ZANZUCCHI: *Diritto processuale civile*, Milano, Edit. Giuffrè, 1955, t. I, pág. 372-373; KISCH: *Ob. cit.*, págs. 202 y 203; ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, núm. 6, pág. 57; LENT: *Trattato del processo civile*, tedesco, trad. de EDOARDO F. RICCI: Napoli, Morano Editore, 1962, 9ª ed., pág. 198; CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. XIX; *Lesioni di diritto processuale civile*, t. III, págs. 235 y sigs.; *Sistema*, t. I, ed. italiana, pág. 745; *Teoría general del derecho*, 2ª ed., págs. 348 y sigs.; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 350; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, págs. 444 y 462; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 132; L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, págs. 408 y 409; RAFAEL DE PINA: *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, páginas 59-60; GORPHE: *Ob. cit.*, cap. I, págs. 30, 33 y 457; *Crítica del testimonio*, Madrid, Edit. Reus, 1962, págs. 10 y 11; BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. cit. Introducción, pág. VII; VISCHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, págs. 181, 195 y 214-251; JOAO DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, ed. cit., núm. 29, págs. 165-166; COUTURE: *Estudios...*, t. II, pág. 221; FORNATTI: *Estudios de derecho*

Como allí expusimos (punto *f*), la libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores. Esta es una equivocada concepción del sistema. Por el contrario, tiene bases reales y objetivas, como son los principios de la experiencia, la sicología, la lógica, que, sin vincularlos previamente, lo cual excluiría toda apreciación personal, sí los puede guiar en forma acertada, conforme lo observan MITTERMAIER y KISCH<sup>79</sup>; la exigencia de las motivaciones y la revisión por el superior, otorgan suficientes garantías. Además, es en la preparación y honestidad de los jueces, no en el sistema, donde debe buscarse la garantía contra la arbitrariedad, como dijimos en el mismo lugar, pues justicia mala y conclusiones erradas o parciales sobre el elemento probatorio son frecuentes bajo el imperio de la tarifa legal.

Bien entendida, la libre apreciación no presenta peligros ni inconvenientes que la tarifa legal no conlleve, y en cambio sí ofrece reales y valiosísimas ventajas. Además, puede coexistir con las normas sustanciales que exigen requisitos especiales para la validez de ciertos actos y contratos, cuya conservación estimamos conveniente para la certeza del comercio jurídico y de ciertas instituciones como la familia.

Pero como este sistema exige jueces profesionales con estudios universitarios, resulta un contrasentido conservar el sistema del jurado de conciencia en el proceso penal, compuesto ordinariamente por ciudadanos ignorantes o desprovistos de la cultura mínima indispensable para apreciar adecuadamente las pruebas y, además, eximidos de explicar o motivar la conclusión que adopten. De ahí han surgido las críticas a la libre apreciación (*cf.*, punto *f*), cuando la verdad es que, en el sistema del jurado, que representa una deformación histórica de la libre apreciación y un anacronismo incompatible con el derecho moderno, y no en la abolición de la tarifa legal, radican los defectos y peligros que es urgente eliminar. El remedio es muy fácil: suprimir el jurado, por ser una manera antitécnica, injurídica e ilógica de administrar justicia.

*j) Países que han consagrado la libre apreciación.* No está de más recordar que este sistema ha sido incorporado al procedimiento civil

---

*procesal*, Buenos Aires, Edit. Valerio Abeledo, 1956, págs. 144 y 145; PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, pág. 280, y t. I, pág. 26; LOPES DA COSTA: *Direito Processual Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1959, t. III, págs. 235-240; ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 80 y *De la prueba en derecho*, Ed. Lerner, Bogotá, 1967, págs. 112-116; AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria*, 3ª ed. cit., t. I, núm. 8, págs. 19-20. También MAURO CAPELLETTI, en su reciente libro *Processo e Idcologie*, Bologna, 1969, págs. 216-249.

<sup>79</sup> Citas hechas en el punto *f*.

en Francia, Alemania, Austria, Italia, Rusia, Argentina, Brasil, México, Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y posiblemente en otros países. En España será incluido en la reforma en trámite. Es definitivamente una conquista indiscutible del progreso jurídico en los países occidentales, que han llegado así a la altura en que la antigua Roma supo colocar la misión de administrar justicia.

*k) Necesaria aclaración sobre el alcance de la libertad de apreciación en el proceso civil.* Sin embargo, en los países que han establecido el principio de la libertad de apreciación de la prueba en lo civil, se consagran tres limitaciones importantes: 1ª) la confesión judicial debe aceptarse como prueba de la verdad de los hechos, cuando recaen sobre derechos disponibles y no sobre materias en que por el carácter de orden público se excluye expresa o implícitamente, como la del estado civil de las personas, siempre que no aparezca absurda o contraria a máximas de experiencia o a hechos notorios o a presunciones de derecho o a otras pruebas que le produzcan certeza al juez; 2ª) los hechos afirmados por una parte y aceptados por la otra, según unos códigos, o simplemente no discutidos, según otros, deben tenerse como ciertos, siempre que no aparezca prueba en contrario, en los mismos casos en que es admisible la confesión y siempre que no estén en contradicción con las máximas de experiencia o la notoriedad general aceptada por el juez; 3ª) los documentos públicos conservan un mérito probatorio especial, regulado por la ley.

Por consiguiente, cuando hablamos de libertad de apreciación en el proceso civil, debe entenderse que hacemos la anterior salvedad. Sin embargo, en la apreciación de la confesión, aceptación o discusión de los hechos, puede y debe otorgarse libertad al juez, lo mismo que en la interpretación del contenido de los documentos. Las presunciones legales y las reglas sobre carga de la prueba se conservan iguales, pues nada tienen que ver con la libertad de valoración del material probatorio allegado al proceso.

## 28. Independencia de los dos sistemas: inquisitivo o dispositivo, y tarifa legal o libre apreciación

Debe tenerse buen cuidado de no confundir estas dos fases de todo procedimiento, cuyas respectivas características y alcances propios quedaron suficientemente explicados. Es cierto que tanto el principio dispositivo como el sistema de la tarifa legal se basan en la limitación o supresión de facultades al juez, y que tanto el principio inquisitivo como el sistema de la libre apreciación le otorgan facultades; pero se trata de facultades muy distintas, para aspectos completamente diferentes de la actividad procesal, por lo cual, si bien puede suceder que en un mismo proceso coincida la supresión o el otorgamiento de ambas

clases de facultades al juez, también es teóricamente posible, y en la práctica ha sido lo ordinario, que se den las unas y se nieguen las otras.

El procedimiento es inquisitivo o dispositivo según que el juez tenga o no iniciativa personal para iniciar el proceso, resolver en la sentencia e investigar los hechos, pero especialmente para lo último; existe sistema de tarifa legal o de libre apreciación de la prueba, según se deje o no al juez en libertad subjetiva para considerarse o no convencido por el elemento probatorio llevado al proceso. Lo primero se refiere a la actividad del juez; lo segundo, a su fuero interno.

Lo ideal es un procedimiento civil inquisitivo en cuanto a la prueba y con libertad para apreciarla, diferente del penal sólo en cuanto a la necesidad de demanda de interesado, a la facultad para las partes de ponerle término por transacción o desistimiento y a la obligación de mantener la congruencia entre demanda y sentencia (en lo penal existe la necesaria congruencia entre la providencia que señala las imputaciones al sindicado o auto de proceder, según nosotros, y la sentencia, como garantía indispensable del derecho de defensa). Tal es el proceso civil moderno consagrado en Alemania, Italia, Austria, Francia, Brasil, México, Argentina, Rusia y, posiblemente, sus países satélites. En cambio, históricamente ha prevalecido ese divorcio, como ocurrió en la antigua Grecia y en Roma durante el período de las *legis actiones*, en el antiguo derecho, pues el juez carecía de poderes para obtener la prueba, tenía un carácter casi de árbitro, y sin embargo estuvo dotado de libertad para valorarla, ya que durante el imperio tuvo mayores iniciativas, sin dejar de privar el principio dispositivo, pero se le sometió a ciertas reglas de apreciación, sin llegar a una tarifa legal; el proceso acusatorio de la Europa bárbara y medieval era dispositivo, mas con libertad de apreciación, y en el proceso inquisitivo penal anterior a la Revolución Francesa existía, por el contrario, iniciativa del juez, pero se lo sujetaba a la tarifa legal<sup>80</sup>.

## 29. Conclusiones sobre este capítulo

Razón tuvo MITTERMAIER<sup>81</sup> cuando, a mediados del siglo XIX, dijo que “el legislador deberá seguir el camino más propio para inspirar al pueblo plena y entera confianza en la justicia de sus fallos”; pero, si bien en un momento histórico, superado hace casi dos siglos en la justicia penal y medio por lo menos en la civil, ese camino fue el de

<sup>80</sup> CARNACINI: *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, México, “Revista de la facultad de derecho”, oct.-dic., 1953, págs. 97-182; MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 25 y 32; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. cit., págs. 11-15; SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1945, págs. 131 y sigs.

<sup>81</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, 9ª ed., t. I, pág. 40.



la tarifa legal para ponerle fin a las iniquidades y absurdos a que la barbarie y el fanatismo llevaron a la justicia durante el viejo sistema europeo del proceso acusatorio y luego en la tenebrosa inquisición eclesiástica, actualmente esa finalidad no se obtiene sino estableciendo las bases para que la sentencia se identifique con la realidad y la justicia resulte vencedora de las pruebas formales que traten de desviarla, utilizando la crítica razonada, lógica, imparcial y honesta de jueces guiados por un criterio científico, que hoy está a su alcance.

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 civil disponga de facultades inquisitivas para practicar las que, conforme a su leal saber y entender, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes afirman. 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 absoluta libertad individual, por fortuna superado ya en los campos económico y social. Las mismas razones que condujeron a eliminar el concepto del Estado gendarme, inútil guardián del templo sagrado de las libertades individuales, sirven para terminar con el criterio privatista e individualista de la justicia civil; así como es ridículo hablar hoy de la libertad de morir de hambre, o de aceptar el único trabajo que se ofrece, así sea en ignominiosas o inhumanas condiciones, o de comprar a precio exagerado los artículos indispensables cuando no es posible hallarlos a otro distinto, también resulta absurdo hablar de libertad de perder los bienes o la familia o el estado civil cuando no se aducen mejores pruebas, a pesar de hallarse éstas al alcance del juez, o cuando no se goza de mayores medios económicos para contratar un abogado más capaz, diligente y honesto, o simplemente cuando la habilidad lícita o ilícita de una parte logra disfrazar u ocultar la verdad a los ojos del juez, quien podría descubrirla y salvarla si dispusiera de facultades inquisitivas y de libre apreciación.

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, en 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.

En este sentido entendemos la frase de James GOLDSCHMIDT, citada por su hijo y no menos ilustre procesalista Roberto GOLDSCHMIDT<sup>82</sup>: "El derecho procesal ha de progresar sobre la base del liberalismo o no ha de hacerlo en absoluto." Liberalismo en cuanto se otorguen al juez esas preciosas e indispensables libertades. Por eso observa con razón SENTÍS MELENDO<sup>83</sup>, que la prueba es la zona neurálgica del proceso, pues le da un carácter más o menos autoritario, según la libertad o el autoritarismo que dominen la materia de la prueba. Autoritarismo de la ley o libertad del juez, aclaramos nosotros.

<sup>82</sup> GOLDSCHMIDT: *Derecho judicial material civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, pág. 161.

<sup>83</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, página 182.

## CAPÍTULO VI

### PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

#### 30. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, penal, laboral o administrativa

Como lo expusimos en el capítulo I (*cfr.*, núm. 5), 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 referente a los delineamientos y principios generales.

Esto lo comprobaremos al estudiar cuáles son los principios rectores de una teoría general de la prueba judicial. Algunos de ellos concuerdan más con el proceso inquisitivo, oral y de libre apreciación del elemento probatorio; razón por la cual, en los países que, como Colombia, conservan el indeseable y caduco sistema del proceso civil dispositivo y prisionero de la tarifa legal, con atenuaciones más o menos importantes, dichos principios no tienen cabal aplicación, aunque teóricamente, e inclusive desde el punto de vista de una mejor política legislativa, no puede decirse que son ajenos a él.

Al tratar en el capítulo V sobre los principios inquisitivo o dispositivo y de la tarifa legal o libertad de apreciación de las pruebas, vimos con suficiente amplitud cómo no se justifica la diferencia que respecto a su efectiva aplicación existe aún en muchos países, como Colombia y España; pero, en verdad, es improbable que exista todavía algún proceso civil rigurosamente dispositivo y sin atenuaciones a la tarifa legal.

#### 31. Cuáles pueden ser estos principios

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

1º) *Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de*

## CAPÍTULO VI

### PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

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

Como lo expusimos en el capítulo I (*cfr.*, núm. 5), 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 referente a los delineamientos y principios generales.

Esto lo comprobaremos al estudiar cuáles son los principios rectores de una teoría general de la prueba judicial. Algunos de ellos concuerdan más con el proceso inquisitivo, oral y de libre apreciación del elemento probatorio; razón por la cual, en los países que, como Colombia, conservan el indeseable y caduco sistema del proceso civil dispositivo y prisionero de la tarifa legal, con atenuaciones más o menos importantes, dichos principios no tienen cabal aplicación, aunque teóricamente, e inclusive desde el punto de vista de una mejor política legislativa, no puede decirse que son ajenos a él.

Al tratar en el capítulo V sobre los principios inquisitivo o dispositivo y de la tarifa legal o libertad de apreciación de las pruebas, vimos con suficiente amplitud cómo no se justifica la diferencia que respecto a su efectiva aplicación existe aún en muchos países, como Colombia y España; pero, en verdad, es improbable que exista todavía algún proceso civil rigurosamente dispositivo y sin atenuaciones a la tarifa legal.

#### 31. **Cuáles pueden ser estos principios**

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

1º) *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 o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.

Algunos han creído que este principio es consecuencia del sistema de la tarifa legal o de la prueba legal (que no es lo mismo, como vimos en el núm. 26); por otra parte, al sistema de la libre apreciación por el juez le formulan la objeción de que permitiría utilizar sus conocimientos privados sobre los hechos, violando los principios que acabamos de mencionar. Pero esto no es cierto; la libertad de apreciación e inclusive la libertad de medios de prueba (la primera puede existir sin la segunda; *cfr.*, núm. 27, C), no implican que los hechos puedan fijarse en el proceso por el conocimiento personal del juez, sin que exista medio alguno de prueba que los demuestre, ni la prohibición de usar ese conocimiento privado limita en absoluto la libre apreciación ni la libertad de medios en donde se han consagrado.

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.

Desde las primeras obras sobre pruebas judiciales hasta las más recientes, se viene insistiendo en forma unánime sobre este principio y sobre la necesidad de rodear la prueba de ciertas formalidades procesales. Jeremías BENTHAM<sup>1</sup> fue enfático al negarle todo mérito probatorio al conocimiento privado del juez, porque "no basta que su decisión sea justa, sino es necesario que además lo parezca", y "nada habría más peligroso que dejar que se confundiesen los oficios de testigo y de juez".

FLOBIAN<sup>2</sup> reclama para el proceso penal la necesidad de la prueba aportada con las formalidades procesales que garantizan la seriedad y la eficacia de su contenido. Como este autor explica, aun en el sistema de la libre apreciación, "si bien el juez es libre en la formación del propio convencimiento final, no lo es en cuanto a las fuentes de que se sirve para el caso": la prueba debe ser la fuente y la base de la sentencia y su vinculación. *Judex secundum alligata et probata a partibus judicare debet; quod non est in actis, non est in hoc mundo.* Esto significa en castellano, que el juez debe juzgar

<sup>1</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, cap. XVIII, págs. 95-97.

<sup>2</sup> FLOBIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 159 y 179.

de acuerdo con lo alegado y probado por las partes, porque, para él, lo que no consta en el proceso no existe en este mundo<sup>3</sup>. KISCH<sup>4</sup> considera que el principio de la libertad de la prueba tiene una necesaria limitación en las formalidades legales y en la prohibición de tener en cuenta las que no se ajusten a ellas. De la misma opinión son FENECH<sup>5</sup>, DE LA PLAZA<sup>6</sup>, GORPHE<sup>7</sup>, FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>8</sup>, JOAO DE CASTRO MENDES<sup>9</sup>, ROCHA<sup>10</sup>, ALZATE NOBEÑA<sup>11</sup> y AMARAL SANTOS<sup>12</sup>. Puede afirmarse que quienes no contemplan el punto expresamente, lo reconocen implícitamente en sus exposiciones, y que no existe una opinión en contrario.

El juez puede, en cambio, utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos relacionados con el proceso civil o penal o de otro orden, para decretar oficiosamente pruebas con el fin de acreditarlos, cuando la ley se lo permite (*cf.*, núms. 21-24); esto en nada atenta contra el principio que aquí examinamos, pues, por el contrario, al decretarse y practicarse oficiosamente esas pruebas, lo cumple a cabalidad; 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 exige su prueba, pero no porque el juez lo conozca privadamente, sino porque pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió o 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 (*cf.*, núm. 46 g, 47).

Puede hablarse, por lo tanto, del principio general de la necesidad de la prueba, en todos los procesos, cualquiera que sea la natu-

<sup>3</sup> FLORIAN: *Ob. cit.*, núm. 179.

<sup>4</sup> KISCH: *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 204.

<sup>5</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, 3ª ed., t. I, pág. 614.

<sup>6</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 464.

<sup>7</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 36.

<sup>8</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, pág. 105.

<sup>9</sup> JOAO DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, ed. Lisboa, 1961, págs. 608-613 y 660-667.

<sup>10</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 48-49 y Edit. Lerner, 1967, págs. 31 y 197.

<sup>11</sup> ALZATE NOBEÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 33.

<sup>12</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria*, 3ª ed. cit., t. I, núm. 101, páginas 162-163.

<sup>13</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, número 17, pág. 120.

raleza de ellos, y afirmarse que dicho principio está comprendido en la regla que le ordena al juez resolver "conforme a lo alegado y probado"<sup>14</sup>.

En el capítulo VIII estudiaremos lo que debe entenderse por tema o necesidad de la prueba, en el sentido de exigencia legal de la prueba de determinados hechos del proceso. Aquí contemplamos esa necesidad en un sentido más amplio, abstractamente y para los procesos en general. Este principio se relaciona con la importancia que para la vida jurídica y, particularmente para el proceso, tiene la institución de la prueba, examinada en el capítulo I (*cfr.*, núm. 3).

2º) *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 o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.

3º) *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 y documentos); a veces hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio 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 se pondrá de presente al tratar de la apreciación de las pruebas<sup>15</sup> (*cfr.*, cap. XIII).

Esa unidad se refleja también en el fin propio de la prueba judicial (*cfr.*, cap. IX) y en la función que desempeña; es decir, que no obstante el interés de cada parte en sacar adelante sus propias pretensiones o excepciones con las pruebas que aporta, en oposición a lo perseguido por la otra con las que por su lado aduzca, existe una unidad de fin y de función en esa prueba: obtener la convicción o

<sup>14</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 29.

<sup>15</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 54.

certeza del juez y suministrarle "los medios de fallar conforme a la justicia"<sup>16</sup>.

4º) *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. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho<sup>17</sup>.

Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada, pues sólo si se considerara patrimonio procesal del aportante o peticionario o para su solo beneficio, podría aceptarse que la retirara o dejara sin efectos. Cuando el proceso está dominado por el principio inquisitivo, como sucede en lo penal o laboral y en algunos países, inclusive en lo civil (*cfr.*, núm. 24), ninguna importancia tiene la renuncia de la parte a la prueba, aun antes de estar decretada, porque el juez puede ordenarlo oficiosamente, si la considera útil. Y se relaciona con el principio de la lealtad y probidad de la prueba, que impide practicarla para luego aprovecharse de ella, si resulta favorable, o abandonarla, en el supuesto contrario. Como observa MICHELI<sup>18</sup>, es un principio derivado de la concepción romana, y no de la germánica, sobre la prueba, e impide que el éxito favorable del proceso dependa solamente de la actividad de la parte.

Otra consecuencia de la comunidad de la prueba es que cuando se acumulan o refinen varios procesos<sup>19</sup>, la practicada en cualquiera de ellos vale para todos, porque si el juez adquiere convicción sobre un hecho común a las diversas causas, sería absurdo que los efectos de esa

<sup>16</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia oriminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, t. I, pág. 138.

<sup>17</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, pág. 138; FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núms. 112 y 176; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, cit., pág. 27; A. A. LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, Edit. Rev. Forense, 1959, t. II, págs. 218-219; JOAO DE CASTRO MENDES: *Ob. cit.*, págs. 166-167; AURELIO SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le Prove*, Torino, Utet, 1965, págs. 15-16.

<sup>18</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, páginas 145-146.

<sup>19</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. IV, núm. 582.



convicción dejen de aplicarse a ellas, a pesar de que se resuelven por una sola sentencia.

59) *Principio del interés público de 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, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción<sup>20</sup>, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción. Es decir, con la prueba sucede lo mismo que con la acción: primordialmente ambas protegen el interés público y general (interés del Estado) en la declaración o realización de los derechos o su satisfacción coactiva por la vía jurisdiccional del proceso, y cuando existe litigio, en la debida y legal composición del mismo; sólo secundariamente o en forma mediata persiguen la protección del interés privado de la parte en obtener la declaración, la realización o la satisfacción coactiva de su derecho, es decir, el éxito de su pretensión o su excepción. Idéntica situación existe respecto del fin propio del derecho de recurrir: primordialmente persigue que se corrijan los errores de las providencias judiciales, para ajustarlas a la ley y a derecho, fin que es indudablemente de interés público, pero secundariamente persigue la defensa de los intereses del recurrente, quien los considera vulnerados ilegalmente por la providencia recurrida<sup>21</sup>.

Sostener que la prueba es de exclusivo interés privado de quien la pide o aporta, y que, asimismo, en esa circunstancia reside el interés primordial y el fin principal de ella, equivale en el fondo a decir que el interés y el fin primordiales del proceso son privados, puesto que aquélla es el instrumento que permite a éste cumplir su función, y, en consecuencia, se caería en el mismo doble error respecto del interés que protege y el fin que persigue la jurisdicción. Cuando un particular ejercita la acción para iniciar un proceso y lo adelanta, poniendo en actividad la función jurisdiccional del Estado, busca sin duda la realización de su interés personal, de su pretensión; pero esto no impide la existencia y la efectividad del interés público que en la jurisdicción en general y en ese proceso en particular existen; esto ocurre exactamente con el ejercicio del derecho subjetivo de probar (*cfr.*, núm. 12).

Además, la prueba puede considerarse desde un doble punto de vista: como el resultado del ejercicio del derecho subjetivo de probar, ya explicado, y como acto procesal, o, mejor dicho, como conjunto de actos procesales que constituyen una etapa necesaria del proceso y que forman parte de éste, ya que sin ellos no puede existir sentencia y, por

20 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 44, 61, 62, 110 y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 20, 56 y 86.

21 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. IV, núms. 475 y 495; *Nociones generales*, ed. cit., núms. 303-304.

lo tanto, el proceso no podría ser completo ni cumplir su función. Vista desde el segundo aspecto, resalta también claramente el interés público que en ella radica. El carácter dispositivo que rija en un país para el proceso civil no modifica esta conclusión, pues el que la prueba deba originarse en la actividad de parte no significa que deje de tener su función propia, como sucede precisamente con la acción, ni que pierda su naturaleza de acto procesal.

Este fin de interés general fue observado por FLORIAN<sup>22</sup>, cuando dijo que, como el juez debe enunciar en la sentencia los motivos de la decisión y entre ellos ocupa lugar preeminente el examen de la prueba, "aparece evidente que la prueba tiene un fin que va más allá de la persona del juez, y se refleja y expande en el amplio dominio de la conciencia social a través de los diversos órganos de control de que dispone la sociedad". Para MITTERMAIER<sup>23</sup> la prueba tiene por objeto "suministrar al juez los medios de fallar conforme a justicia". Con el mismo criterio observa COUTURE<sup>24</sup> que, cuando se obliga a una parte a que exhiba una prueba a solicitud de la otra, no se le pide que ayude a su adversario, sino que "ilustre y aclare la información del juez", lo cual "no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia"; más adelante agrega<sup>25</sup> que, en el caso analizado, la parte "no rinde un servicio al adversario, sino a la justicia", en cuyo mantenimiento está interesada la comunidad, porque quien niega la prueba "la rehúsa en contra del bien común". FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>26</sup> habla también del "carácter social" del convencimiento obtenido por la prueba, en el sentido de que no sólo debe ser expresión de una creencia subjetiva del juez, sino tal "que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez".

En el proceso penal se aprecia con mayor claridad la vigencia de este principio, cuya relación con los cuatro anteriores salta a la vista.

6º) *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

<sup>22</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 9.

<sup>23</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., t. I, página 138.

<sup>24</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, pág. 137.

<sup>25</sup> COUTURE: Ob. cit., pág. 141.

<sup>26</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 114 y 121.

con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez.

Claro es que la lealtad y la probidad no rigen sólo para la prueba, sino para el proceso en general, y deben reflejarse en la demanda, en las excepciones, en los recursos y en toda clase de actos procesales, como lo expusimos al tratar precisamente del "principio de la buena fe y la lealtad procesal", que es una de las bases fundamentales del derecho procesal<sup>27</sup>. Pero en la prueba tiene particular importancia. A este respecto, observa SILVA MELERO<sup>28</sup> que la prueba "debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas", y que las partes "deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés individual a una sentencia justa". Esta última exigencia puede resultar excesiva y contraria a la manera como naturalmente ocurre la actividad probatoria de las partes, pues inevitablemente pensarán más en su interés privado que en el público de que haya justicia, por lo cual no hace falta exigirles que subordinen su interés individual a ésta; pero es indiscutible que la persecución de ese interés egoísta, no excluye el deber que tienen de obrar con probidad y lealtad en su actividad probatoria. Una cosa es tratar de defender los propios derechos, y otra muy diferente poder hacerlo con mala fe y deslealtad.

FLORIAN<sup>29</sup> dice al respecto que la probidad procesal se impone por la lógica y el sentido común, y que es requisito intrínseco de la prueba que esté libre de dolo y violencia. COURURE<sup>30</sup> expresa el mismo concepto en los siguientes términos: "Pero la lucha también tiene sus leyes y es menester respetarlas para que no degeneren en un combate primitivo. Las leyes del debate judicial no son sólo las de la habilidad, sino también las de la lealtad, la probidad, el respeto a la justicia. Una acentuada corriente de doctrina y de legislación de los últimos tiempos, recuerda la existencia de antiguos deberes en el proceso, que no pueden ser eliminados en una consideración técnica del mismo." Y MICHELI<sup>31</sup> dice que la parte puede permanecer inactiva, si quiere, "pero si actúa debe decir la verdad, esto es, no debe mentir a conciencia", obligación que es un aspecto del deber de buena fe procesal, que no está en contraste con la existencia de poderes procesales reconocidos a las partes, y que, por consiguiente, armoniza con el principio dispositivo; estima, y en esto lo seguimos, que a pesar de la distinción que hay entre ser leal y ser verídico, ello no impide "la subsunción de

<sup>27</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 420 y *Nociones generales*, núm. 19. K.

<sup>28</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 27 y 29.

<sup>29</sup> FLORIAN: *Ob. cit.*, núms. 156 y 176.

<sup>30</sup> COURURE: *Ob. cit.*, t. II, pág. 139.

<sup>31</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 25, págs. 166-168 y núm. 23, págs. 149 y 152.

ambos comportamientos en la noción más amplia de buena fe procesal, porque nadie podrá ser mendaz y seguir siendo leal, ni por otro lado, ser leal mintiendo"; en otro lugar advierte que el juez debe apreciar en conjunto el comportamiento procesal de las partes en causa, "deduciendo de él elementos preciosos para la formación de la propia convicción", como lo consagra el art. 286 de la Z. P. O. alemana, y el art. 116 del C. de P. C. italiano, pero que se ha dicho que tales normas son superfluas, "puesto que fatalmente quien juzga valora también la conducta del sujeto juzgado".

Compartimos el pensamiento de MICHELI y estimamos como una preciosa facultad del juez la de sacar conclusiones que influyan en su criterio para la valoración de las pruebas, sobre el comportamiento procesal de las partes, y concretamente, en la faz probatoria de la causa<sup>32</sup>. Creemos, además, que el carácter más o menos dispositivo que impere en la regulación legislativa del proceso civil no es obstáculo para ello, pues siempre le quedará campo de aplicación a su criterio personal, principalmente en la apreciación de testimonios e indicios, lo mismo que en las investigaciones que oficiosamente puede adelantar en el curso de las inspecciones oculares y de las preguntas que pueden formularse a los peritos y testigos. Desde luego, en un proceso inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas, la intervención del juez para salvaguardar la probidad y la lealtad en el debate probatorio es más efectiva; pero en los procesos dominados todavía por el principio dispositivo, esa indudable facultad de vigilar y calificar la conducta de las partes sirve para disminuir el divorcio entre las concepciones modernas del proceso, la jurisdicción y la acción, y las limitaciones que la ley le impone a su libertad de juzgador.

Las partes tienen derechos subjetivos procesales muy importantes, como los de acción y contradicción, de recurrir y de probar; gozan también de libertad para utilizarlos y de igualdad de oportunidades para su defensa, pero, como sucede también en las actividades extra-procesales, esos derechos y esas libertades deben ser ejercidos con lealtad, probidad y buena fe. 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 estos medios como para las buellas, rastros y cosas observadas directamente por el juez y que puedan servir para demostrar hechos; es decir, que no se alteren su contenido ni su forma para ocultar la verdad. Rige, pues, este principio tanto para las partes como para los testigos, peritos, funcionarios encargados

<sup>32</sup> En el mismo sentido se pronuncia ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, cap. I, núm. 1, pág. 418; CARLO FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, núms. 18-19, págs. 67-74.

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 (*cfr.*, cap. XIII, núms. 77-84).

Este principio tiene perfecta aplicación en todos los procesos: penales, laborales, contencioso-administrativos y de cualquiera otra naturaleza.

7º) *Principio de la contradicción de la prueba.* Es consecuencia del anterior y se aplica al proceso penal como al civil. Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y disentrarla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, 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 en la prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso, que estudiamos en otro lugar<sup>33</sup>.

Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e inclusive, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que éstas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o ampliaciones.

Los autores exigen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad<sup>34</sup>.

Cuando la prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, lo cual puede ocurrir en materia de testimonios e inspecciones judiciales, debe ratificarse luego durante su curso, para que este principio quede satisfecho. Sería conveniente exigir, como en los Estados Unidos de Norteamérica, que para practicarse esas pruebas antes del

33 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 42, punto Q; t. II, número 324, t. III, núms. 408-409 y *Nociones Generales*, núm. 18, E y 102-104.

34 ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 34; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. cit., págs. 45, 84 y 104; FLORIAN: *Ob. cit.*, núms. 112 y 125; MICHELI: *Ob. cit.*, pág. 316; SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, pág. 27; CASTEO MENDES: *Ob. cit.*, pág. 103; FURNO: *Ob. cit.*, núms. 15-16, págs. 53-62.

proceso se cite a quien deba ser luego su oponente, con el fin de que pueda intervenir en su práctica<sup>35</sup>.

8º) *Principio de igualdad de oportunidades 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, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, que expusimos en otro lugar<sup>36</sup>, según el cual se exigen las mismas oportunidades para la defensa y se rechazan los procedimientos privilegiados; es, además, consecuencia del principio, también aplicable al proceso en general, que obliga a oír a la persona contra quien va a pedirse la decisión<sup>37</sup>.

Pero esa igualdad de oportunidades para probar no significa, como muy bien lo observa MICHELI<sup>38</sup>, que exista un trato procesal similar en materia de pruebas, en el sentido de que se exija a las partes por igual la prueba de los diversos hechos que interesan al proceso y de que ellas tengan idéntica necesidad de aducir su prueba, pues, por el contrario, la condición de demandante o demandado influye en esa situación, como se observa en el principio fundamental de la carga de la prueba (*cfr.*, núms. 126-130). Aquí se tiene en cuenta el efecto jurídico concreto perseguido por cada parte, sus pretensiones y excepciones, lo mismo que la condición intrínseca del hecho cuando se trata de negaciones indefinidas o cuando goza de notoriedad general o de presunción legal (*cfr.*, núms. 44-46). Puede decirse que, en principio, la actividad probatoria recae sobre el demandante, en el sentido de que si éste nada prueba su demanda será rechazada sin que signifique esto que al demandado no le interese demostrar sus excepciones y que no esté también sujeto a la carga de la prueba; pero ambos deben disponer de iguales oportunidades para hacer practicar o aducir las pruebas que estimen favorables a sus intereses.

9º) *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 respecto a ella se exigen. Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero tam-

<sup>35</sup> WIGMORE: *Code of evidence*, Boston, Little Brown and Co., 1942, números 4-13, pág. LXXII.

<sup>36</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 41 E y *Nociones Generales*, número 18, D.

<sup>37</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 41 E y *Nociones Generales*, número 18 E.

<sup>38</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejca, 1961, número 50, pág. 316.

bién significa que el examen y 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 MALATESTA<sup>39</sup>. Se relaciona también este principio, por consiguiente, 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 (*cfr.*, núm. 26, punto *b*; véase también nuestro *Tratado*, t. I, núm. 41, punto *F*, y núm. 42, punto *R*, y nuestras *Nociones generales de derecho procesal civil*, núm. 18 *F* y 19 *N*).

Tanto penalistas como civilistas exigen la publicidad de la prueba como un requisito fundamental para su valor y eficacia<sup>40</sup>.

10º) *Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.* Al tratar del sistema de la libre apreciación de las pruebas vimos (*cfr.*, núm. 27) que éste no es incompatible con las formalidades procesales para la validez de las practicadas en el juicio, sino que, por el contrario, es preciosa garantía para la defensa del acusado en el proceso penal y para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso civil (*cfr.*, núm. 27, punto *b*). Esas formalidades permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan en oportunidad, que no se lleven subrepticamente y, en fin, que ofrezcan garantías de probidad y veracidad. Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y de cualquiera otra naturaleza.

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. El segundo aspecto consiste, como dice SILVA MELERO<sup>41</sup>, en que debe obtenerse la prueba "por los modos legítimos y las vías derechas", excluyendo las calificadas de "fuentes impuras de prueba"; se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba.

<sup>39</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, pág. 114.

<sup>40</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 140; FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 112; FRAMARINO: *Ob. cit.*, t. I, págs. 115 y 116; SILVA MELERO: *Ob. cit.*, pág. 34; CASTRO MENDES: *Ob. cit.*, pág. 171.

<sup>41</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 29 y 30, nota 4.

Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos e intrínsecos<sup>42</sup>. 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, como sería la reconstrucción total de un delito sexual o de una unión extramatrimonial para establecer la concepción; procuran que con ella se busque en realidad el convencimiento del juez sobre hechos que interesan al proceso, y no lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocurriría con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada influyan sobre el litigio.

11º) *Principio de la legitimación para la prueba.* Este principio exige que la prueba 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, requieren que el funcionario que la reciba o practique tenga facultad procesal para ello (jurisdicción y competencia).

Como observa atinadamente MICHELI<sup>43</sup>, no siempre el sujeto legitimado para la prueba es el legitimado para la causa, pues ocurre muchas veces que quien podría obrar en el proceso con debida legitimación no haya concurrido, y que quien sea parte procesal carezca de legitimación en la causa<sup>44</sup>; el primero no tiene legitimación para aducir pruebas mientras no sea recibido como interventor, y el segundo la tiene perfecta, no obstante la ineficacia sustancial de su demanda, que conducirá a una sentencia inhibitoria. Puede decirse que la legitimación para la prueba es común, en cuanto la comunidad de la prueba exige que cada parte pueda solicitar y aducir las que sirvan para acreditar los hechos que interesan al proceso, quienquiera que los haya alegado, pues ya vimos en el punto 4º que cualquiera puede aprovecharse de las pedidas o presentadas por su adversario. 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 practicado en tiempo oportuno, en la forma y en el lugar adecuados; en esto último se incluye la consideración de que la prueba se haya practicado para efectos del juicio, o, exclusivamente, de un incidente del mismo, pues en el último caso no podrá servir para efectos de la sentencia, a menos que la ley procesal lo autorice.

<sup>42</sup> FLOBIAN: Ob. cit., núms. 129, 142, 153-157; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 343 y 346; ROCHA: *Derecho probatorio*, págs. 84 y 101; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 474.

<sup>43</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 19, págs. 133 y 134.

<sup>44</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núms. 166-167 y *Nociones Generales*, núms. 134-135.



12º) *Principio de la preclusión de la prueba.* Es consecuencia del anterior, ya que se trata de una formalidad de tiempo u oportunidad para su práctica 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 controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa. 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.

Se habla de preclusión generalmente en relación con las partes, es decir, como la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto en interés de éstas, lo cual implica, como dice MICHELI<sup>45</sup>, “una invitación a observar determinada conducta procesal, salvo ciertas consecuencias establecidas por la ley o libremente determinables por el juez”, y existe entonces una “autorresponsabilidad del sujeto procesal” cuando deja transcurrir la oportunidad sin ejecutar ese acto o asumir esa conducta. Pero también opera esta noción respecto del juez, tanto en el proceso en general como en materia de pruebas, porque la ley suele señalarle la oportunidad o un límite de tiempo o de momento procesal para el ejercicio de las facultades inquisitivas que le otorga.

FLORIAN<sup>46</sup> opina que para la prueba penal no deben existir preclusiones y que no se deben señalar términos o límites absolutos para su recepción, salvo los inevitables para ponerle fin al proceso; dice que el juez penal debe tener facultades para ordenar una ampliación de la instrucción, así sea suspendiendo la sentencia de fondo, para facilitarle la investigación de la verdad real. Creemos que si bien la preclusión probatoria es menos rigurosa en el proceso penal, no puede sin embargo eliminarse, en cuanto las pruebas deben ser aportadas dentro de las respectivas etapas que la ley señale: en las audiencias del proceso con instrucción oral, o en los períodos probatorios en el sistema escrito. Esto no impide que la ley autorice al juez penal para reabrir la investigación y señalar nuevo término probatorio, antes de proferir sentencia de primer grado o durante la segunda instancia, pues entonces se practicarán las pruebas en oportunidad legal; cosa semejante sucede en lo civil con los autos para mejor proveer, porque se dictan con el fin de recibir pruebas después de vencido el término señalado en la ley, e implican la reapertura de la investigación para esos fines concretos<sup>47</sup>.

La preclusión probatoria se relaciona con la carga de la prueba, en cuanto impone a la parte interesada en suministrarla, la necesidad de hacerlo en la etapa pertinente del proceso y en nada afecta a quien no necesitaba aducir pruebas distintas de las ya existentes; es este el

<sup>45</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 24, pág. 164.

<sup>46</sup> FLORIAN: Ob. cit., núm. 141.

<sup>47</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núm. 488.

sentido de las frases de MICHELI, que acabamos de transcribir. En lo penal existen situaciones que dejan en manos del acusado o de la parte civil la posibilidad de allegar la prueba que le resulte favorable, por no ser conocida del juez ni del fiscal; entonces la preclusión puede afectar al interesado y existe una verdadera carga de la prueba (*cfr.*, núms. 126-127 y punto 23 de este número).

13º) *Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.* Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, 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 práctica. Este principio contribuye a la autenticidad, 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.

La inmediación es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal. En los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas por las partes u ordenadas por el juez oficiosamente, se cumple mejor la inmediación; en los escritos debe sin embargo aplicarse, salvo cuando, por ocurrir su práctica fuera de la circunscripción territorial donde puede ejercer jurisdicción el funcionario, se hace indispensable comisionar al de otro lugar.

La inmediación 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, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes (preguntas propias a testigos, a peritos y a las mismas partes; ampliación de las inspecciones judiciales; adición de copias de documentos, etc.), y para ordenar oficiosamente otras. Sólo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio. Es el complemento indispensable de la inmediación. Se trata en realidad de dos principios, pero tan íntimamente vinculados, que hemos preferido reunirlos en un solo enunciado.

En los procesos penal y laboral de la generalidad de los países, se consagra satisfactoriamente el principio de la dirección del debate probatorio por el juez. En el proceso civil de los países que lo han modernizado (a pesar del origen antiguo del sistema; *cfr.*, núms. 21-24), dándole una fisonomía inquisitiva, existe la misma situación favorable; en los demás, como Colombia y España, no se cumple cahal-

mente, pero sí en gran parte, gracias a las importantes atenuaciones al principio dispositivo que han consagrado.

La intermediación hace aconsejable que el juez instructor, civil o penal, sea quien dicte la sentencia de fondo, como lo observó hace más de un siglo Jeremías BENTHAM<sup>48</sup>, porque la reunión de las pruebas se relaciona íntimamente con la decisión, ya que aquélla es el medio para llegar a ésta y su apreciación correcta es más posible por quien ha intervenido en su recepción. Como dice FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>49</sup>, "para que la voz de las pruebas llegue sin alteración al ánimo del juez, es menester que ellas se presenten, en cuanto sea posible, de manera inmediata al juzgador, a fin de que éste pueda examinarlas directamente y no a través de la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas, o de las equívocas expresiones de otras cosas". CARNELUTTI afirma, en el mismo sentido, que "la prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del juez se halle el hecho a probar"<sup>50</sup>. SCHÖNKE<sup>51</sup> considera también que "la intermediación en la práctica de la prueba no requiere solamente que ésta se efectúe ante todo el tribunal, sino que también la apreciación de la prueba se haga inmediatamente después de su práctica", para no borrar la impresión que deja ni dificultar la averiguación de la verdad. Y DELLEPIANE<sup>52</sup> dice que la función del juez debe ser similar a la del investigador científico o del historiador, cultivadores de la disciplina reconstructiva, en cuanto su tarea es buscar y allegar rastros y documentos, para establecer por medio de ellos la existencia de hechos fenecidos. Defensor de la intermediación en la prueba ha sido también Isidoro EISNER<sup>52 bis</sup>.

14º) *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 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 (*cf.*, núms. 95-96).

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 oficiosas-

48 BENTHAM: Ob. cit., t. I, núms. 192, 193 y 240.

49 FRAMARINO: Ob. cit., t. I, pág. 101.

50 CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma, Edit. Foro Italiano, 1951, núm. 12, pág. 55.

51 SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 210.

52 DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 45-46.

52 bis ISIDORO EISNER: *La intermediación en el proceso*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1965, págs. 69 y 85-98.

mente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusación, en cuyo caso su competencia subjetiva y moral para el proceso, no sólo para las pruebas, lo obliga a dejar su conocimiento voluntariamente, o lo somete a que sea separado por otro juez<sup>53</sup>.

No existe razón para temerle a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciación, porque en el proceso dispositivo y con tarifa legal también pueden darse iguales injusticias e iniquidades. Lo que ocurre es que no es posible una organización judicial sin presumir la imparcialidad de sus funcionarios. Por otra parte, existen los recursos, la segunda instancia y la casación para corregir las consecuencias de una parcialidad que no esté comprendida en ningún motivo de impedimento, y también existe la recusación, cuando tenga este carácter.

En varios apartes hemos dicho que la imparcialidad de los funcionarios judiciales es un principio fundamental del derecho procesal y no sólo de los procedimientos; por esto remitimos a nuestros lectores a lo expuesto en ellos<sup>54</sup>.

15º) *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 hechos que a su vez se relacionan con aquél, se tratará de pruebas de otras pruebas; ejemplos de las primeras son las inspecciones judiciales sobre el bien objeto del 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 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 erradas<sup>55</sup>. Esto rige tanto para lo civil como para lo penal.

No siempre es posible obtener la prueba original por excelencia, que es la percepción directa por el juez, y así sucede cuando se trata de hechos transeúntes pasados, que no dejaron un resultado físico ni constan en documentos; pero esto no significa que lo ideal no sea la

<sup>53</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. II, cap. XVII.

<sup>54</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 41 y t. II, núms. 172, 183-184; *No-ciones Generales de derecho procesal civil*, núms. 18 y 150.

<sup>55</sup> FBAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 102 y 117.

prueba original, sino que a falta de ésta es necesario contentarse con la otra; en cambio, como lo observa CARNELUTTI<sup>56</sup>, los hechos permanentes que existen en el momento del juicio y los transitorios que ocurren en presencia del juez, pueden ser conocidos directamente por éste. Es decir, la prueba original puede ser directa o indirecta; en cambio, la no original es siempre indirecta (*cf.*, núm. 137 a).

16º) *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, según concepto de SCHÖNKE<sup>57</sup>, la practicada por partes o repetida, “pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad”, impide el debido cotejo, la mejor apreciación.

Al estudiar los principios generales del derecho procesal vimos que uno de ellos es precisamente el de la concentración, que se refiere a los actos del proceso en cada instancia y que se cumple mejor en el sistema oral<sup>58</sup>; pero como ocurre con el de la inmediación, es en materia de prueba donde tiene su mayor importancia.

Justifica este principio que se procure la práctica de la prueba en primera instancia, restringiéndola en segunda a cuando no ha sido posible en aquélla o se trate de hechos ocurridos con posterioridad o fue denegada por el juez injustificadamente y a cuando el juez o tribunal la considere útil para la verificación de los hechos.

17º) *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 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 hace 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 de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas (*cf.*, punto 18 de este número).

Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en nuestros procesos civil y penal, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica. El segundo puede existir sin el primero.

<sup>56</sup> CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma, Edit. Foro Italiano, 1951, núm. 12, pág. 55.

<sup>57</sup> SCHÖNKE: *Ob. cit.*, pág. 209.

<sup>58</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 42 E y *Nociones Generales*, número 19 E.

El segundo de estos aspectos es fundamental, porque dentro de los medios aceptados generalmente en los sistemas que los señalan taxativamente (documentos, testimonios, indicios, peritos, inspecciones, confesión; las presunciones no son pruebas sino que eximen la prueba), pueden comprenderse los más modernos métodos de investigación, si se tiene un criterio amplio. En cambio, limitar la actividad probatoria en forma caprichosa por el juez o con una absurda regulación previa de la ley, sería atentar contra los derechos de las partes, la debida defensa, la contradicción efectiva y la igualdad de oportunidades; por este motivo no existen más restricciones que las señaladas en el punto siguiente.

Al estudiar los sistemas de apreciación de la prueba vimos que para denominar el que regula previamente su valor debe hablarse más bien de tarifa legal y no de prueba legal, porque lo último significa que la ley señala los medios admisibles, y puede coexistir con una completa libertad para apreciar las pruebas aportadas al proceso (*cfr.*, número 27).

En el proceso dispositivo se le priva al juez de iniciativa para decretar pruebas, con excepciones más o menos numerosas (*cfr.*, núms. 21-22); pero esto no afecta el principio que aquí estudiamos, porque puede existir un sistema dispositivo (que limite a las partes el derecho de aducir pruebas) con una libertad de objeto, e inclusive, de medios. Puede decirse que la libertad del juez para decretar pruebas es un tercer aspecto de este principio, no obstante que tiene su denominación específica (principio inquisitivo, en oposición al dispositivo; *cfr.*, números 21-23).

FLORIAN<sup>59</sup> considera este principio como uno de los fundamentales del derecho probatorio, y dice que "la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales", y que es un principio animador del proceso, que domina en el campo penal. En otro lugar observa<sup>60</sup> que "la averiguación de la verdad material exige que se pueda conseguir la utilización de los órganos y medios de prueba, y que se obtenga de ellos el rendimiento más efectivo, sin que intereses de las partes opongan obstáculos o limitaciones o intervengan para disminuir ese rendimiento"; los derechos de las partes deben protegerse eficazmente, dotándolas de las correspondientes facultades y adoptándose las medidas necesarias para la defensa del contradictorio.

FRAMARINO<sup>61</sup> expone otros dos aspectos de este principio: en primer lugar, la libertad objetiva de la prueba, que consiste para él en que su eficacia demostrativa esté determinada por fuerzas naturales e individuales, no por previa regulación legal, y en que se permita probar contra el contenido de otra prueba; en segundo lugar, libertad

<sup>59</sup> FLORIAN: Ob. cit., núms. 20 y 213.

<sup>60</sup> FLORIAN: Ob. cit., núm. 125.

<sup>61</sup> FRAMARINO: Ob. cit., t. I, págs. 108 y 110.

subjetiva de la prueba, que implica la no alteración material de la cosa que prueba y la libertad moral de la persona que declara. Sin embargo, consideramos que lo primero se refiere a otro aspecto y debe ser comprendido en el principio de la valoración o apreciación; la libertad de contraprobar es consecuencia de la libertad de objeto y la no alteración de la cosa que prueba y la no coacción moral sobre el testigo, se refieren también a otro principio, que puede denominarse de la naturalidad o pureza de la prueba y que en seguida estudiaremos.

18º) *Principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad 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 práctica 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 esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

Es necesario, sin embargo, no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio, por ejemplo, cuando no obstante referirse el testimonio a los hechos discutidos, su contenido carezca de mérito porque nada le consta al declarante o no suministre razón alguna de su dicho. Tampoco puede identificarse la idoneidad del medio con el valor de convicción de éste, para el caso concreto, pues mientras la primera indica que la ley permite probar con ese medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios o confesión, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta ésta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, exige algo más, que mira al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. De esta suerte es posible que, no obstante existir idoneidad, el juez no resulte convencido por la prueba (el testimonio puede ser idóneo para probar un contrato y, sin embargo, por deficiencias del contenido de las declaraciones, puede ocurrir que no haya mérito de convicción alguno en las varias recibidas).

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, es decir, cuando la ley no los señala ni exige uno determinado para ciertos actos o contratos, todos serán idóneos; esta calidad se hace más importante cuando la ley procesal enumera los medios admisibles y consagra la tarifa legal para su valoración.

En realidad se trata de dos principios, íntimamente relacionados, que persiguen un mismo propósito, a saber: que la práctica de la prueba no resulte inútil, para lo cual es necesario que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio y que el contenido de la prueba

se relacione con tal hecho (puede probarse un contrato por escritura pública, pero puede darse el caso de que la escritura específica solicitada como prueba no se relacione en absoluto con él). Los autores lo incluyen entre los generales de la prueba judicial<sup>62</sup>.

Como lo veremos más adelante, el juez debe obrar con prudencia y amplio criterio al calificar estos requisitos, para no rechazar la prueba solicitada sino cuando sea indudable su impertinencia (*cfr.*, números 95-96).

19<sup>o</sup>) *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 ejercían 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 relativamente hace poco 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 síquicas que conducen al colapso moral, o en drogas que eliminan la conciencia y la personalidad, como el narcoanálisis. Ambos métodos se dirigen a obtener del sujeto afectado las declaraciones que se le exijan; pero el moderno no se diferencia del antiguo tormento, sino 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 hase en el que ahora enunciamos, porque a aquél le hemos dado un sentido diferente. Es decir, una cosa es la libertad de la prueba, y otra la libertad individual de la persona acusada; mas si se toma la primera en un sentido amplio, es obvio que puede comprender la segunda.

Tanto el testimonio como la confesión, y, con mayor razón, el dictamen del perito, deben ser espontáneos o naturales, y las demás personas que los formulan no deben ver coaccionadas sus facultades o su conciencia por ningún medio, ya sea físico o psicológico.

FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>63</sup> reclama también el respeto a la libertad subjetiva de las pruebas y el rechazo de todo lo que afecte las condiciones espontáneas y genuinas del espíritu, inclusive la sugestión, cuando traspasa los límites de la licitud, mediante fraude, violencia o engaño que induzca al error, por parte del funcionario receptor de la prueba; observa, con razón, que constituye violencia moral "la expresión feroz y la voz bronca de algunos instructores modernos". Para

<sup>62</sup> SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, pág. 29; DE LA PLAZA: *Ob. cit.*, pág. 474; FLORIAN: *Ob. cit.*, núm. 22.

<sup>63</sup> FRAMARINO: *Ob. cit.*, t. I, págs. 110-113.



este autor, de la naturalidad o calidad natural de las pruebas se deriva la libertad subjetiva de ellas. AMARAL SANTOS<sup>64</sup> se pronuncia en el mismo sentido.

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 de la parte interesada o al perito, hechos que constituyen delitos. Igualmente implica 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 lindero, etc., 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<sup>65</sup>. Por esta razón, entre las posibles clasificaciones de las pruebas incluimos la de lícitas e ilícitas (*cfr.*, núm. 137 m).

20<sup>o</sup>) *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 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 (*cfr.*, núms. 23 y 29).

<sup>64</sup> MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3<sup>a</sup> ed. cit., t. I, núm. 8, pág. 20.

<sup>65</sup> FRANCO CORDERO: *Tre studi sulle prove penali*, ed. Milano, 1963, t. I, núms. 23-27 y II, núms. 1-11; ENRICO ALTAVILLA: *Psychologie judiciaire*, trad. francesa de la 4<sup>a</sup> ed. italiana, París, 1959, cap. IV, núms. 1-9; JEAN LOUIS BAUDOUN: *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, ed. París, 1965, pág. 3; CARNELUTTI: *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, págs. 62-63, y 1961, pág. 625; MAURO CAPELLETTI: *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, *Efficiacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, págs. 111-142.

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 que se recurra a conducir por fuerza al testigo o a la parte ante el funcionario judicial, y más todavía, que se le apremie con multas para que conteste, 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>66</sup>.

Existe, pues, un deber de prestarle colaboración a la justicia, en materia de pruebas, y esa colaboración es un límite necesario a la libertad individual, impuesto por razones de interés público, tanto a los terceros como a las partes. Con toda razón dice a este respecto COUTURE<sup>67</sup>, que si bien en principio nadie está obligado a facilitar pruebas a su adversario, esto es muy relativo, porque el absolver posiciones o reconocer documentos o exhibirlos puede beneficiarlo, a pesar de que no lo desee; y agrega: "El litigante no es requerido para ayudar a su adversario sino a la justicia; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia." Los deberes de lealtad, probidad y verdad exigen que quien tenga documentos o cosas con valor probatorio en una causa, esté obligado a exhibirlos, aunque su contenido o significado probatorio lo perjudique. Si el documento u objeto está en poder de un tercero, existe el deber de exhibirlo, sancionable con multas y con el pago de perjuicios; si está en poder de una parte, existe una carga procesal de exhibición, dadas las consecuencias que para ese proceso se deducen en su contra si niega o impide la exhibición<sup>68</sup>. Se trata de "un deber ciudadano de cooperación, no a los fines de los interesados en el proceso, sino a los de naturaleza pública que éste preside y que interesan a la comunidad", como explica DE LA PLAZA<sup>69</sup>.

FLORIAN<sup>70</sup> confirma este concepto y dice que, si no se suministra la prueba o no se la pone a disposición del juez voluntariamente, debe ejercerse coacción para ese efecto, por funcionarios públicos naturalmente, tanto sobre cosas como sobre personas. MICHELI<sup>71</sup> observa que

<sup>66</sup> SENTÍS MELENDO: "La tortura como institución judicial", en *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, págs. 559 y 577.

<sup>67</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, págs. 137 y 139.

<sup>68</sup> COUTURE: *Op. cit.*, págs. 134 y 144.

<sup>69</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Rev. de derecho privado, 1954, t. I, pág. 469.

<sup>70</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 129.

<sup>71</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 23, págs. 152 y 156.

es un deber basado en la solidaridad social, no frente a las partes o el juez, sino al Estado, y que la inobservancia de las órdenes del juez constituye un argumento de prueba para valorar la conducta de la parte. SCHÖNKE<sup>72</sup> estima que si una parte impide practicar la prueba que corresponde a otra, se invierte la carga de la prueba y se debe considerar como cierto el hecho.

Estos poderes del juez no forman parte propiamente del principio inquisitivo, a menos que se entienda en sentido amplio, como toda clase de iniciativa del juez, y no en el sentido estricto que le hemos dado para efectos probatorios (*cf.*, núm. 22). En un sistema rigurosamente dispositivo se necesitará la petición de parte para que el juez proceda a aplicar la coacción oficial en la obtención de la prueba, pero será tan necesaria como en uno inquisitivo, porque en muchas ocasiones las partes no están en posibilidad de aportarlas sin esa coacción del juez<sup>73</sup>.

De lo expuesto en este punto se infiere que el aforismo romano *nemo-tenetur edere contra se*, ha perdido valor en el proceso moderno.

21º) *Principio de la inmaculación de la prueba.* Como una aplicación del principio ingeniosamente denominado por AYARRAGARAY de la inmaculación en el proceso<sup>74</sup>, enunciaremos 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. Se trata, en realidad, de comprender en éste, de manera más general y desde otro punto de vista, los principios ya examinados de la formalidad y legitimidad de la prueba, de su espontaneidad o naturalidad y licitud, de su oportunidad y preclusión, de su contradicción y publicidad. La falta de pertinencia e idoneidad no configura vicio alguno, sino ineficacia probatoria, porque el medio puede ser recibido con todos los requisitos para su validez, no obstante la ausencia de relación con el hecho o la prohibición legal de probarlo con él. Rige este principio por igual para el proceso civil y para el penal o de otra naturaleza.

22º) *Principio de la evaluación o apreciación de la prueba.* 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 V estudiamos ampliamente los sistemas de la tarifa legal y la libre apreciación por el juez, lo mismo que los llamados mixtos por algunos autores, y las diferentes denominaciones del primero, su vigencia en épocas pasadas, su aceptación en la doctrina y en las legislaciones modernas (*cf.*, núms. 25-29) y en el capítulo explicaremos los principios y la técnica de la valoración de la

<sup>72</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 206.

<sup>73</sup> DE LA PLAZA: *Ob. cit.*, t. I, págs. 468 y 470.

<sup>74</sup> AYARRAGARAY: *El principio de la inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1959.

prueba. Nos limitamos aquí a observar que no se concibe un proceso civil, penal, contencioso-administrativo, laboral o fiscal modernos, el juez no tiene libertad para apreciar las pruebas allegadas, ni facultades inquisitivas para conseguirlas.

Dice a este respecto FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>75</sup>: "Para que la voz de las pruebas obre con su natural eficacia sobre el ánimo del juez, es preciso que éste no sea violentado en su conciencia, ni siquiera por lo que, al hablar del convencimiento, hemos llamado influjo legal." Pero su valoración no debe ser expresión de una simple creencia subjetiva del juez, sino tal "que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez. Esto es lo que denominamos *carácter social* del convencimiento"<sup>76</sup>. Puede aplicarse a la prueba el criterio que para la interpretación de la ley recomiendan algunos modernos filósofos del derecho, de que resulte multi-personal u objetiva, y no meramente subjetiva del juzgador, es decir, que se acomode a la realidad social y a lo que lógicamente pueda entender cualquier persona de cultura similar<sup>77</sup>.

Esta función es quizás la más delicada del proceso, especialmente para el juez a quien está encomendada, porque las partes son al respecto simples colaboradoras. La suerte de la justicia depende del acierto o del error en la apreciación de la prueba, en la mayoría de los casos. Por esto le dedicaremos un capítulo aparte para estudiar sus aspectos generales, y al tratar de cada medio de prueba en particular, volveremos sobre el criterio que debe seguirse para su valoración (*cfr.*, cap. XIII y núms. 167, 175 y t. II).

23º) *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 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 porque es una negación indefinida (*cfr.*, núm. 46). 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 puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar. Por otra parte, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden per-

<sup>75</sup> FRAMARINO: Ob. cit., t. I, pág. 108.

<sup>76</sup> FRAMARINO: Ob. cit., pág. 114.

<sup>77</sup> AFTALION, GARCÍA, VILANOVA: *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1960, págs. 451-458.

judicarlas; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo.

Como explica SILVA MELERO<sup>78</sup>, este principio significa que las partes "soportan las consecuencias de su inactividad, de su negligencia, e, inclusive, de sus errores cuando éstos no son subsanables". Algo similar expresa Joao DE CASTRO MENDES<sup>79</sup>.

Se trata de un principio fundamental en el proceso civil, aplicable también en el penal<sup>80</sup>, laboral, contencioso-administrativo, fiscal o de cualquiera otra naturaleza, en virtud del cual se le permite al juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación, cuando falta la prueba, sin tener que recurrir a un *non liquet*, es decir, a abstenerse de resolver en el fondo, contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional. Por esto y debido a las varias doctrinas sobre su alcance y fundamento, dicho principio será tratado en capítulo especial (*cfr.*, cap. XVII).

24º) *Principio de la oralidad en la práctica de la prueba.* Como un aspecto del sistema oral o escrito que rija en el proceso, puede enunciarse este principio en relación con la prueba. En el proceso penal prevalece la forma oral y en el civil la escrita, con algunas excepciones en los códigos más modernos y en los sistemas norteamericano e inglés. Pero lo ideal es la oralidad en ambos, lo mismo que en el laboral, fiscal y contencioso-administrativo, en la práctica de las pruebas, sin que esto excluya la aportación de documentos, ni el dejar actas escritas de los testimonios, declaraciones de partes y exposiciones de peritos.

Sin la menor duda, el sistema oral favorece la inmediatez, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba<sup>81</sup>.

25º) *Principio inquisitivo en la obtención de la prueba.* Es uno de los fundamentales, no sólo de la prueba, sino del proceso en general. Lo dejamos estudiado en el capítulo anterior.

26º) *Principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba.* De los principios de la comunidad de la prueba, de su fin de interés público y de su obtención inquisitiva y coactiva por el juez, se deduce este principio y significa que no le corresponde a la parte ningún derecho a resolver si una prueba que interese a los fines del proceso debe ser o no aducida, sino que el juez dispone de poderes y medios para llevarla al proceso; e igualmente significa que una vez

78 SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, pág. 26.

79 CASTRO MENDES: *Ob. cit.*, págs. 162-163.

80 FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 577; SIRACUSANI: *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, págs. 19 y 238; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1959, págs. 115 y 120. *Cfr.* núm. 71 y cap. XLVII.

81 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, I, núm. 42 y *Nociones generales de derecho procesal*, ed. Aguilar, 1966, núm. 19.

solicitada la práctica de una prueba por una de las partes, carece de facultad para renunciar a su práctica si el juez la estima útil y que si fue ya practicada o presentada (como en el caso de los documentos y copias de pruebas trasladadas), no puede renunciar a ella para que deje de ser considerada por el juez.

El último aspecto de este principio se aplica, sin excepción, en todos los procesos, inclusive el civil dispositivo que todavía sobrevive en algunos países; en cambio, la renuncia o el desistimiento a la prueba pedida y no practicada se permite, erróneamente, en estos procesos y es un rezago del concepto privatista que los domina, pero sin duda es teóricamente inaceptable. En el proceso penal no puede ser admitido tal desistimiento, a menos que el juez estime inútil esa prueba. El primer aspecto rige por igual en todos los procesos.

Consecuencia de este principio es el rechazo, en el proceso moderno, tanto civil como laboral, penal o de otra naturaleza, del antiguo aforismo romano *nemo tenetur edere contra se*<sup>82</sup>.

27º) *Principio de la gratuidad de la prueba.* Significa este principio, que dado el fin de interés general que radica en el proceso y en la prueba, lo ideal es que el Estado satisfaga el servicio público de Justicia de manera gratuita, sin gravar económicamente a las partes por la recepción y práctica de los medios probatorios, así sean inspecciones judiciales, dictámenes de expertos oficiales, interrogatorios de testigos y de las mismas partes, examen de documentos, etc. Únicamente cuando los interesados soliciten el dictamen de peritos particulares o la expedición de copias de documentos notariales o que se encuentren en otros archivos, se justifica que deban costear los honorarios de aquéllos y los servicios de éstas.

Este principio se opone radicalmente al sistema de arancel judicial, que obliga a las partes a cancelar determinadas sumas de dinero por las distintas diligencias judiciales. No solamente la práctica de las pruebas debe ser gratuita, sino la tramitación total de los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativo, fiscales y penales, con raras excepciones; sin que esto impida la condenación de la parte vencida al pago de las costas del proceso, que es una medida justa y conveniente<sup>83</sup>. Aquel sistema pone en peligro la independencia de los jueces frente a las partes y por tanto su imparcialidad, además de que encarece injustificadamente la Justicia, en perjuicio de débiles y en beneficio de quienes disponen de superiores medios de fortuna.

### 32. Conclusión sobre este capítulo

De la lectura de los veintisiete principios generales de la prueba judicial examinados en este capítulo, se obtiene la conclusión obvia

<sup>82</sup> COUTURE: *Estudios*, ed. cit., t. II, págs. 129 y sigs.

<sup>83</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. Temis, Bogotá, 1964, t. IV, núms. 574-575.

de que sí existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, fiscal, etc., no obstante las importantes diferencias de sus procedimientos, como lo expusimos antes (*cfr.*, núm. 5).

No se trata de simples lucubraciones, 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.

## CAPÍTULO VII

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

#### 33. **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 se pueden precisar suficientemente las tres nociones en breves palabras:

a) Por *objeto* de la prueba debe entenderse lo que se *puede* probar en general, aquello sobre lo 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 extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual (*cfr.*, núm. 1);

b) Por *necesidad* o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse 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 ambas 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 o de algunos de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero *concreta* porque recae sobre hechos determinados.

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 o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten. Se trata, por lo tanto, de una noción que es *subjetiva*, porque contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba (aunque ésta puede ser suministrada por la parte contraria o por el juez oficiosamente; *cf.*, núm. 126, punto *d*); pero que también es *objetiva* por cuanto consiste en una regla de juicio que determina el sentido de la decisión cuando falta la prueba; además, es *concreta* respecto de las partes, ya que se refiere a hechos precisos, y es más singularizada que la anterior, pues establece cuáles de los varios hechos que forman el tema de la prueba en el proceso interesa a cada parte que sean demostrados para que sirvan de base a sus pretensiones o excepciones; mas es también *abstracta* respecto del juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera como debe decidir el juez a falta de prueba y no un conjunto de reglas concretas para los diversos procesos (*cf.*, núm. 126).

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

De suerte que en el tema de la prueba se seleccionan los hechos que interesan en cada proceso, entre la gama vastísima y casi ilimitada de los que pueden ser objeto de prueba, y se precisan cuáles deben probarse, pues hay hechos de influencia en el proceso que no requieren prueba, por gozar de presunciones de derecho o legales, o por existir acuerdo, o por su notoriedad o la imposibilidad de probarse; y con el concepto de carga de la prueba se restringe nuevamente el panorama para circunscribirlo a aquellos hechos de entre los varios que forman el tema de prueba en ese proceso, que interesan a cada parte como fundamento de lo que alega (afirmativa o negativamente). Este último concepto es de suma importancia en el proceso civil, íntimamente relacionado con la posición de cada parte frente a los hechos en que debe basar el juez su decisión (*cf.*, cap. XVIII), y tiene aplicación también en el proceso penal, laboral y contencioso-administrativo.

La necesidad de la prueba en un sentido general, para cada proceso, contempla los hechos que deben probarse en él, sin individualizar quién debe suministrarla, por lo cual el concepto se identifica con el tema de la prueba; pero otra cosa es esa situación personal de cada parte frente a los hechos que es necesario probar, para que el juez disponga del presupuesto contemplado en las normas jurídicas que puede aplicar en su favor, y a ella corresponde la noción de carga de la prueba, que regula la hipótesis en que falte la prueba que ha debido ser suministrada; es un sucedáneo de la prueba, que le dice al juez cómo debe fallar cuando no se aporta ésta, y, por lo tanto, determina indirectamente lo que cada parte tiene interés en que se pruebe para no

ser perjudicada, al recurrir el juez a tal remedio supletorio. Quiere esto decir que el concepto de necesidad o tema de la prueba se refiere a las partes en el proceso dispositivo y tanto a éstas como al juez en el inquisitivo (Civil, Laboral o Penal); y que el de carga de la prueba se refiere en primer término al juez y sólo indirectamente a las partes. El primero regula sólo la actividad probatoria, y el segundo no sólo ésta sino también, y de manera primordial, la decisoria del juez. Únicamente de manera indirecta el concepto de carga de la prueba se refiere a las partes en cuanto dice a quién correspondía probar el hecho que dejó de probarse; pero en verdad es una norma para el juez, quien es el encargado de aplicarla deduciendo las consecuencias jurídicas materiales de esa falta de prueba y determinando, por lo tanto, cuál de las partes debe sufrir el consiguiente perjuicio. En el proceso civil o laboral inquisitivo, a pesar de que el juez puede investigar oficiosamente los hechos, dado el interés contrapuesto de las partes y la circunstancia de que la falta de prueba no exime al juez de dictar sentencia y que no puede resolver en favor de una sin hacerlo en contra de la otra, la carga de la prueba conserva toda su importancia. Lo mismo ocurre en el proceso penal.

Cuando los autores hablan de que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados y, más ampliamente, los no aceptados, excluyendo, por lo tanto, aquellos en que hay acuerdo expreso o tácito entre las partes, confunden el concepto de objeto con el de necesidad o tema de la prueba.

### **34. 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. Si se tiene en cuenta esta verdad elemental, resulta obvia la conclusión de que jurídicamente no puede limitarse el objeto de la prueba, en un sentido general o abstracto, a los hechos controvertidos, sino que, por el contrario, es indispensable extenderla a todo lo que por sí mismo es susceptible de comprobación; y con la misma evidencia aparece que, desde un punto de vista estrictamente procesal, por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es posible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para efectos procesales (en general, no de cada proceso en particular).

La circunstancia de que un hecho determinado no necesite prueba en un proceso, no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial; y más claro aparece todavía que si una de las partes no necesita probar cierto hecho, ello no quiere decir que la otra tampoco deba probarlo, ni que ese hecho no forme parte del tema proba-

torio general de ese proceso, y mucho menos que no pueda ser objeto de prueba. En derecho procesal penal se distingue también el objeto de la prueba en general, del tema de la prueba en cada investigación.

### 35. **Noción de objeto de la prueba en las doctrinas europea y americana**

En relación con esta materia podemos formar tres grupos de autores: quienes confunden los conceptos de objeto y tema o necesidad de la prueba; quienes lo separan, y quienes no expresan opinión al respecto.

#### I. AUTORES QUE CONFUNDEN OBJETO Y TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA

Entre estos autores se ballan CHIOVENDA, LESSONA, MICHELI y JOAO DE CASTRO MENDES.

Para CHIOVENDA<sup>1</sup>, objeto de la prueba "son los hechos no admitidos y no notorios, puesto que los hechos que no pueden negarse *sine tergiversatione* no exigen prueba". Como se ve, se confunde el objeto de la prueba con el tema de prueba en cada proceso, de manera que es forzoso entender ese párrafo en el sentido de que se refiere a lo que debe probarse en el proceso y no a lo que puede ser materia de prueba.

LESSONA<sup>2</sup> advierte correctamente que "es cometer un error de método y tratar la teoría de la prueba de un modo que le es extraño", decir que debe estar permitida por la ley su probanza, "para que el hecho sea objeto posible de prueba". Este criterio ha debido conducirle a suprimir también el requisito de no ser controvertido para que el hecho pueda ser objeto de prueba, pero agrega inmediatamente que "el hecho, ante todo, debe estar controvertido", para ser "objeto idóneo de prueba". La adición del calificativo "idóneo" no elimina el error, porque equivale a ser apto para ser probado, y esa aptitud se encuentra también en los hechos aceptados por ambas partes. La confusión entre los conceptos de objeto y necesidad de la prueba aparece evidente, pues en realidad el autor quiere decir que no necesitan prueba los hechos no controvertidos. Por eso agrega a continuación: "No está controvertido lo que ya está probado, bien mediante confesión de la parte, bien por otro medio probatorio, ni lo que está ya excluido por la práctica de otra prueba", lo mismo que los hechos presumidos, y recuerda la regla probatoria *non bis in idem* (no se requieren dos pruebas completas del mismo hecho).

<sup>1</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 282.

<sup>2</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 167, págs. 208-210.

MICHELÍ<sup>3</sup> dice: "Es enseñanza común que el objeto de la prueba está constituido por los hechos controvertidos, esto es, por aquellos hechos cuya existencia o modalidad de ser son motivo de discusión en juicio, puesto que se impugnan por el adversario."

La confusión de la necesidad de probar un hecho con la posibilidad de ser probado, resulta aquí patente. En realidad, MICHELÍ habla de objeto de prueba en el sentido de tema de prueba en el respectivo proceso, es decir, lo que debe probarse en él, como se deduce del siguiente párrafo que en el mismo libro se encuentra: "A) *Del objeto de la actividad de prueba en las partes.* No debe parecer superfluo el tema de este número, ya que mi intención es no ya entretenerme aquí en consideraciones generales, sino precisar cuál es el objeto de la actividad probatoria bajo los dos siguientes aspectos: a) discusión del hecho que constituye el objeto de prueba; b) prueba de la norma jurídica." Como puede observarse, el autor se refiere a la "actividad probatoria" de las partes en determinado proceso, que es exactamente lo que se comprende en el concepto de tema de prueba, y por eso excluye los hechos admitidos; más adelante habla de "determinar cuáles son los hechos necesitados de prueba" o *thema probandum*, y de que la negación "convierte en necesitada de prueba a la afirmación"<sup>4</sup>, con lo cual no queda duda del sentido de sus palabras.

JOAO DE CASTRO MENDES<sup>5</sup> confunde las dos nociones, pues exige también la discusión para que el hecho sea objeto de prueba.

Creemos que la confusión anotada en estos autores se debe más a defecto de redacción que al criterio adoptado; utilizan el término "objeto", cuando han debido hablar de "tema" o de "necesidad" de la prueba, pero en el fondo se están refiriendo a estos conceptos.

## II. AUTORES QUE DISTINGUEN EL OBJETO Y LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

ROCCO<sup>6</sup> advierte que si el hecho afirmado por una parte es admitido por la otra, no puede ser objeto de discusión su existencia o inexistencia, en cuanto se trate de derechos disponibles, y agrega: "De cuanto se ha expuesto se deriva que sólo los hechos controvertidos, de los cuales se debe establecer su existencia, constituyen *materia* de prueba, con exclusión de los hechos admitidos y, por lo tanto, no controvertidos", y de los notorios. Más adelante<sup>7</sup> dice que si los hechos son

<sup>3</sup> MICHELÍ: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 16, pág. 112.

<sup>4</sup> MICHELÍ: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, páginas 114-115.

<sup>5</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Edit. Atica, 1961, págs. 714-721.

<sup>6</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, págs. 177 y 178.

<sup>7</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, pág. 185.

admitidos por la parte contraria o pertenecen al común conocimiento o al dominio público, no hay discusión sobre su existencia o inexistencia, pero que pueden ser “simplemente afirmados y alegados en el proceso, y, en tal caso, es necesario que quede probada su existencia o inexistencia”; igualmente, puede el juez “sin necesidad de prueba, fundar la decisión en las nociones de hecho que entran en la experiencia común”, conforme al art. 115 del C. de P. C., primer inciso. De las citas anteriores se infiere que, si bien en el primer párrafo se habla de hechos controvertidos como “materia” de prueba, y esto podría hacer pensar que se refiere a su objeto, los dos últimos aclaran el concepto del eminente profesor italiano, en el sentido de que la controversia y el no ser hecho notorio o noción de hecho que forma parte de la común experiencia, son requisitos para la necesidad de la prueba, y no para poder ser objeto de ella.

FLORIAN<sup>8</sup> clasifica el objeto de prueba en *abstracto y concreto*, y dice que aquél se determina por “la posibilidad abstracta de la comprobación en juicio”, o sea por “la aptitud procesal de prueba”. Desde este punto de vista son objeto de ella los elementos de hecho en sus más variadas manifestaciones y complejidad, de orden externo o interno, incluyendo los documentos, las personas físicas, las máximas o reglas de experiencia en cuanto a su contenido y, en ciertos casos, las normas jurídicas (derecho consuetudinario y leyes extranjeras). Según FLORIAN, cuando se hace referencia al objeto de prueba en concreto, se contemplan los requisitos de la prueba en relación a un caso particular, y entonces ya no son pertinentes todos los hechos que en abstracto pueden ser objeto de prueba<sup>9</sup>, pues opera un requisito limitativo: el hecho “debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto”<sup>10</sup>. Insinúa que ha de estudiarse además lo que debe probarse en cada proceso, la prueba que se considere necesaria, y más adelante<sup>11</sup> trata de los hechos “exentos de prueba” (los no discutidos entre las partes; y los notorios en general) y de la “libertad del objeto de prueba” como principio general, que tiene sólo las excepciones consagradas en la ley<sup>12</sup>. Dice que cuando se trata de los “hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación” en el proceso penal (que equivalen a los hechos materia del debate en el proceso civil), se tiene lo que antiguamente se llamaba *thema probandum, quod in iudicium deductum*, que ahora se llama “hecho sobre el cual ha de decidirse”, y que se amplía “tanto cuanto lo exigen las circunstancias directas o indirectas que pueden servir

<sup>8</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 20-22.

<sup>9</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 34.

<sup>10</sup> FLORIAN: Ob. cit., núms. 34-35.

<sup>11</sup> FLORIAN: Ob. cit., núm. 42.

<sup>12</sup> FLORIAN: Ob. cit., núm. 49.

o hacer conocer la verdad”<sup>13</sup>. Así, pues, FLORIAN distingue clara y firmemente el objeto de prueba propiamente dicho, desde un punto de vista abstracto, de la necesidad de la prueba en cada proceso, es decir, en concreto.

No resulta fácil precisar el concepto de CARNELUTTI sobre estas dos nociones. En la primera edición de su *Prueba civil* (1914) le da a la prueba un sentido de actividad del juez, y de esto parece deducirse que no puede existir prueba cuando no hay tal actividad para la fijación del hecho, como sucede precisamente con el hecho afirmado por una parte y admitido por la otra. Tal es la interpretación que MICHELI le da al concepto de CARNELUTTI, en estos términos: “En cuanto a la razón por la cual el hecho no discutido no constituye objeto de prueba, CARNELUTTI ha observado que la falta de discusión constituye un elemento de la apariencia (del fundamento de la pretensión formulada por la parte), la cual hace superflua la prueba”<sup>14</sup>. Esta interpretación no sólo encuentra apoyo cuando el maestro dice que “el hecho silenciado por todas las partes no puede existir” y que “el hecho afirmado por todas ellas no puede dejar de ser real”<sup>15</sup>, sino cuando observa que “la posición del hecho debe realizarse según la realidad únicamente cuando falte la disposición concorde de las partes (no afirmación concorde)”<sup>16</sup> y que “tampoco se habla de prueba a propósito de los hechos sobre los cuales media afirmación concorde de las partes”, lo que parece correcto, “porque también aquí falta toda función de comprobación del juez”, por lo cual, “el uso de la palabra se limita a los procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos controvertidos (afirmados y no admitidos)”<sup>17</sup>. Sin embargo, creemos que, pese a la redacción de esas frases, CARNELUTTI se refiere en realidad a la necesidad de la prueba, o sea a cuándo las partes tienen que suministrarla y cuándo el juez puede exigirla, necesidad y exigencia que desaparecen cuando hay acuerdo sobre el hecho (siempre que la ley no excluya para él la prueba de confesión, aclaramos). Inmediatamente después de la última frase citada, CARNELUTTI agrega: “Responde así a la exactitud de las palabras y de los conceptos, el que se excluya del número de los hechos a probar los hechos admitidos”, lo cual significa que no es necesaria su prueba (no que no puedan ser objeto de ella); y en la página anterior se lee: “Es notable que con el nombre de *prueba* se designen sólo los procedimientos mediante los cuales el juez comprueba los hechos afirmados por las partes”, sin que exija que sean controvertidos. En

13 FLORIAN: Ob. cit., núm. 21.

14 MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejes, 1961, núm. 16, pág. 116.

15 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 10.

16 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 18.

17 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 43.

otro lugar, el maestro italiano manifiesta que cuando el juez se encuentra "frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la *discusión* de un hecho, es necesario proporcionarle el medio o indicarle la vía para resolver la discusión, o sea para *fijar* en la sentencia el hecho no fijado por las partes"<sup>18</sup>, lo que limita la controversia a la necesidad, y no al objeto de la prueba; en la nota 20 acepta que los hechos *jurados* son objeto de prueba, que la confesión es medio y no sucedáneo de prueba, y observa que "no constituyen una categoría distinta de la de los hechos *incontrovertidos* los hechos *confesados* (judicialmente)", esto es, que si la confesión no excluye que el hecho sea materia de prueba, tampoco debe impedirlo la ausencia de controversia, pese a que antes distingue entre admisión y confesión, en el sentido de que aquélla implica "posición del hecho mismo como presupuesto de la demanda propia", lo cual no se encuentra en ésta, porque les asigna de todas maneras el elemento común de que ambas presentan "la afirmación de un hecho puesto como fundamento de la demanda contraria"<sup>19</sup>.

Si es dudoso el concepto que CARNELUTTI nos ofrece en *La prueba civil*, cuando creía que la prueba era sustancialmente actividad del juez para fijar el hecho, actividad que no existía, por ser innecesaria, en presencia del acuerdo entre las partes, creemos que su opinión se aclara suficientemente en sus posteriores estudios, en el sentido de que la controversia del hecho es requisito de la necesidad de la prueba, pero no para ser objeto de ésta. En efecto, como explicamos al tratar sobre lo que se entiende por probar (*cfr.*, núm. 10), en sus obras posteriores terminó por eliminar del concepto de prueba la actividad del juez, para considerarla como el "instrumento que sirve para la comprobación"<sup>20</sup>, como "el procedimiento dirigido a la verificación de las razones"<sup>21</sup>, y como "un equivalente sensible del hecho que se ha de apreciar"<sup>22</sup>. Por lo tanto, si, según CARNELUTTI, definitivamente no se requiere actividad del juez para que exista prueba, la exigencia de la controversia queda reducida al concepto de tema o de necesidad de la prueba en cada proceso, y no al más general de objeto de ella en un sentido abstracto. Confirma nuestra conclusión el concepto mismo que el maestro ofrece de "discusión" y que AUGENTI glosa en su "Apéndice" a la segunda edición de *La prueba civil*, en estos términos: "Este valor se puntualiza en las *Lezioni di diritto processuale civile* (VI, página 92), donde, tras haber advertido que la prueba no es *requerida*

<sup>18</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 16.

<sup>19</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 9, nota 8.

<sup>20</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. I, pág. 336.

<sup>21</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthra, 1944, t. I, pág. 674.

<sup>22</sup> CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Roma, Edit. Foro Italiano, 1951, pág. 439; *Istituzioni...*, I, pág. 155.

sino cuando la afirmación pugna con la apariencia o, en otros términos, cuando a una afirmación le falta la apariencia de verdad (de ahí el inmenso valor que tiene la apariencia en la vida del derecho), se añade: "la falta de discusión es un elemento de la apariencia . . . ; ella confirma, por lo tanto, la apariencia de la afirmación". Por otra parte, "se dice que un hecho es aparente cuando existen indicios inmediatos y suficientes de su verdad (*rectius*, de la verdad de su afirmación)". De lo cual se deduce que, si no hay discusión sobre el hecho, no pugna con la apariencia, sino que, por el contrario, debe aceptarse conforme con ella, y esto hace que la prueba no sea *requerida*, vale decir, que no haya necesidad de aportarla.

ROSENBERG<sup>23</sup>, por su parte, distingue expresamente entre objeto y necesidad de la prueba en el proceso. En efecto, al tratar del primero, dice: "Objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, a veces las máximas de experiencia, rara vez los preceptos jurídicos"; y aclara que por hecho, en este sentido, se entiende "los acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio y el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico". Añade ROSENBERG que como los hechos se introducen al proceso sólo mediante las afirmaciones de las partes sobre ellos, "es decir, como juicios sobre hechos", estos juicios son también el objeto de la prueba, tal como ocurre en la prueba testimonial, e inclusive, en la inspección judicial, porque "su resultado no puede ser más que un juicio del magistrado sobre los hechos". Más adelante el insigne profesor de Munich estudia "la necesidad de la prueba, llamada obligatoriedad de la prueba"<sup>24</sup>, y dice que en el terreno del principio dispositivo regula ampliamente la conducta de las partes; que no necesitan prueba "las afirmaciones admitidas, las no discutidas, además de las notorias y de las que cuentan con una presunción". Según esto, "únicamente necesitan ser probadas las afirmaciones discutidas, y aun ellas tampoco, cuando han sido previamente admitidas o cuando son notorias u objeto de una presunción"; la confesión judicial hace innecesaria la prueba. La razón para que las afirmaciones no discutidas no necesiten prueba, consiste, según este autor, en que "cada una de las partes tiene la carga de contestar a las afirmaciones de su adversario", y por ello, si no lo hace "debe considerarse en la sentencia como verdadera la afirmación, aun sin prueba"; la misma consecuencia se aplica a la "declaración de no saber"; a menos que no se trate de un acto propio del demandado ni de algo percibido por él. En el proceso inquisitivo el tribunal resuelve sobre la necesidad de la prueba, sin que la conducta

<sup>23</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 209 y 210.

<sup>24</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 213, 217, 221.



de las partes tenga influencia, pero se excluyen también los hechos notorios y los presumidos.

SCHÖNKE<sup>25</sup> afirma que “el objeto de la prueba está constituido fundamentalmente por hechos”, los cuales los define como “todo suceso exterior o interno que sea o haya sido perceptible”; pero estima que también puede serlo “el conocimiento de un hecho, por ejemplo, de la existencia de polilla al tiempo de entregar la cosa vendida, de la suspensión de pagos de un tercero”, y que puede ocurrir que el conocimiento “presuponga una deducción de otros hechos”, e inclusive “el hecho de que la consecuencia se ha deducido de las circunstancias concretas de que se trate” (es decir, un juicio sobre los hechos, como dice ROSENBERG). Además, SCHÖNKE considera que también pueden ser objeto de prueba: un concepto formado por varios hechos independientes, como el de “relaciones amorosas”; los juicios jurídicos, sólo por excepción, cuando son generalmente conocidos y sirven para la calificación de un hecho, como el haberse dado un dinero “en préstamo” o de que se celebró “un contrato de compraventa”, sin que aparezca dudosa tal calificación; y, por último, las máximas de la experiencia. Como se ve, SCHÖNKE no exige que los hechos sean controvertidos o simplemente no admitidos, para que puedan ser objeto de prueba.

KISCH<sup>26</sup> opina que “el objeto de la prueba está formado fundamentalmente por hechos”, sin exigir la condición de controvertidos.

FRIEDRICH LENT<sup>27</sup> comparte esta opinión, pues afirma que “el objeto de la prueba está constituido por los hechos (afirmaciones de hecho)” y sólo excepcionalmente por las máximas de la experiencia y de las normas jurídicas (derecho extranjero y consuetudinario), y por separado estudia los hechos cuya prueba no es necesaria por ser notorios.

RICCI<sup>28</sup> habla de que “la necesidad de probar surge en juicio siempre que un hecho presentado como base de la demanda o de la excepción, se contradice por la otra parte”, porque no se exige la prueba cuando no hay contienda sobre el hecho. Por lo tanto, distingue acertadamente la necesidad de probar un hecho y el poder ser objeto de prueba.

DE LA PLAZA<sup>29</sup> dice que “no es posible la probanza de lo que, por

<sup>25</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, págs. 201 y 202.

<sup>26</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 202.

<sup>27</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI: Napoli, Morano, Editore, 1962, págs. 199-201.

<sup>28</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 30, pág. 87.

<sup>29</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 449.

acuerdo común, han reconocido" las partes, frase que, tomada aisladamente, conduciría a asignarle el concepto de que un hecho reconocido por las partes no puede ser objeto de prueba; pero a renglón seguido agrega: "Así, pues, el *thema probandum* sólo alcanza a los hechos controvertidos"; luego advierte que "lo que más interesa subrayar es la limitación que a la actividad del juzgador opone este principio, en virtud del cual le está vedado entrar en la zona de los hechos admitidos por las partes, y ha de aceptar como verdad lo que resulta de un acto de reconocimiento que puede ser tácito o expreso". Por consiguiente, podemos catalogar a este autor entre quienes exigen el carácter de controvertido únicamente para los hechos que necesitan prueba o que forman parte del tema de prueba en un proceso determinado.

GUASP<sup>30</sup>, al referirse a la necesidad de la prueba, dice que ella es la regla y que sólo excepcionalmente puede considerarse un dato de hecho como exento de prueba. Esta regla la justifica diciendo que "todos los datos fácticos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que se han de aplicar forman el tema normal de la prueba en el proceso correspondiente", aunque advierte que algunos hechos que normalmente forman parte del tema de la prueba en un proceso determinado, "quedan excluidos de esta categoría en virtud de razones diversas", ya sean referentes al objeto, a la actividad o a los sujetos; este último caso se presenta cuando ambas partes reconocen unos mismos hechos, o sea, cuando éstos son alegados por una y admitidos por la otra. También sostiene GUASP que están fuera del tema de la prueba los hechos presumidos, generalmente en razón de la dificultad o ineficacia de su prueba, y los notorios en virtud de ser reconocidos con tal intensidad, que su demostración se hace superflua. Así, pues, para el ilustre jurista español media gran diferencia entre el tema de la prueba y el objeto de ésta.

SILVA MELERO<sup>31</sup> explica que puede hablarse de objeto de la prueba en abstracto y en concreto: el primero lo forma todo lo que es susceptible de prueba, y el segundo, denominado también tema de la prueba, se restringe a lo que puede probarse dentro de los límites de cada proceso, es decir, el *thema probandum* de éste. De suerte que para este autor, cuya reciente obra constituye un valioso aporte a la doctrina de la prueba, un hecho puede ser objeto de prueba sin que forme parte del tema de prueba en el respectivo proceso.

FENECH<sup>32</sup> opina que la actividad procesal de investigación debe tener por objeto los hechos en sentido amplio, no el derecho, y que en

<sup>30</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 340 y 341.

<sup>31</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 49 y 50.

<sup>32</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, páginas 573 y 590.

relación con cada proceso son objeto de la prueba “todos aquellos hechos que integran o han de integrar el fundamento fáctico de la pretensión o pretensiones formuladas en el proceso penal, o aquellos de cuya existencia depende la resolución de un punto de importancia en el proceso”. Lo segundo determina en realidad el tema de la prueba en cada proceso, pero opinamos que la distinción surge implícita de la exposición de este autor, pues más adelante dice que es indispensable “dar una definición amplísima de lo que se entiende por hecho como objeto de la prueba” y que para él lo es “toda cuestión, positiva o negativa, física o síquica, cuya determinación constituye un caso de interés para el proceso penal, anterior e independiente a toda valoración jurídica”<sup>33</sup>.

ARAGONESES<sup>34</sup> dice que es principio general “que sólo han de ser objeto de prueba los hechos controvertidos o dudosos que sean de influencia o pertinencia a los fines del proceso”. Esta frase parece expresar que el carácter de controvertido es necesario para que el hecho pueda ser objeto de prueba, pero creemos que no es ése el criterio del autor y que se trata solamente de un mal empleo de la palabra “objeto”, cuando en realidad se está refiriendo al tema de la prueba en cada proceso, porque allí mismo habla de “hechos que no necesitan prueba”, y cita a los confesados o admitidos, como también a los que gozan de presunción legal o de notoriedad. Más adelante<sup>35</sup> se refiere a los requisitos objetivos, así: “Objeto de la prueba lo constituyen los datos alegados por las partes. Sobre la necesidad o no de probar, tanto los datos normativos como los datos físicos, nos remitimos a lo que anteriormente hemos dicho.” Luego no cabe duda de que distingue objeto y necesidad de la prueba, correspondiéndole a la última noción las restricciones de ser el hecho controvertido y no gozar de presunción o notoriedad.

L. PRIETO CASTRO<sup>36</sup>, otro magnífico procesalista español, establece también, en forma clara, la diferencia entre estas dos nociones. Igualmente lo hacen Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA, catedráticos españoles de derecho procesal<sup>37</sup>, para quienes “no todo lo que puede ser objeto de prueba necesita de ella, en sentido técnico”; no la necesitan los hechos admitidos, los notorios y los favorecidos con una presunción legal.

<sup>33</sup> FENECH: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 593.

<sup>34</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 494.

<sup>35</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 497.

<sup>36</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, págs. 400-402 y 403.

<sup>37</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 241 y 242.

SENTÍS MELENDO<sup>38</sup> distingue también la necesidad de la prueba y la aptitud del hecho para ser objeto de prueba, como se deduce de su afirmación de que “ni el hecho necesita siempre ser probado, porque, como hemos indicado, hay hechos admitidos y hechos notorios; ni el derecho está en absoluto libre de la necesidad de prueba”.

ALSINA<sup>39</sup> define el objeto de la prueba en cada proceso diciendo que son “los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende”, e incluye en la idea de hecho la negación de éste; o sea, que puede ser objeto de la prueba la existencia o inexistencia de los hechos.

En el mismo sentido, DELLEPIANE<sup>40</sup> considera la prueba judicial como “un método de investigación o determinación de hechos”.

AMARAL SANTOS<sup>41</sup>, A. A. LOPES DA COSTA, André HUET, Aurelio SCARDACCIONE y Jean SICARD<sup>42</sup>, separan correctamente las dos nociones.

PLANIOL y RIPERT<sup>43</sup> opinan que “en principio la prueba judicial solamente se refiere a los hechos materiales o jurídicos”, es decir, “a puntos de hecho susceptibles de ser negados”, sin exigir que efectivamente hayan sido negados.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>44</sup> distinguen expresamente “lo que es susceptible de probarse y lo que debe probarse”, y dicen que en todo caso se trata de hechos; lo primero se comprende en la noción de objeto y lo segundo en el tema de la prueba.

Entre nosotros, ALZATE NOREÑA<sup>45</sup> dice correctamente: “En materia civil son los hechos de que emanan los derechos y las situaciones jurídicas los objetos de la prueba”; concepto que luego repite en estos términos: “Objeto de la prueba (queda visto) no son los derechos

<sup>38</sup> SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, página 181.

<sup>39</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, págs. 181 y 182.

<sup>40</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 20.

<sup>41</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria*, 3ª ed. cit., t. I, núm. 7, págs. 16-17 y núms. 138-140, págs. 219-221.

<sup>42</sup> LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1959, t. III, págs. 92-101; ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, Dalloz, 1965, págs. 85-88, 132 y 140; SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica, civile e commerciale, La Prova*, Torino, Utet, 1965, núms. 9 y 127, págs. 22 y 340; SICARD: *La preuve en justice*, colección Comment Faire, París, 1960, núms. 24-37, págs. 23-36.

<sup>43</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 753.

<sup>44</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nacimiento, 1941, t. III, pág. 463.

<sup>45</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 88.

sino los hechos". Antonio ROCHA<sup>46</sup> se expresa así: "Objeto de la prueba son los hechos", no el derecho, salvo que se trate del derecho extranjero o la costumbre, ni tampoco la idea pura o raciocinio; más adelante manifiesta que existe la creencia de que "la notoriedad de un hecho hace innecesaria la prueba de ese hecho", y critica la noción de notoriedad. Así, pues, el ilustre profesor colombiano distingue adecuadamente el objeto y la necesidad de la prueba.

### 36. Qué es, en definitiva, objeto de prueba judicial

De lo expuesto en el número anterior se deduce que objeto de prueba judicial en general puede ser todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (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 (costumbre y ley extranjera).

Suele decirse que para CARNELUTTI el objeto de la prueba judicial son las afirmaciones de las partes y no los hechos; así, MICHELI<sup>47</sup> opina que para aquél "el objeto de la prueba son las afirmaciones, no ya los hechos afirmados, puesto que las primeras se controlan, mientras que los segundos se conocen", y critica este concepto porque presenta una consideración fragmentaria del fenómeno, "puesto que si bien es verdad que las partes tratarán de demostrar el fundamento de las respectivas afirmaciones, el juez estará, sobre todo, preocupado por determinar si los hechos, aducidos por las partes, tienen algún fundamento". Para MICHELI, la formulación tradicional que ve en los hechos el objeto de la prueba, es más precisa y satisfactoria (sólo que, como vimos y allí mismo expresa, les agrega el calificativo de "controvertidos").

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, como lo observa MICHELI y lo advierte también SILVA MELERO<sup>48</sup>, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen, en todo caso, los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones. Por eso, según observación del magistrado español, "ha

<sup>46</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 6-7 y *De la prueba en Derecho*, Edic. Lerner, Bogotá, 1967, págs. 31-32.

<sup>47</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 16, pág. 112, nota 20; cita *Sistema...*, t. I, pág. 674.

<sup>48</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, Torino, Utet, 1965, pág. 286.

podido decirse que alegación en sentido procesal es, por consiguiente, una afirmación de algo como verdadero, que procesalmente debe ser demostrado'', esto es, afirmación de hechos; a lo cual agregamos que puede ocurrir también que se prueben hechos no alegados antes, en cuyo caso se presentará el problema de saber si el juez debe tenerlos en cuenta en su sentencia (relaciones de la congruencia con la *causa petendi* de la demanda, con los hechos sustanciales o secundarios y con las excepciones probadas pero no alegadas) mas, ciertamente, dichos hechos han sido objeto de prueba en ese proceso<sup>49</sup>.

Si la tesis que considera las afirmaciones de la prueba en general fuera correcta, necesariamente el objeto de cada uno de los medios de prueba estaría constituido también por esas afirmaciones; pero esto es evidentemente falso, porque objeto del testimonio, de la confesión, del dictamen de los peritos y de la inspección judicial, son los hechos narrados por el tercero y por la parte, examinados por los peritos o percibidos por el juez.

Los testigos deponen sobre los hechos que conocen por haberlos percibido y pueden ignorar cuáles son las afirmaciones de las partes sobre tales hechos; el juez puede verificar la existencia de hechos, mediante una inspección o la recepción de testimonios y de peritaciones, sin que haya precedido ninguna afirmación ni alegación sobre ellos, lo cual ocurre durante el sumario en el proceso penal, e inclusive posteriormente, cuando tiene informes provenientes de terceros o conocimiento directo de la existencia de huellas o de otros indicios que pueden establecerse por esos medios. Existen documentos que prueban hechos no precedidos de afirmación o alegación de nadie, como los planos, los dibujos, las fotografías. Los escritos pueden probar propósitos, deseos, sentimientos, pensamientos, el estado síquico y afectivo del autor, sin que constituyan una alegación, afirmación o negación. Quienes sostienen la tesis que nosotros rechazamos, aceptan, sin embargo, que objeto del testimonio, de los indicios, de la inspección, de la peritación, son los hechos percibidos, por percibir o deducidos e indicados, lo cual implica una evidente contradicción, porque el objeto de la prueba, en general, es indispensablemente el objeto de cada prueba en particular.

Por otro aspecto, el juez adopta su decisión con base en los hechos probados y en la regla que establece la carga de la prueba sobre los que se dejaron de probar, que a su vez se aplica a los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de las normas legales invocadas por las partes o que aquél debe aplicar oficiosamente. Como lo han demostrado ROSENBERG, MICHELI, CARNELUTTI y otros grandes juristas, la carga de la prueba no se distribuye en razón de las afirmaciones o negaciones de las partes, sino de los hechos que la norma jurídica

<sup>49</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. II, núms. 123, 419, 448 y *Nociones generales de derecho procesal civil*, núms. 226, 239 y 253.

por aplicar contempla como presupuesto para que se surtan sus efectos jurídicos.

En la doctrina prevalece sin duda el concepto que ve en los hechos el objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre, las reglas de experiencia, según algunos, y el juicio mismo que sobre los hechos se tenga, como más adelante veremos, tomando el término en sentido amplio y no gramatical. Las citas hechas en el número anterior no sólo demuestran esta conclusión, sino también que la discusión acerca de si debe hablarse de hechos en general o de controvertidos en particular, se ha definido en favor de lo primero.

Creemos, sin embargo, que el verdadero criterio de CARNELUTTI está de acuerdo con el que aparece en la doctrina general. En efecto, cuando habla de que "objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones", está refiriéndose al significado del término *prueba* en el lenguaje común<sup>50</sup>, como "comprobación de la verdad de una proposición afirmada"; pero luego explica que ya en el lenguaje común se produce una trasposición en el significado del vocablo y que, por ello, prueba no designa solamente la comprobación, sino también "el procedimiento o la actividad usada para la comprobación", la operación misma, el conocimiento mismo del hecho afirmado. De ahí que, agrega, en este sentido "es justo decir que objeto de la prueba son los hechos y no las afirmaciones: los hechos se prueban, en cuanto se conozcan para comprobar las afirmaciones". Explica luego que en el lenguaje jurídico el vocablo conserva, "hasta cierto punto", su sentido originario de "comprobación", y dice: "Es notable que con el nombre de prueba se designe sólo los procedimientos mediante los cuales el juez comprueba los hechos afirmados por las partes." Además, advierte que no se habla de prueba respecto de las normas de derecho, ni "de los hechos sobre los cuales media afirmación concorde de las partes", y que "responde a la exactitud de las palabras y de los conceptos, el que se excluya del número de los hechos a probar los hechos admitidos". CARNELUTTI sintetiza así su pensamiento: "El uso de la palabra prueba se limita a los procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos controvertidos (afirmados y no admitidos): aquí el concepto se adapta perfectamente al vocablo según su significado esencial."<sup>51</sup>

Por consiguiente, el término *prueba* tiene para el maestro italiano un sentido jurídico de "procedimientos mediante los cuales el juez comprueba", sentido que equivale al de la trasposición o traslación que se presenta en el lenguaje común, según el cual, como lo dice expresamente, "el objeto de la prueba son los hechos y no las afirmacio-

50 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 9, págs. 38-40.

51 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., págs. 42-43.

nes". Esta conclusión nos parece evidente, si se tiene en cuenta que al desarrollar el sentido jurídico del término sigue hablando de hechos controvertidos o admitidos como objeto de la prueba. Precisamente concluye CARNELUTTI ese acápite diciendo que es exacta la definición que de prueba suele dar la doctrina al afirmar que es la "*demostración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales (por modos legítimos)* o, más brevemente, la *demostración de la verdad legal de un hecho*", aunque advierte que esa definición debe aclararse para distinguir según exista el sistema legal o sistema de libre apreciación de la prueba, pues para el primer sistema "prueba en sentido jurídico es la demostración de la verdad formal o judicial", o "la fijación formal de los hechos discutidos", al paso que cuando se trata del segundo debe bahlarse de "verdad material", utilizando la antítesis que suele hacerse entre verdad material y formal<sup>52</sup>. En sus últimas obras CARNELUTTI considera la prueba como "un equivalente sensible del hecho que se ha de apreciar, en el sentido de que proporciona al evaluador una percepción, mediante la cual puede adquirir el conocimiento de ese hecho"<sup>53</sup>. En el Sistema pone también como objeto de la prueba judicial el hecho<sup>54</sup>. De este modo reafirma el concepto de que el objeto de la prueba judicial son los hechos y no las afirmaciones.

JOAO DE CASTRO MENDES y Santiago SENTÍS MELENDO<sup>55</sup>, han defendido, últimamente, la tesis que ve en las afirmaciones el objeto de la prueba judicial.

### 37. Qué se entiende por "hechos" como objeto de la prueba judicial

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, 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; en otra forma no podría incluirse en el 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 o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o

<sup>52</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., pág. 44.

<sup>53</sup> CARNELUTTI: *Teoria generale del diritto*, Padova, CEDAM, 1930, página 439; *Istituzioni*... t. I, pág. 155.

<sup>54</sup> CARNELUTTI: *Sistema*, Edit. Ejea, Buenos Aires, t. I, pág. 674.

<sup>55</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, ed. cit., páginas 471-533 y 711-721; SENTÍS MELENDO: *Revista Hispanoamericana y Filipina de Derecho Procesal*, 1965, núm. 4.



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, 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, etc.; 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<sup>56</sup> (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo.

Algunos consideran las reglas de experiencia y las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias como objeto de prueba distinto de los hechos; pero creemos que en cuanto pueden ser objeto de prueba se contemplan como conductas o hechos humanos. Más adelante examinaremos esta cuestión (*cfr.*, núms. 40 y 41).

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

Dentro de esta concepción amplia de los hechos como objeto de la prueba se comprende, en general, según observa ROSENBERG<sup>57</sup>, "todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial", es decir, todo lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico. Como con el proceso se aplica la ley a casos particulares, para obtener su realización o efectividad y secundariamente para componer el litigio, si lo hay<sup>58</sup>, convirtiendo en concreto el mandato abstracto que ella contiene<sup>59</sup>, fin que no puede lograrse sin el conocimiento de los hechos que configuran esos casos concretos, objeto de la prueba es todo lo que puede constituir el presupuesto previsto por las normas jurídicas para que surjan sus efectos, cualquiera que sea su naturaleza, física, síquica o mixta. De ahí que el tema de la prueba, en cada proceso, esté formado en general por los hechos previstos en las normas jurídicas que dehen aplicarse para que se reconozcan o excluyan sus efectos (pretensión o excepción), es decir, que con ello se persigue demostrarle al juez que el supuesto concreto de hecho que se le ha planteado, corresponde precisamente al que en forma abstracta se contempla en la norma legal o que está en desacuerdo con éste, para reconocer que se han producido determinados efectos jurídicos que reclama el demandante, o, por el contrario, para negarlos o para declarar

<sup>56</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 209.

<sup>57</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 209.

<sup>58</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 44 y *Nociones generales*, núm. 56.

<sup>59</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. I.

probada la excepción del demandado que extinguió, o modificó, o simplemente suspendió tales efectos<sup>60</sup>.

En el número anterior refutamos la teoría de que objeto de la prueba son las afirmaciones y no los hechos contenidos en ellas.

Pasamos a dar algunas explicaciones adicionales acerca de las cinco clases de hechos sobre los cuales puede recaer la actividad probatoria.

a) *Conductas humanas*. Esta primera clase de hechos comprende todo aquello que significa un acto humano individual o colectivo, esto es, no sólo los simples hechos jurídicos ejecutados sin voluntad de producir el efecto jurídico que la ley les señala, sino también los actos jurídicos en que el efecto es resultado de la voluntad de producir, incluyéndose los llamados hechos ilícitos, y los sucesos o acontecimientos históricos en que interviene el hombre, en su inmensa variedad. En este sentido suele decirse que probar es reconstruir o representar lo que ha sucedido o está sucediendo.

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 frecuentes en los procesos por responsabilidad extraprocesal en caso de muerte de una persona y en algunos casos de responsabilidad contractual.

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 así de un hecho o acto humano aislado, como también de un conjunto de hechos, simultáneos o sucesivos, ocurridos en un tiempo más o menos largo, o, como dice ROSENBERG<sup>61</sup>, de una "síntesis de hechos", que tienen cierta unidad, como unas relaciones sexuales estables o una posesión de estado; es decir, de diversos hechos que configuran un solo concepto jurídico o simplemente gramatical. Sus autores pueden ser muchas personas o una sola.

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 bajo ciertas condiciones<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 4; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, cit., t. I, pág. 37; MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 80, pág. 489; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, pág. 183; GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., pág. 340; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., núm. 148, págs. 183 y 184.

<sup>61</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 210.

<sup>62</sup> ROSENBERG: Ob. cit., t. II, pág. 210.

Muy atinada es la observación de CARNELUTTI<sup>63</sup> cuando dice que si bien el testimonio es una fuente de prueba, también puede ser objeto de ella, "como becho que se ha de probar", por ejemplo, cuando se exigen perjuicios a quien declaró falsamente; entonces nos hallamos en presencia de un acto humano como cualquier otro, susceptible de prueba. Extendemos la observación al dictamen de peritos, al trabajo del intérprete y a la confesión.

No solamente se incluyen en la prueba de estas conductas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, sino que en general esa 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<sup>64</sup>. Pero este divorcio radical no es posible jurídica, ni lógica, ni psicológicamente.

Otros autores llegan al extremo contrario y admiten como objeto de prueba judicial "los juicios sobre los hechos"<sup>65</sup>.

Toda conducta humana, como todo becho material, tiene que ser percibida por alguien para luego acreditarla en el proceso, y esto hace que sea inevitable el juicio que sobre tal percepción se haya tenido, inclusive cuando el juez mismo la verifica en inspección judicial. No creemos que el juicio en sí mismo sea objeto de prueba, sino que ésta no puede prescindir o aislarse de aquél.

Más adelante volveremos sobre este tema (*cfr.*, núm. 39).

*b) Hechos de la naturaleza.* Es frecuente que en los procesos civiles, laborales y comerciales se alegue una fuerza mayor, representada por hechos de la naturaleza ajenos a toda actividad humana: un derrumbe, una inundación, un rayo o un simple temblor de tierra, etc. Estos hechos naturales son objeto de prueba judicial, desde un punto de vista abstracto y también concretamente como un tema de prueba, cuando de ellos se pretende deducir la liberación de obligaciones o la prórroga de su exigibilidad. En el proceso penal puede necesitarse su prueba, como en el caso de que se le atribuya al acusado un daño, y éste haya sido consecuencia de una fuerza mayor.

Sobre estos hechos recae frecuentemente la noción jurídica de notoriedad, como causa para eximir la necesidad de su prueba, cuando son de público o general conocimiento (*cfr.*, núms. 46 f, 47).

*c) Cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material.* Tanto la conducta humana como los hechos de la naturaleza pueden

<sup>63</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayó, 1955, páginas 106-107.

<sup>64</sup> BENNECKE y BELING, cita de FLOBIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., número 25.

<sup>65</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejex, 1955, t. II, pág. 210; SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, págs. 201 y 202.

originar cosas u objetos materiales, y dejar huellas o alteraciones de la realidad material. Pero así como es posible probar la actividad humana por sí misma y los hechos de la naturaleza, con prescindencia de sus efectos, también pueden ser objeto de prueba las cosas elaboradas total o parcialmente por el hombre, las que aparecen como obra de la naturaleza y las alteraciones producidas en la realidad material por esos hechos naturales o por la actividad humana.

Entre las cosas naturales incluimos los animales; las alteraciones de la realidad material pueden ser, igualmente, obra de éstos. No debe olvidarse, sin embargo, que el nacimiento de un animal, su desarrollo, su mejoramiento o daño, pueden ser obra parcial del hombre, de frecuente ocurrencia en el mundo actual; pero en tal caso el animal puede ser objeto de prueba por sí mismo, como también la conducta humana que haya recaído sobre él.

No sólo las cosas u objetos materiales se prueban, sino también las circunstancias naturales o artificiales que los rodean, el ambiente material en donde existan o hayan existido, lo cual es parte de la realidad material que puede percibirse.

La existencia o inexistencia de tales cosas o circunstancias materiales, sus características, sus causas y efectos, su duración en el pasado y en el futuro, su valor o importancia y cualesquiera otros aspectos de aquéllas, pueden ser objeto de prueba y forman parte con frecuencia del tema de prueba en los procesos judiciales de cualquier naturaleza.

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; 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.

Los documentos (inclusive los cuadros, pinturas y libros) son obra del hombre y, por lo tanto, el haber sido o no otorgados forman parte de una conducta humana. Desde este punto de vista pueden incluirse en el primer grupo. El documento es igualmente un medio de prueba para establecer hechos relatados en él. Mas también puede ser objeto de prueba por sí mismo, para establecer su existencia, su estado material, sus características, su origen, su autenticidad o falsedad. La firma del documento constituye un acto humano, que por sí misma es objeto de prueba, incluido en el primer grupo; pero cuando se quiere probar la autenticidad o falsedad del documento, la firma viene a ser una circunstancia o característica de éste; puede aceptarse, sin embargo, que entonces es inseparable el objeto de prueba documento, del objeto de prueba conducta humana (el ser auténtico o falso aquél, con el haber firmado o no quien figura haciéndolo), y lo mismo ocurre cuan-

do se alegue alteración del contenido del documento. En cambio, la prueba de la falsedad intelectual, es decir, de no ser cierto lo que en el documento se dice, su contenido inmaterial, tiene por objeto conductas y cosas materiales o hechos síquicos distintos de aquél.

Como explica FLORIAN<sup>66</sup>, el documento puede 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, si su contenido implica injuria o calumnia, etc. CABNELUTTI observa, en el mismo sentido, que "la *capacidad representativa* de un hecho no excluye su existencia autónoma", como sucede con un cuadro que da idea del paisaje, pero antes y a la vez del cuadro mismo; y dice que el documento puede ser no sólo fuente de prueba, sino tema de la misma o el hecho que se ha de probar<sup>67</sup>.

Generalmente son la inspección judicial y el dictamen de peritos los medios de prueba empleados cuando el documento es su objeto.

El objeto de prueba a que se refiere este grupo presenta una vinculación tan estrecha con el juicio que de esos objetos o realidades materiales se forme la persona que los percibe, inclusive el juez en las inspecciones judiciales, como la que observamos respecto a las conductas humanas comprendidas en el primer grupo. También aquí el aspecto material es inseparable del juicio que produce en la mente del hombre, y por ello tal juicio forma parte del objeto de prueba, sin que constituya una entidad autónoma. Nos remitimos a lo dicho y a la exposición que más adelante haremos sobre el tema (*cfr.*, núm. 39).

d) *La persona humana.* Considerada como realidad material, la persona humana 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 mentales, 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.

e) *Estados o hechos síquicos o internos del hombre.* Los estados síquicos 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.

No se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales, suscep-

<sup>66</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 28.

<sup>67</sup> CABNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 22, págs. 105-107.

tibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva. Por eso los autores no vacilan, como no vacilamos nosotros, en incluirlos entre los hechos genéricos que pueden ser objeto de prueba judicial.

SILVA MELERO<sup>68</sup>, incluyendo entre los hechos que se prueban los "internos que aluden a la vida síquica, como ideas, pensamientos, convicciones". FLOBIAN<sup>69</sup> dice que "los hechos que se han de probar son hechos externos (o físicos) y hechos internos"; habla de "estados de ánimo" de los particulares, de condiciones mentales en individuos en particular o de grupos de éstos, y divide los hechos síquicos en auto-síquicos y ajenos: los primeros, propios de la persona que observa y declara; los últimos, de personas distintas, como el dictamen pericial de siquiátras. ROSENBERG<sup>70</sup> pone como ejemplos de hechos o circunstancias de la vida anímica, también llamados hechos internos, la voluntad, la intención, la finalidad, el saber, la conformidad, y dice que "podrán probarse también hechos verdaderamente internos, casi siempre sólo en forma indirecta, mediante conclusión de la conducta manifestada por la parte y directamente —a lo sumo— mediante declaración de la parte". SCHÖNKE<sup>71</sup> entiende por hecho "todo suceso exterior o interno que sea o haya sido perceptible", y entre los segundos incluye el conocimiento de cosas ciertas o la existencia de determinada intención.

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. Puede incluirse ese estado permanente o transitorio de la capacidad mental entre los atributos de la persona humana como objeto de prueba por sí misma (grupo *d*), pero cuando se trata de apreciar si existió un acto mental como el conocimiento de un hecho, la intención o voluntad de obrar de cierta manera y de perseguir determinado fin, el hecho síquico adquiere entidad propia como objeto de prueba. Estos hechos síquicos concretos tienen relevancia en la vida jurídica.

Entre los hechos internos susceptibles de prueba, ROSENBERG enumera a la conformidad, pero creemos que se refiere a la tácita, o sea al consentimiento tácito de un acto o una situación, porque el expreso se traduce siempre en palabras o documentos que son hechos externos; si basta haber conocido el hecho o circunstancia, para que exista conformidad o consentimiento tácito, es evidente que existirá un hecho síquico demostrable, mas si se requiere determinada actitud o conducta, se tratará de hechos externos.

<sup>68</sup> SILVA MELERO: *La prueba judicial*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 50.

<sup>69</sup> FLOBIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 24.

<sup>70</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 209 y 210.

<sup>71</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 201.

Puede incluirse en este grupo 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 juicios de filiación o para suplir la prueba del matrimonio. El objeto de prueba es entonces el conocimiento que la generalidad de esas personas tiene de tal situación, con su específica calificación: el ser considerado como hijo el demandante o como matrimonio esa unión. No es solamente el hecho del trato o de la convivencia, sino el juicio que se tiene sobre ambos, lo que constituye el objeto de la prueba.

Por lo tanto, en este grupo aparece también la íntima relación entre el hecho y el juicio que acerca de aquél se tenga, o su calificación especial; pero ni siquiera entonces puede contemplarse ese juicio aislado de los hechos que lo motivan.

Como muy bien lo dice ROSENBERG<sup>72</sup>, la negligencia o culpa, el deber de conocimiento, la buena o mala fe y otros conceptos similares, son conclusiones extraídas de hechos internos y externos, y, por lo tanto, el objeto de la prueba es mixto en tales casos: por una parte, cierta conducta o determinado hecho material, y, por la otra, la intención, la voluntad, o el conocimiento subjetivo.

### 38. 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 hechos 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 voluntario) 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 conducencia, pertinencia o relevancia e influencia o utilidad de la prueba, que estudiaremos más adelante (*cfr.*, núms. 95-97). Los hechos totalmente ajenos a la cuestión materia del juicio, no son objeto concreto de prueba en ese juicio, en el sentido de que es impropio 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 (*cfr.*, núms. 68 y 72).

<sup>72</sup> ROSENBERG: Ob. cit., t. II, págs. 209-210.

En este sentido, algunos autores hablan de objeto abstracto y objeto concreto de prueba<sup>73</sup>. A veces se identifica el objeto concreto y el tema de prueba<sup>74</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 puede probarse allí. Dicho en otros términos, entre los diversos hechos que interesan como presupuesto de las normas jurídicas aplicables en un proceso, existen algunos que no es necesario probar y otros cuya prueba es indispensable; sobre los primeros *puede* haber prueba, si voluntariamente las partes la aducen y la ley no autoriza al juez para rechazarla por innecesaria, como sucede en Colombia, mientras que sobre los otros *debe* haber prueba, si la parte a quien interesa alegarlos pretende que sean tenidos en cuenta por el juez. Los últimos son apenas parte de los primeros, una especie del género identificado como objeto concreto de prueba judicial. Creemos que separando las dos nociones se obtiene mayor claridad en la materia.

Cuando el hecho es imposible o su prueba es imposible a pesar de que se acepte su existencia (como la de Dios o el alma humana), en realidad no es pertinente solicitar pruebas sobre el mismo. Si la ley prohíbe su prueba, queda excepcionalmente excluido del objeto concreto de ésta, no obstante relacionarse con la materia debatida y de ser, por lo tanto, teóricamente conducente.

### 39. El problema de los juicios como objeto de prueba judicial

En el número 37 dijimos que ha existido una interesante controversia acerca de si pueden ser objeto de prueba judicial los juicios 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 a este respecto: *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.

Al primer grupo pertenecen BENNECKE-BELING y GLASER<sup>75</sup>; tam-

<sup>73</sup> FLORIAN: Ob. cit., núms. 22 y 34; SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, pág. 49.

<sup>74</sup> SILVA MELERO: Cita anterior.

<sup>75</sup> Cita de FLOBIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 25.



bién WACH, pues, para él, "el hecho se concibe como antítesis del juicio, especialmente del juicio jurídico"<sup>76</sup>.

Al segundo grupo pertenece ROSENBERG, quien afirma: "Como los hechos únicamente son introducidos en el proceso mediante las afirmaciones de las partes sobre ellos, es decir, como juicios sobre hechos (véase *supra*, 6º, 1, 2, h), también son únicamente los juicios sobre hechos el objeto y resultado de la prueba. Pues la prueba mediante documentos y la deposición de testigos o de las partes sólo procura al magistrado enunciados sobre hechos, y así, únicamente, juicios de hechos; por eso pueden ser objeto de una deposición de testigos o de parte no sólo hechos particulares, sino también 'síntesis de hechos' (WARN, 1941, pág. 24). Y si bien la inspección ocular del magistrado permite directamente la percepción de los hechos, su resultado no puede ser más que un juicio del magistrado sobre los hechos. Únicamente así se comprende que puedan ser objeto de prueba los llamados hechos hipotéticos, por ejemplo, lo que habría acontecido bajo determinados juicios de hechos. También la reproducción de un acontecimiento tan simple, por ej., que un ciclista ha atropellado a un niño, es un juicio sobre hechos o uno de los llamados juicios que afirman hechos; es decir, una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia, como proposición mayor y formado, por lo tanto, mediante reglas lógicas"<sup>77</sup>.

Adoptan la tercera posición, que nosotros consideramos la única aceptable, entre otros, CARNELUTTI, SCHÖNKE, FLORIAN, STEIN, BENTHAM, GUASP, STUART MILL y CROCE.

CARNELUTTI<sup>78</sup> dice al respecto: "La representación es un sucedáneo de la percepción; sirve para despertar, mediante un equivalente sensible, la idea que vendría primariamente determinada por la percepción de un hecho. El objeto de la representación es, pues, el objeto mismo de la percepción: *un hecho, es decir, una actitud concreta (determinada en el espacio y en el tiempo) del mundo exterior*. Lo que no es un hecho, es decir, lo que no tiene existencia concreta, no se representa."

CARNELUTTI explica que la percepción de todo objeto o hecho produce en el sujeto de aquélla una idea acerca de ese objeto o hecho, y, en ocasiones, además, la idea de otro objeto o hecho; en el último caso se tiene el hecho representativo, como la fotografía o el dibujo, que no sólo despiertan la idea de sí mismos, sino la del animal o planta

<sup>76</sup> WACH: Cita en CARNELUTTI: En *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 27, pág. 132.

<sup>77</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 210.

<sup>78</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 20, pág. 102.

que en ellos aparecen<sup>79</sup>; más adelante observa que, desde este punto de vista, "el testimonio es en sí una *declaración representativa* y no una declaración de verdad"<sup>80</sup>, es decir, que con ella se despierta la idea del hecho narrado, lo cual significa que el objeto de tal prueba es inseparable del juicio que de él se haya formado el declarante y que, en definitiva, es lo que trasmite al juez; cita luego a SCHMIDT, para quien el proceso dispone "de dos fuentes de prueba (*argumenta probationis*): de la percepción directa del juez o de la convicción, comunicada a él por otros, quienes a su vez la obtienen mediante la percepción"<sup>81</sup>, esto es, que el testigo o perito o la parte que confiesa o redacta un documento, comunican su propia convicción al juez, es decir, el juicio que tienen sobre los hechos. Opina el maestro italiano, fallecido no ha mucho, que deben incluirse como objeto de testimonio no solamente los hechos *realizados*, sino también los *deducidos*, como cuando un testigo narra que Ticio tenía el fusil cargado, no por haberlo visto, sino porque disparó sin cargarlo antes, pero que "decir que en este caso es objeto de él (del testimonio) la deducción y no el hecho deducido, es un error lógico, porque así se confunde el *objeto* con la *fuerza* del testimonio", pues "el elemento necesario que el testigo lleva al proceso es el fruto de su percepción y no el de su deducción"<sup>82</sup>.

El mismo autor precisa mejor su concepto, cuando agrega que "el testimonio es una representación proporcionada por el hombre, es decir, un acto suyo consistente en representar un hecho, que se concreta en una *manifestación de la idea que el testigo tiene del hecho mismo*" (concepto que se extiende a la confesión, a la peritación y al documento), y esta manifestación se realiza "mediante una o más representaciones sintéticas de los elementos mismos, es decir, mediante una o más *definiciones* o juicios", como cuando el testigo dice que vio un caballo y cuando lo analiza o describe (expone su juicio de que lo visto era un caballo y cuáles eran sus características). Esos esquemas mentales con que actúa el testigo para representar los hechos, pertenecen, bien a la cultura común, bien a la técnica y, en ocasiones, a la jurídica (como cuando dice que Ticio era operario o trabajador de Cayo) y es frecuente que aparezcan en los testimonios definiciones jurídicas, pero en este caso resulta un equívoco decir que se prueban *hechos jurídicos*, pues si bien por una parte es justo decirlo, "en el sentido de que los hechos se prueban en *cuanto sean jurídicos*, es decir, cuando figuran entre los presupuestos de la norma que ha de realizarse (en la prueba son sólo los hechos trascendentes), por otra no es justo decir que se prueban hechos jurídicos, en el sentido de que sea objeto de prueba no sólo la *existencia material* (materialidad), sino también la

79 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 21, pág. 104.

80 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 23, pág. 108.

81 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 24, pág. 111.

82 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 25, págs. 124-125.

*cualidad jurídica* de los hechos mismos, porque ésta, por resultar precisamente de la conformidad de los hechos (materiales) con las normas jurídicas, no es objeto de prueba sino de decisión<sup>83</sup>, o sea que, para CARNELUTTI, la calidad jurídica del hecho la deduce el juez en su decisión, aun cuando el testigo, y lo mismo puede decirse del perito y de la parte al confesar o redactar el documento, exponga su juicio en ese sentido, que resulta así inseparable de la existencia material del hecho.

El citado tratadista termina diciendo que “la prueba (testimonial) no rebasa así el campo de los hechos simples, como lo revela la reflexión de que el efecto del testimonio se limita siempre a la fijación de aquéllos y no a la de sus consecuencias jurídicas: si el testigo define mal el hecho que quiere representar, el juez aislará el hecho respecto del juicio y rectificará la definición”. Esta observación es aplicable a la confesión, pues “la llamada confesión de hechos jurídicos no es más que una confesión *abreviada o sintética* de hechos simples”, y el vínculo del juez se concreta “en el deber de considerar la existencia de un hecho (fijar un hecho) idéntico al presupuesto por la norma (inclusive si no existe) y no en el deber de considerar (también) la existencia de una norma idéntica a la afirmada (inclusive si no existe)”; lo que ocurre es que “un hecho capaz de producir consecuencias jurídicas se puede afirmar, tanto narrándolo en sus detalles, como indicándolo mediante su definición jurídica, o bien reconociéndolo mediante la indicación de su consecuencia jurídica”, pero siempre se estará afirmando el hecho<sup>84</sup>. De suerte que, para dicho autor, el juicio sobre el hecho, inclusive el de carácter jurídico, que es frecuente encontrar en testimonios, confesiones, documentos y dictámenes periciales, es inseparable del hecho sobre el cual recae, y no constituye por sí mismo objeto de prueba.

En el *Sistema*, CARNELUTTI reitera su punto de vista, pues dice: “Hay juicio, aun cuando la prueba sea directa, porque de lo que el juez percibe debe argüir si existe o no el hecho que se va a probar”<sup>85</sup>.

SCHÖNKE comparte este punto de vista, según se infiere del siguiente párrafo<sup>86</sup>: “Varios hechos independientes que formen un concepto, pueden ser objeto de prueba, si el juicio que ha de hacerse para ello es de gran simplicidad; así, por ejemplo, según el Tribunal Supremo, en el concepto de relaciones amorosas”; esto es, que el objeto de prueba lo forman los varios hechos y la calificación o juicio emitido sobre ellos. Sin embargo, considera como una excepción el caso del juicio jurídico cuando “consiste en la calificación de un hecho sirvien-

<sup>83</sup> CARNELUTTI: Ob. cit., núm. 27, págs. 130-133.

<sup>84</sup> CARNELUTTI: Ob. cit., núm. 27, págs. 133-137.

<sup>85</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. II, núm. 297, pág. 443.

<sup>86</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, páginas 201-202.

dose de un concepto jurídico generalmente conocido y en el caso concreto no ofrece dudas”, como cuando un objeto se dio en préstamo o en compraventa; pero desde el momento en que exige que no haya dudas sobre tal calificación, porque de lo contrario el juez debe averiguar “de qué hechos se ha deducido la consecuencia, y éstos son los que en caso necesario han de probarse”, está reconociendo que aun en esta hipótesis el juicio jurídico es inseparable de los hechos sobre los cuales recae, y es el juez quien define si lo acepta o no, según lo encuentre correcta o incorrectamente aplicado a tales hechos.

FLORIAN<sup>87</sup> afirma que la verdad aparece apelando a la lógica y a la psicología; y que la percepción del hecho no está separada del juicio, sino que la matiza, la define y la individualiza. “La narración misma de un hecho —dice este autor— no sólo se aprovecha de la memoria, sino que se sirve también de elementos lógicos de juicio”, para coordinar las percepciones recibidas, máxime cuando son situaciones ambiguas que implican reflexiones íntimas, y agrega: “Por eso, relatar es juzgar.” Sin embargo, observa que, no obstante las normas legales contenidas en algunos códigos, todos los días se hacen a los testigos preguntas que implican un juicio, y aun cuando se les debe interrogar sobre hechos, es imposible descartar los juicios sobre el modo de manifestarse los hechos, sus matices, su veracidad, la reproducción de la percepción que se ha tenido; pero a pesar de que no puede prescindirse del juicio subjetivo cuando se narran los hechos, “nadie intentará negar que el objeto de la prueba son hechos y estados, que pueden percibirse con las nociones de la vida y de la experiencia, y hechos y estados que no se pueden percibir sino mediante especiales conocimientos técnicos”<sup>88</sup>.

STEIN<sup>89</sup> afirma, en igual sentido: “La información que de hechos acaecidos suministre otro a quien no asistió al desarrollo de ellos, nunca puede separarse, o al menos frecuentemente, no puede separarse de un juicio acerca de ellos.”

También están de acuerdo en este punto STUART MILL y CROCE<sup>90</sup>. Según el primero, “sería absurdo decir que jamás se mezclan, tanto en nuestras observaciones como en el enunciado de sus resultados, las inferencias con los hechos”, pues “el narrador no cuenta lo que ha visto u oído, sino que la mayor parte de su relato consiste en inferencias, aunque todo lo refiere, no como inferencias, sino como un hecho”. Benedetto CROCE, por su parte, dice que percibir el hecho equivale a pensarlo y juzgarlo, aun tratándose de las más leves impresiones y los objetos más insignificantes.

<sup>87</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 25.

<sup>88</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 26.

<sup>89</sup> STEIN: Cita de FLORIAN: Ob. cit., núm. 25.

<sup>90</sup> STUART MILL: *Système de logique*, trad. francesa, t. II, págs. 354-355; CROCE: *La lógica*, Parte I, sec. II, cap. IV, y Parte IV, cap. III.

GUASP<sup>91</sup> acoge esta tesis, pues si bien considera que la cuestión de hecho corresponde a lo que existe en la realidad, advierte que no debe olvidarse que su declaración supone un juicio que, no obstante, no es objeto de operación probatoria.

BENTHAM considera que quien repite lo visto, generalmente pone de su parte un juicio<sup>92</sup>.

Nosotros conceptuamos que las dos primeras tesis, que llegan a los extremos opuestos, son evidentemente erróneas, aun cuando la segunda se aproxima a la realidad al considerar que además de los hechos existen los juicios sobre ellos; su error está en presumir que los últimos pueden ser objeto de prueba, como entes separados de tales hechos. Por esto adoptamos sin vacilaciones la tercera tendencia, que considera al juicio inseparable del hecho sobre el cual recae, pero sin que por esto deje de ser el segundo el objeto de la prueba.

La exclusión radical del juicio subjetivo sobre los hechos lleva a desconocer elementales normas de psicología y 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 practica una inspección judicial; en el proceso no queda el hecho, objeto o acontecimiento, sino la narración que de él hace una de tales personas. No puede excluirse el juicio subjetivo del objeto de la prueba judicial. 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; siempre que se expone un juicio sobre un 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.

En el núm. 41 veremos la cuestión de los juicios de derecho como objeto de la prueba judicial.

#### 40. 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 prueba. Así, FLORIAN<sup>93</sup> dice: "De ellos (los principios de la experiencia) puede hablarse, como objeto de prueba separado y peculiar, solamente en cuanto el perito y el testigo no los empleen cuando efectúan la observación de

<sup>91</sup> GUASP: *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, Edit. Bosch, páginas 12 y sigs.

<sup>92</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. II, pág. 252.

<sup>93</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 30.

la cosa", pues entonces el objeto de la prueba es la cosa. Considera que puede probarse el contenido de la regla de experiencia, con abstracción hecha del caso concreto, en forma general, como un criterio que subsiste y que es verdadero por sí mismo, aplicable al caso concreto, pero independiente de él. Su esfera es muy amplia y variable: desde la vida común hasta la disciplina de la ciencia, desde la vida social hasta el arte, las leyes naturales o científicas, sean las más triviales o las más complicadas. Cuando esos principios generales son conocidos de todos, su prueba resulta superflua; en cambio, los demás necesitan prueba y el medio normal para ello es el dictamen de peritos.

FLORIAN cita la siguiente definición de STEIN sobre estos principios o reglas de experiencia<sup>94</sup>: "Son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, y que han sido dadas por la experiencia, pero que valen por sí mismas (independientes) frente a los casos particulares, de cuya observación se deducen y que pretenden tener valor en relación con nuevos casos."

Cree encontrar una diferencia notable entre la prueba de hechos y la de principios de experiencia, y la hace consistir en esto: los resultados de la primera se dejan al libre examen del juez y generalmente contienen sólo elementos para opinar; los de la segunda tienen, frecuentemente, una vez comprobados, una virtud íntima propia, absoluta, en virtud de la cual deberían ser obligatorios para el juez, dado que se refieren a principios y leyes que rigen los hechos en abstracto.

También SCHÖNKE<sup>95</sup> acepta que las máximas de la experiencia o hechos generales, pueden ser objeto de prueba. Lo mismo SCHMIDT, POLLAR y COLLMANN, según cita de CARNELUTTI que trascribimos más adelante. Comparten esta opinión, en España, L. PRIETO CASTRO<sup>96</sup>, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>97</sup>.

En oposición a las opiniones de los anteriores autores están otros de no inferior jerarquía. FLORIAN mismo cita entre éstos a BENNECKE y BELLINO, para quienes esos principios de la experiencia se confunden con la cosa a que se aplican y no son objeto aparte de prueba, sino que "constituyen un momento en la operación espiritual que produce el silogismo. Son solamente un testimonio profesional. No se indagan en el proceso, sino que mediante ellos se indagan hechos. No necesitan abrirse paso, y se susstraen, por su naturaleza, a una comprobación conforme a la prueba procesal". También HEUSLER los excluye como objeto

<sup>94</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit núm. 30, nota 26.

<sup>95</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 203.

<sup>96</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, págs. 399-400.

<sup>97</sup> GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, pág. 240.

de prueba, pero por otras razones: a saber, porque la prueba procesal es sólo la histórica, que se refiere a hechos y no a principios<sup>98</sup>.

CARNELUTTI está de acuerdo con la segunda tesis, como se arguye del siguiente párrafo<sup>99</sup>: “Advierto aquí precisamente que el uso de la palabra *prueba* para el conocimiento de las *reglas de derecho* (y de las *reglas de experiencia: infra*, capítulo segundo) es no sólo *inoportuno* (*supra*, núm. 2, pág. 7, nota 5), sino, en rigor, impropio. Esta es la duda que suscitaré en torno a la sistematización de SCHMIDT, quien distingue, en el campo probatorio, la prueba de los hechos (*Beweis der Tatsachen*) y la prueba de las reglas de experiencia (*Beweis der Erfahrungssätze; ob. cit.*, núm. 52, págs. 337 y 342); y, sobre todo, a la de POLLAK, que contrapone, en el párrafo dedicado a la prueba, la búsqueda de la verdad (*Wahrheitsermittlung*) de las reglas de derecho y de experiencia a la de los hechos. Entiendo que se trata de una extensión desmesurada del concepto de prueba, del que se deben excluir los procesos de fijación de las reglas de derecho y de experiencia. Un intento muy interesante para aislar los hechos respecto de las reglas como objeto de la prueba, se encuentra ya en la vieja monografía de COLLMANN, *cit.*, cap. I, pág. 3 y siguientes.”

Más adelante, al tratar de “la fuente de prueba en sentido estricto”, toca de nuevo el punto y dice: “Ello significa que no constituyen objeto de la prueba histórica las entidades abstractas, como son las *reglas de experiencia* o de derecho: lo que se puede probar históricamente es el hecho de su función o de su afirmación, no la regla misma. No existe un testigo o un documento de la regla, porque la regla no puede ser percibida; existe tan sólo testigo o documento de su formación o de su afirmación.” Y concluye diciendo: “En este sentido, por tanto, si se quiere hablar de *prueba de las reglas*, en contraste con la prueba de los hechos (*supra*, núm. 18, pág. 18), debe ponerse en claro que la primera no pertenece a la prueba histórica; el perito podrá ser considerado también como fuente de prueba de las reglas, pero permanecerá siempre profundamente distinto del testigo”<sup>100</sup>.

Por consiguiente, para CARNELUTTI las reglas de experiencia no son objeto de prueba separadas de los hechos a que se aplican, y el perito o testigo que las utiliza apenas se sirve de ellas para conocer o explicar el hecho sobre el cual declara o conceptúa. En sus obras posteriores aparece más precisa, en este sentido, la opinión del maestro italiano, como puede inferirse de las referencias que trae AUGENTI en el “Apéndice” a la segunda edición de *La prueba civil*<sup>101</sup>. Según CARNELUTTI “el mecanismo de la prueba es idéntico para el indicio y para el testimonio, porque tanto uno como otro tienen necesidad de las reglas de

<sup>98</sup> Citas de FLORIAN: *Ob. cit.*, núm. 30, nota 27.

<sup>99</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit. núm. 9, nota 66.

<sup>100</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 20, págs. 102-103.

<sup>101</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., Apéndice, núm. XLII, pág. 255.

experiencia"; es decir, que éstas no son objeto de prueba, sino que se utilizan en la prueba de testigos o de indicios. En las *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>102</sup> dice que la regla de experiencia es empleada por el juez para utilizar la prueba cuando se trata de prueba histórica, o para *comprobarla* cuando se refiere a prueba crítica; lo cual significa que es un auxiliar para la apreciación de la prueba, y no objeto de ésta. El mismo concepto se encuentra en el *Sistema*<sup>103</sup>. En el último período de sus trabajos científicos, cuando introduce la distinción entre juicio y silogismo, "atribuyendo a este último una función tan sólo demostrativa y al primero una función inventiva", traslada la función de las reglas de experiencia "del plano de la formación del juicio al de su verificación y, por tanto, desde este punto de vista, se disipa la indicada diferencia entre prueba histórica y crítica. También respecto de la prueba crítica las reglas sirven más bien para comprobar, es decir, para razonar, para intuir"<sup>104</sup>. Se ve muy claro que para CARNELUTTI las reglas o los principios de la experiencia son utilizados por el juez para apreciar la prueba, para razonar sobre ella, y por el perito o testigo para razonar sobre los hechos objeto del dictamen o de su declaración, lo cual excluye que sean objeto de prueba independientemente de los hechos a que se aplican.

Para SILVA MELERO<sup>105</sup> las máximas de experiencia no se confunden con los hechos notorios; cuando forman parte de los conocimientos del hombre de mentalidad y cultura media, "cuando representan elementos y conocimientos prácticos, que acompañan necesariamente a la observación corriente de una persona, no necesitan ser sometidas a prueba", entre otras razones, "porque resultaría imposible cualquier juicio de subsunción de datos experimentales"; en cambio, cuando son conocimientos reservados a mentes de particular competencia, sin que su percepción pueda ser normalmente inmediata, "entonces parece indispensable el concurso de la prueba, bien por medio de la colaboración de peritos o por otras fuentes: tratados científicos o aportaciones de corporaciones o entidades científicas". Observa el citado autor español que estas "máximas de experiencia" se vinculan íntimamente a la llamada "prueba *prima facie* (*prima facie evidence*) del derecho anglosajón, aceptada también en la jurisprudencia alemana, que permite "la formación de una prueba sobre bases de circunstancias ostensibles, fácilmente perceptibles con carácter general", es decir, "interpretando el supuesto de hecho a decidir, a través de la experiencia y lo que suele ocurrir en la vida según el normal desenvolvimiento de las cosas, y

102 CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. II, págs. 417 y sigs.

103 CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 684.

104 AUGENTI: Apéndice a *La prueba civil*, XI,II, pág. 255.

105 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 57-62.



ello con fundamento precisamente en aquellas llamadas máximas de experiencia”.

Pese a que SILVA MELERO dice que estas máximas o reglas de experiencia están eximidas de prueba sólo cuando son del común conocimiento, y que requieren “el concurso de la prueba”, cuando corresponden a materias que exigen conocimientos especiales, creemos que no por ello las considera como objeto independiente de prueba en el segundo caso. Le damos importancia al hecho de que hable de “concurso de la prueba” y no de que sean objeto de ésta, pues entendemos que se refiere a que deben ser aportadas en el dictamen de peritos expertos, sobre el hecho objeto de la prueba, cuando exigen “mentes de particular competencia”, y entonces son apenas máximas o reglas que forman parte indivisible de la apreciación que por esos expertos se hace del hecho sometido a su dictamen. Por eso agrega a continuación: “Las máximas de experiencia, pues, sólo tienen valor en cuanto hayan alcanzado aquel carácter de generalidad, que elimina cualquier particular consideración. De lo contrario se vendría a contradecir el imperativo legal en materia de apreciación de la prueba en relación a los hechos, se introduciría un auténtico arbitrio y podría hacerse inútil cualquier *norma científica de valoración probatoria*.” Estas últimas palabras, puestas en cursiva por nosotros, no dejan duda acerca de que el citado autor español considera tales máximas como normas científicas para valorar el supuesto de hecho objeto de prueba, y no como objeto de prueba por sí mismas, cuando no pertenecen al conocimiento ordinario de las gentes, y como normas comunes de valoración de esos hechos, cuando pertenecen al conocimiento general en el medio social donde se aplican. Su concepto, por lo tanto, se identifica con el de CARNELUTTI, BENNECKE y BELLING.

AMARAL SANTOS<sup>106</sup> opina, en el mismo sentido, que las máximas de experiencia no exigen prueba.

Para ROSENBERG<sup>107</sup> las máximas de experiencia son elementos del juicio que sobre el hecho objeto de prueba se forma quien trata de relatarlo, conforme al siguiente párrafo: “También la reproducción de un acontecimiento tan simple como, por ejemplo, que un ciclista ha atropellado a un niño, es un juicio sobre hechos o uno de los llamados juicios que afirman hechos; es decir, una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.” Se deduce de esto que tales máximas no son aisladamente objeto de prueba, y así lo dice un poco antes: “La existencia de una máxima de experiencia, de una norma jurídica, es también un hecho en el sentido lógico; pero no es un hecho en el sentido del dere-

106 AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria*, ed. cit., t. I, núm. 98.

107 ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 210.

cho de prueba"<sup>108</sup>. Pero ROSENBERG estima que esos juicios, que en ocasiones se sirven de tales máximas, pueden ser objeto independiente de prueba, como vimos en el número anterior, tesis que no compartimos. En este punto el ilustre profesor de Munich, muerto sólo hace pocos años, se separa de los autores citados con anterioridad, pues éstos vinculan necesariamente tales juicios a los hechos a que se aplican.

Acogemos la segunda tesis, que ve en las máximas o reglas de experiencia no un objeto de prueba judicial, sino normas para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto, que se las explique, ni que se dictamine si tiene aplicación al caso concreto) o del experto o perito que conceptúa sobre los hechos del proceso e indirectamente del juez (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 de 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; la circunstancia de que en unos casos se requiera la explicación del técnico, no puede alterar su naturaleza de simples normas de criterio para el enteuamiento de los hechos; cuando el perito dictamina que ha existido determinada causa productora del efecto de hecho observado, que cierto hecho no se hubiera presentado sin determinada actividad humana, que existe una ley física que explica alguna circunstancia material, y cualquier otro caso similar, se vale para su conclusión de la máxima técnica de experiencia, pero el objeto de la prueba es el hecho o la realidad material o síquica analizada, y no esa regla que sólo constituye un elemento de juicio o de apreciación de aquél o aquélla, un fundamento de su conclusión, exactamente como lo es para la decisión del juez la regla común de experiencia.

Esas reglas o máximas le sirven al juez para rechazar 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, e, inclusive, el dictamen de peritos, cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque las conoce y sean comunes, o porque se las suministre el perito técnico. Pero no se trata de reglas estáticas e inmodificables, sino, por el contrario, sustancialmente variables, porque es propio de la evolución científica ir introduciendo nuevos principios y eliminando los que por ignorancia o error se consideraban antes como ciertos; esto ocurre con especial frecuencia en el campo de las ciencias naturales, en que las rectificaciones y los descubrimientos se presentan todos los días. Esas reglas sirven de apoyo a la crítica razonada de la prueba cuando es libre (en los países que han adoptado ese sistema,

<sup>108</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 209.

*cfr.*, núm. 27, j), y en forma más limitada donde apenas se han introducido restricciones a la tarifa legal, principalmente en la apreciación de la prueba de indicios, testimonios y peritos cuando no son verdaderos expertos en el punto. Naturalmente, cuando la prueba tiene señalado en la ley su valor de convicción de modo imperativo, le está vedado al juez negárselo con apoyo en esas máximas de experiencia, así le parezcan indudables; es otra de las absurdas consecuencias de la tarifa legal.

El testigo común, y con más frecuencia el experto, utilizan estas reglas o máximas en la elaboración del juicio, que inevitablemente se forman y explican al relatar los hechos que observaron; por la misma razón el perito no puede prescindir de ellas. El juez tampoco puede olvidarlas cuando aprecia la prueba de indicios, y solamente con su concurso podrá reconocerles a varios de ellos el mérito de formar suficiente convicción, o a uno solo la especial calidad de necesario, para constituir por sí mismo plena prueba. Esa calificación de indicio necesario y la capacidad indicadora de los no necesarios, según su conexión entre sí y con el hecho que se ha de probar, no pueden reconocerse sin el auxilio de las reglas de experiencia, pues de otra manera el juez no podría calificarlos. Su importancia en la apreciación del testimonio, la confesión y la inspección, es enorme. Como muy bien lo dicen BENNECKE y BELLING, en el proceso no se prueba qué máximas existen para aplicarlas al caso, sino que mediante ellas se indagan los hechos que han de servir para adoptar la decisión en derecho.

El argumento de FLORIAN de que la prueba de los hechos se deja al libre examen del juez y que la de los principios de experiencia debe ser obligatoria para éste, porque rigen los hechos en abstracto, no nos convence. Cuando se trate de dictamen de peritos, ello significaría que tal dictamen es obligatorio para el juzgador, si se fundamenta en máximas técnicas de experiencia; pero entonces ese valor de convicción se debe, no a éstas, sino a la reputación y competencia del perito, es decir, a la prueba pericial, aunque por ello no puede desconocerse que el objeto de tal prueba son los hechos sometidos a los expertos. Y cuando se trata de máximas comunes, no puede negársele al juez la libertad de apreciarlas, puesto que forman parte del criterio personal que debe aplicar a la valoración de los hechos y sus pruebas, y no es posible darles un carácter obligatorio independiente de esa apreciación subjetiva. Inclusive en sistemas regidos por la tarifa legal, para que la norma de experiencia resulte imperativa tendría que ser definida en un texto legal que le asignara a un mismo tiempo su valor probatorio, y entonces se convertiría en norma legal de fijación obligatoria y perdería su naturaleza de simple máxima de experiencia.

Así, pues, las normas de la experiencia son criterios de valoración de los hechos y forman parte de los juicios que sobre éstos es inevitable encontrar cuando son objeto de la prueba judicial. En este sentido

pueden incluirse los hechos del primer grupo o conductas, lo mismo que en los del segundo o hechos y circunstancias de la naturaleza y entre los estados o hechos síquicos, que se comprenden en la aceptación genérica de "hechos" como objeto de la prueba judicial, pero inseparablemente de éstos (*cfr.*, núms. 37-40).

Creemos que no se trata de aplicar el conocimiento personal del juez sobre los hechos que interesan al proceso, en el sentido que se le da al principio que niega tal facultad, tanto en lo civil como en lo penal. En efecto, este principio, sin duda fundamental para la seguridad de las partes y la eficacia del derecho de contradicción, sin el cual no existe verdadera justicia, prohíbe al juez poner como fundamento de su decisión hechos sobre los cuales no se haya llevado al proceso prueba con las formalidades legales, con el pretexto de que personalmente los conoce, porque las partes no tendrían oportunidad de ejercer sus defensas; en cambio, el juez utiliza las máximas de experiencia común para apreciar o valorar el elemento probatorio que existe en el proceso, es decir, respecto de hechos que han sido objeto de prueba con las garantías legales, y las de experiencia técnica mediante la prueba de expertos, oportuna y debidamente practicada.

Inclusive en la llamada *prima facie evidence* debe existir la prueba del hecho, y aquélla se aplica a su valoración; por ejemplo, ante la prueba del daño sufrido, se deduce la culpabilidad del demandado en virtud de que ésta resulta obvia por aplicación de una máxima común de experiencia, y sólo se exime de prueba específica la relación de causalidad y la autoría.

Por estas razones consideramos que las reglas o máximas de experiencia tienen aplicación en todos los países, cualquiera que sea el sistema procesal adoptado, con la salvedad de que encontrarán mayor campo de acción cuando exista libertad de apreciación por el juez del material probatorio; pero no resultarán excluidas del todo en los procedimientos regidos todavía por la tarifa legal. En Colombia o en España, y en la casi totalidad de los países en que predomina el sistema de la tarifa legal, tienen amplio campo de aplicación en la prueba testimonial, en la indiciaria, en la pericial y en la inspección judicial o examen directo de los hechos por el juez.

Entendidas así, resulta obvio que su aplicación no viola ninguno de los principios cuyo respeto exige SILVA MELERO<sup>109</sup>, para que puedan tener aplicación en el proceso español y por consiguiente en el colombiano: "1) prohibición de utilizar los conocimientos privados; 2) no oponerse al postulado de juzgar según lo alegado y probado; 3) no faltar a la congruencia; 4) no proceder judicialmente de oficio en el proceso civil; 5) no enfrentarse con el principio de que lo que no está en los autos no está en el mundo." El quinto en realidad está incluido

<sup>109</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., pág. 60.

en el primero; el cuarto se refiere principalmente a la iniciación del juicio, pero puede aplicarse también a la prohibición de practicar pruebas oficiosamente, salvo los casos excepcionales en que se autoriza, en los procedimientos que, como el colombiano, no han acogido todavía esa indispensable reforma (*cfr.*, núms. 21-24).

El carácter que las máximas de la experiencia tienen de ser reglas para la valoración o apreciación de los hechos, o para deducir de hechos conocidos o comprobados otros desconocidos y controvertidos, es reconocido, entre otros, por ROSENBERG<sup>110</sup>, SCHÖNKE<sup>111</sup>, MICHELI<sup>112</sup> y CARNELUTTI<sup>113</sup>. Es decir, sirven para la apreciación de la prueba indirecta, especialmente los indicios, pero también los testimonios, ya que ellas constituyen la premisa mayor del silogismo judicial, que le indica al juez, como observa CARNELUTTI, la concomitancia o la repugnancia del hecho afirmado en la premisa menor (el percibido por el juez), con el hecho que se ha de probar, para deducir si éste existe o no. De la mayor o menor seguridad de tales reglas de experiencia depende precisamente el mayor o menor fundamento de la conclusión y el mayor o menor grado de verosimilitud del hecho investigado por el juez, y cuantas menos excepciones admita la regla, habrá más posibilidades de acierto. Como explica AUGENTI<sup>114</sup>, el mecanismo de la prueba es, para CARNELUTTI, idéntico en el indicio y en el testimonio, porque ambos tienen necesidad de las reglas de experiencia; posteriormente señala que en la prueba crítica el juez se sirve de las reglas de experiencia para *utilizar* la prueba, mientras que en la prueba histórica se sirve de ellas, para *comprobarla*<sup>115</sup>; pero en sus últimos trabajos traslada la función de las reglas de experiencia “del plano de la formación del juicio al de su verificación y, por lo tanto, desde este punto de vista, se disipa la indicada diferencia entre prueba histórica y prueba crítica. También respecto de la prueba crítica las reglas sirven más bien para comprobar, es decir, para razonar, para intuir”. Creemos que esto significa excluirlas como objeto de prueba judicial, puesto que se trata de reglas lógicas que orientan el criterio para la valoración del material de hecho del proceso.

SCHÖNKE dice, en el mismo sentido, que “se habla de una presunción de hecho o presunción natural, cuando el juez, en virtud de las máximas de la experiencia, estima que se da el grado de probabilidad

<sup>110</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 211; pero no obstante dice que a veces son objeto de prueba.

<sup>111</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 205.

<sup>112</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 31, págs. 208-209, y número 49, pág. 302.

<sup>113</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 15, notas 107-108, págs. 65-66.

<sup>114</sup> Apéndice a *La prueba civil*, núm. XLII, pág. 255.

<sup>115</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. II, págs. 417 y sigs.; *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 684.

necesario para suponer como ocurrido un hecho, y con ello como realizada su prueba (prueba *prima facie*)"; pero, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de presunciones de derecho, "no se requiere una contraprueba para privar de su fuerza a esta prueba", pues queda desvirtuada si se demuestran hechos que hagan probable lo contrario, y entonces se aplican los principios corrientes sobre carga de la prueba<sup>116</sup>. Precisamente las presunciones de hecho no son más que principios de lógica y de experiencia para la apreciación de los hechos del proceso.

Por otra parte y como lo explica CARNELUTTI, "las reglas de experiencia sirven con gran frecuencia al juez para la integración de las normas jurídicas, cada vez que reclamen un precepto de la experiencia ordinaria o de la experiencia técnica"; así lo ha reconocido la doctrina alemana<sup>117</sup>. Entonces, aquéllas se convierten en parte de éstas, se presenta "una subsunción de la regla de experiencia en la norma jurídica", y se justifica en tales casos "la asimilación de la regla de experiencia por la regla jurídica, que domina la literatura alemana e impulsa a colocarla junto a ésta entre las premisas mayores de la sentencia". Desde este punto de vista tampoco se conciben tales reglas como objeto específico e independiente de prueba, sino como un criterio para la interpretación de las normas jurídicas.

Según STEIN, citado por CARNELUTTI, quien acepta su opinión, debe entenderse por reglas o máximas de experiencia "todas las reglas que sirven para la deducción de un hecho desconocido partiendo de un hecho conocido", sin que lo sean todas las que sirven para la integración de las normas jurídicas<sup>118</sup>; son tan variables, que su clasificación resulta imposible y su campo es más amplio que el de las leyes de causalidad, que con frecuencia se indican como el medio para deducir el hecho que se ha de probar de la fuente de prueba<sup>119</sup>.

Ahora bien, si las reglas de experiencia operan en ocasiones, como lo enseñan los autores citados, no sólo como criterio para la apreciación de la prueba indirecta, sino como presunciones de hecho u hombre, para inducir mediante ellas el hecho desconocido de otro comprobado o admitido por las partes, es evidente que influyen en el problema de la carga de la prueba, porque en virtud de ellas puede el juez cumplir su obligación de decidir, dando por probado ese hecho, sin necesidad de recurrir al criterio sucedáneo de la carga de la prueba, caso en el cual se habla, como hemos visto, de prueba *prima facie*; pero siempre

<sup>116</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 205.

<sup>117</sup> STEIN, SCHMIDT, HEGLER, HELLEWIG, ENDEMANN: Citas de CARNELUTTI: Ob. cit., nota 107.

<sup>118</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, ed. cit., pág. 205.

<sup>119</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. II, pág. 417.

que no se hayan aportado pruebas que hagan probable lo contrario<sup>120</sup>. Para que puedan producir este efecto, es decir, para que por sí solas den por probado el hecho, es indispensable que estén revestidas de suficiente seguridad, aunque no es necesario el concepto de expertos sobre ellas.

#### 41. 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 de derecho: *iura novit curia*<sup>121</sup>. CARNELUTTI<sup>122</sup> dice que este principio significa que la aplicación de la norma de derecho es “un problema de conocimiento del orden jurídico” por el juez, quien “no puede poner una norma que no exista, aunque la afirmen las partes, ni puede omitir una norma que exista, aunque ellas la callen”. Este punto de vista lo conduce a afirmar más adelante<sup>123</sup> que hablar de prueba de las reglas de derecho es un uso impropio de la palabra, porque no se prueban las “entidades abstractas” como son precisamente, tales reglas, sin exceptuar las consuetudinarias y extranjeras, para las cuales existe un mecanismo que puede parecerse al probatorio, pero que en realidad es diferente, porque se refiere al mecanismo lógico (proceso para inferir de la prueba la norma o el hecho) y no al jurídico (porque no se trata de reglas jurídicas que señalen el resultado de ese proceso lógico y que obliguen al juez a aplicar la norma consuetudinaria o extranjera cuya prueba se le aporta).

SILVA MELERO<sup>124</sup> acoge el concepto de CARNELUTTI, y dice que cuando se trata de costumbre o ley extranjera, no existe actividad probatoria en sentido estricto, “sino colaboración en una actividad que afecta exclusivamente al juez”.

Es evidente que la aplicación de las normas de derecho es un problema de conocimiento del orden jurídico; que ellas constituyen la *propositio mayor* del silogismo judicial, y que el juez no queda vinculado por las afirmadas y probadas por las partes. En este sentido hemos dicho que las alegaciones de derecho no son actos jurídicos procesales, porque no producen efecto jurídico, ya que el juez puede sepa-

<sup>120</sup> SCHÖNKE y CARNELUTTI: Citas anteriores; MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 31, pág. 210 y núm. 49, pág. 402.

<sup>121</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núms. 8, 33, 34 y t. II, núms. 839 y 492; *Nociones generales de derecho procesal civil*, edit. Aguilar, Madrid, núms. 10-13 y 21.

<sup>122</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 2, págs. 5-7.

<sup>123</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 9, nota 66, y núm. 20, páginas 102-103.

<sup>124</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, págs. 62 y 63.

rarse totalmente de ellas<sup>125</sup>. Pero ¿significa esto que tales normas no pueden ser objeto de prueba judicial, como lo afirma CARNELUTTI?

Existe una diferencia fundamental entre la actividad de las partes en relación al material de hecho o a la cuestión de puro derecho; la primera está principalmente a cargo de ellas (pudiendo corresponderle simultáneamente al juez, en los procesos inquisitivos, y en menor grado cuando existe un sistema dispositivo atenuado, como el colombiano o el español, *cfr.*, núms. 22-24), y la segunda corresponde fundamentalmente al juez, aunque las partes no estén excluidas; pero, como bien lo observa CARNELUTTI, no se trata entonces de una actividad decisiva, sino subsidiaria o de simple *auxilio* a la función de búsqueda del juez. Sin embargo, no creemos que esa importante diferencia conduzca a la exclusión de la norma jurídica como objeto posible de prueba judicial, pues si bien las entidades abstractas no pueden ser objeto de prueba, cuando la investigación se refiere "a la existencia y al contenido de la norma jurídica, no ya a su interpretación", nada se opone a que sea objeto de prueba judicial, como ocurre con el derecho consuetudinario y extranjero, porque "respecto a la prueba, no se contraponen los hechos y las normas jurídicas, pues éstas también son hechos y, por tanto, pueden ser objeto de prueba", desde un punto de vista abstracto, a menos que exista expresa en el derecho escrito, como explica FLORIAN<sup>126</sup>.

La doctrina francesa asimila por lo común la prueba de la norma extranjera y consuetudinaria a la de los hechos<sup>127</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 la norma jurídica, especialmente la consuetudinaria y extranjera, y otra muy diferente la de que desde un punto de vista abstracto no puedan ser objeto de prueba judicial, es decir, que no sea posible aducir pruebas acerca de esa norma. Lo contrario es confundir el objeto con el tema o la necesidad de la prueba.

Cuando la ley nacional exige la prueba de la ley extranjera y de la costumbre por la parte que las alegue, no puede dudarse de que sean objeto de prueba, e inclusive, tema de prueba en ese proceso, como más adelante veremos (*cfr.*, núm. 45); cuando su prueba no es necesaria, porque el juez está obligado a investigarlas por cualquier medio procesal o extraprocesal, también pueden ser objeto de prueba, si las partes así lo desean, como las leyes nacionales y las normas locales de las diversas entidades de derecho público en que suele dividirse el

<sup>125</sup> DEVIS ECHANDIA: *Tratado*, t. III, núm. 362 y *Noiones generales*, núm. 204.

<sup>126</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 31 y 32.

<sup>127</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Les obligations*, 2ª ed., III, núm. 2055, pág. 399, notas 2 y 3; CARSONNET: *Trattato teorico e pratico di processo civile*, trad. italiana, II, núm. 691, nota 1, pág. 541; citas de CARNELUTTI: *Ob.* y núms. citados.



Estado (municipios, departamentos, etc.). La norma jurídica adquiere una realidad concreta cuando se trata de aplicarla en un proceso: su existencia como obligatoria en el territorio nacional o seccional, independientemente de su interpretación por el juez; y esa existencia se debe a actos o conductas humanas (el haberse aprobado como norma escrita por una corporación legislativa, o decretado por un órgano ejecutivo, o haberse revocado por un acto similar posterior; el estar aceptada y haberse practicado en la respectiva colectividad, en forma consuetudinaria), y, por lo tanto, está incluida en la primera acepción del término general "hechos" como objeto de prueba (*cfr.*, núm. 37).

Es verdad que cuando la ley no exige la prueba de la norma jurídica, la actividad de las partes para demostrarla es en realidad una simple colaboración o un auxilio a la función procesal del juez, y por ello basta probar los hechos para que resulte determinada la norma jurídica que el funcionario debe aplicar, sea que la conozca o que necesite investigar su existencia; sólo en este sentido es cierta la frase de BONNIER: "Cuando se habla de la teoría de las pruebas, no se entiende que se trata de la prueba del derecho"<sup>128</sup>. Pero no por eso dejan de ser pruebas las aportadas voluntariamente con ese fin (documentos, declaraciones de testigos, dictámenes de peritos); es lo mismo que ocurre cuando la parte favorecida por una presunción legal o por la confesión o la aceptación del hecho por su contrario, aduce sin embargo pruebas, en un afán excesivo de seguridad. Que un hecho o una norma no requieran prueba, no significa que desde un punto de vista abstracto no puedan ser objeto de ésta. Si se tiene un concepto claro de estos dos aspectos de la prueba judicial; objeto y necesidad o tema, ninguna dificultad puede encontrarse para admitir esta conclusión. La mayoría de los autores aceptan que las normas jurídicas pueden ser objeto de prueba, especialmente cuando son extranjeras y consuetudinarias, como veremos al tratar del tema de la prueba.

En el núm. 45 estudiaremos cuándo las reglas de derecho necesitan prueba, o sea, cuándo forman parte del tema de prueba en el proceso.

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

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

<sup>128</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 31, pág. 10.

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 (*cfr.*, núm. 37). Pero vimos también (*cfr.*, núm. 39) que es imposible separar de los "hechos" el juicio que sobre ellos tengan las personas que los hayan percibido y quienes reciben el relato de aquéllas; 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<sup>129</sup>, 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 por sí misma constituya objeto de la prueba, como no lo constituyen los demás juicios, por las razones ya expuestas (*cfr.*, núm. 41).

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.

SILVA MELERO<sup>130</sup> explica muy bien la dificultad que existe para una clasificación rigurosa de las cuestiones de hecho y de derecho, que reviste un carácter de ficción o formulismo. Se ha dicho que es de derecho la cuestión que contempla fundamentalmente la aplicación concreta de normas, y de hecho la que se refiere a la fijación material o física de hechos materiales; pero aquella aplicación es inseparable de los hechos, y acabamos de ver cómo en muchas ocasiones sirve para identificarlos, porque quien afirma que ha existido un préstamo o una compraventa, está tácitamente aplicando las normas legales que determinan lo que se entiende por lo uno o lo otro. WACH<sup>131</sup> dijo que "la cuestión de hecho sólo se podía definir de un modo negativo", o sea, lo que no exige una operación jurídica o la aplicación de una norma de derecho porque si lo requiere es cuestión de derecho; pero a esto se aplica la objeción anterior, a saber, que en muchos casos es inseparable la operación jurídica de la identificación del hecho.

GUASP<sup>132</sup> advierte la imposibilidad de separar radicalmente las dos cuestiones, porque no siempre existen normas jurídicas puras y hechos puros, sino que, por el contrario, se entrecruzan o mezclan frecuentemente. Por ello es partidario del concepto tradicional de que hecho es lo que existe en la realidad, sin que por esto deje de ser cierto que su

<sup>129</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 202.

<sup>130</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., págs. 51-53.

<sup>131</sup> WACH: Cita de SILVA MELERO: *Ob. cit.*, pág. 51.

<sup>132</sup> GUASP: *Jueces y hechos en el proceso civil*, Barcelona, Edit. Bosch, páginas 12 y sigs.

apreciación y explicación supone un juicio. Pero ese juicio, que puede ser jurídico, no es objeto de prueba judicial sino en cuanto recae sobre los hechos, e inseparablemente de éstos.

Creemos que sólo existen cuestiones de puro derecho, cuando se trata de principios o máximas abstractas, que no son objeto de prueba judicial; pero en el campo probatorio procesal no es posible separar los conceptos jurídicos de las cuestiones de mero hecho, para decir que no pueden ser objeto concreto de prueba. Sin embargo, es indispensable tener en cuenta que los hechos pueden ser objeto de prueba aislados de toda consideración jurídica, mientras que las cuestiones de derecho sólo pueden ser materia de la prueba judicial en cuanto se aplican a los hechos para identificarlos o calificarlos en el proceso y no aisladas de éstos.

A fin de distinguir entre hechos y cuestión de derecho, en el sentido de que ésta no requiere o necesita prueba, es decir, no forma parte del *thema probandum*, es mejor hablar de normas o reglas jurídicas o de derecho; así no queda duda acerca de que se trata de los principios jurídicos abstractos que forman el derecho positivo y que el juez debe aplicar oficiosamente: *iura novit curia*.

## CAPÍTULO VIII

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

#### 43. Qué debe entenderse por tema o necesidad de 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, e igualmente expusimos los errores que suelen cometerse por falta de una noción exacta de estas tres cuestiones fundamentales en la teoría de la prueba judicial. Vimos allí que es objeto de prueba, desde un punto de vista general o abstracto, 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 o 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 necesita prueba sólo aquello que interesa al respectivo proceso, por constituir los hechos (en sentido genérico, *cfr.* núm. 37) sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada, sin cuya demostración no puede pronunciarse la sentencia ni las decisiones interlocutorias que la preceden.

Al paso que el objeto de la prueba judicial es una noción *objetiva y abstracta*, porque no contempla los problemas de cada proceso, ni la posición de las partes frente a los distintos hechos, el tema o necesidad de prueba es una noción *objetiva y concreta*: lo primero, porque comprende en general los hechos que dehen ser materia de prueba, sin tener en cuenta a quiéu corresponde suministrarla; lo segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos (los que en cada proceso dehen probarse), entre los que en número casi ilimitado pueden servir de objeto de prueba judicial desde un punto de vista abstracto.

No se debe confundir tampoco con la noción de *carga de la prueba*, porque ésta determina qué hechos, entre los que forman el *thema pro-*

*bandum* en un proceso, le interesa probar a cada parte, y es por lo tanto una noción subjetiva, más restringida aún y que sirve de suceso de la prueba, en cuanto 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 de objeto responde a la pregunta: *qué podría probarse*; la noción de tema o necesidad de prueba plantea la pregunta: *qué se debe probar en este proceso*; la de la carga de la prueba: *quién tiene interés en probar y cómo se decide a falta de prueba*.

Remitimos a nuestros lectores a lo expuesto en el número 33, sobre estas tres nociones, y al capítulo XVII, sobre la última.

En el número 35 vimos que mientras CHIOVENDA, LESSONA, MICHELI y JOAO DE CASTRO MENDES confunden las nociones de objeto y tema o necesidad de prueba, la mayoría de los autores europeos y americanos las distinguen adecuadamente; allí puede consultarse el concepto que sobre la segunda existe en la doctrina.

Damos la siguiente definición de tema o necesidad de prueba, también llamada obligatoriedad de la prueba: *Es el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados*<sup>1</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, debe considerarlos ciertos el juez, sin necesidad de prueba, por cualquier razón legal, o que su prueba es imposible o está prohibida por la ley. En los números siguientes veremos cuáles son estos últimos.

ROSENBERG observa<sup>2</sup> que la necesidad de la prueba "se presenta según distintos presupuestos en un procedimiento con principio de disposición y en uno con principio inquisitivo", y que en el primero regula la conducta de las partes en amplia medida. Nos separamos en esto del ilustre profesor alemán, porque en el proceso inquisitivo se aplica la noción de idéntica manera que en el dispositivo, por dos razones elementales: a) se contempla la necesidad de la prueba objetivamente y no respecto a la parte que esté obligada a suministrarla, de manera

<sup>1</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 80, págs. 488-489; ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 205; KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 211; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 340; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 171.

<sup>2</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 213.

que nada importa la posibilidad de su práctica oficiosa, sino que, por el contrario, esto significa que existía tal necesidad, o el juez no hubiera procedido a obtener su prueba; b) la necesidad de probar pesa por igual sobre las partes y el juez. La diferencia anotada por ROSENBERG existe solamente en la carga de la prueba, pero ésta conserva su importancia en el proceso inquisitivo, ante la posibilidad de que el funcionario deje de investigar por su cuenta por olvido, error o desidia (*cfr.*, núms. 126 y 127).

#### 44. 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 de hecho afirmado, aceptado y discutido o controvertido, o simplemente negado (que erróneamente mezclan algunos autores con el objeto de la prueba judicial; *cfr.*, núm. 35), de notoriedad, de negaciones, de hechos imposibles, lo mismo que la determinación de si las normas jurídicas nacionales o 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, que no esté eximido de prueba por la ley. Las dificultades aparecen cuando se pretende precisar cuáles son los hechos que gozan de esta exención probatoria.

¿Qué hechos constituyen ese presupuesto fáctico, en cada proceso?

En el proceso voluntario, lo constituyen todos los invocados por las partes inicialmente o durante su trámite, o que implícitamente sirven de fundamento a las peticiones que se formulan al juez. La circunstancia de no existir (al menos inicialmente) choque 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 contencioso la situación es muy diferente. Aquí surgen dos nociones importantes: *afirmación y controversia* o *discusión del hecho*, que delimitan el tema de prueba, y, además, el principio de la *preclusión*.

Según CARNELUTTI<sup>3</sup>, "la afirmación de un hecho es la *posición de éste como presupuesto* de la demanda dirigida al juez"; es la afirmación de su existencia material (en sentido amplio, que incluye la realidad síquica y el juicio que sobre el hecho se tenga; *cfr.*, núms. 37 y 39). La palabra "demanda" debe tomarse en sentido genérico, esto es, como cualquier petición, inclusive la del demandado, para que se declare su

<sup>3</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 3, pág. 7.

excepción. Esto significa que, como regla general, para que un hecho necesite prueba y forme parte del tema de prueba en un proceso civil, es indispensable su afirmación por alguna de las partes, en el momento y con las formalidades establecidas en la ley procesal (excepto cuando son hechos accesorios o secundarios); principio que no pierde eficacia en el sistema inquisitivo, porque la actividad probatoria oficiosa del juez está dirigida a convencerse de la verdad de los hechos afirmados, y nada tiene que ver con los sistemas de tarifa legal o libre apreciación de las pruebas.

Esa 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) delimita 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>4</sup>. En este sentido suele hablarse de "poder de disposición de las partes sobre el material del hecho" del juicio 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; *cfr.*, núm. 22). No obstante, 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; 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 y no se necesitan 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, a menos que la ley excluya la prueba de confesión o le prohíba confesar a una de ellas<sup>5</sup>.

Desde este punto de vista puede hablarse de *carga de la afirmación*<sup>6</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 el juez no puede tenerlos en cuenta, aun cuando aparezcan probados, y también de *determinación del tema de prueba* por la afirmación de hechos. Se dice que el hecho no afirmado es inexistente para los fines del proceso (a menos que sea secundario o accesorio).

<sup>4</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 3, pág. 9.

<sup>5</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. II, pág. 449; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 340-341.

<sup>6</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 3, pág. 14.

Con todo, esta carga de la afirmación no se aplica rigurosamente al momento de la demanda o 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 ella y exigir, en cambio, que los primeros aparezcan en el libelo<sup>7</sup>; 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 perentorias no propuestas pero probadas (salvo las de prescripción y compensación), queda prácticamente eliminada. En el sistema colombiano puede decirse que la presentación o solicitud de pruebas, por cualquiera de las partes, sobre los hechos accesorios que fundamentan las peticiones de la demanda y todos los que configuran excepciones, significa su alegación oportuna; cuando el juez las practique de oficio, no existe alegación implícita y sólo cabe hablar de que la prueba suplía su afirmación.

Pero si bien la afirmación de hechos, 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, a menos que se requiera prueba distinta de confesión y exceptuando los que por otros motivos estén exentos de prueba. Ya dijimos que la afirmación conjunta o acorde del hecho o la admisión posterior de la parte contraria, sea expresa o tácita (ésta cuando la ley la consagra por el silencio de esa parte), produce el efecto de obligar al juez a tenerlo como cierto, sin necesidad de más prueba, siempre que la ley no exija alguna solemnidad o excluya la confesión. En cambio, si el hecho afirmado por una parte es negado por la otra o simplemente no es admitido (cuando la ley procesal no exija su rechazo expreso, ni le dé al silencio el efecto de una admisión tácita), queda definitivamente determinada la obligatoriedad o necesidad de su prueba, a menos que ésta se excluya por otras razones; lo mismo ocurre cuando a pesar de la admisión se exija por la ley un modo diferente de prueba. Se habla entonces de hecho discutido o controvertido, como *tema concreto de prueba*<sup>8</sup>.

Sin embargo, no aceptamos la tesis de que cuando existe admisión,

<sup>7</sup> DEVIS ECHANDIA: *Tratado*, t. III, núms. 388 y 457; *Nociones generales de derecho procesal civil*, núms. 226 y 253.

<sup>8</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, páginas 177 y 417; CABNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núms. 3-4; ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, págs. 213 y 217; GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., págs. 340 y 341; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, ed. cit., págs. 449 y 450; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 187.



expresa o tácita no nos hallamos en presencia de una prueba del hecho<sup>9</sup>. Para llegar a esta conclusión es indispensable distinguir entre admisión y confesión, ya que la última es indudablemente un medio de prueba. Precisamente CARNELUTTI ensaya esta distinción<sup>10</sup>, y dice: "El elemento común a las dos figuras es la afirmación de un hecho puesto como fundamento de la demanda contraria; el elemento diferenciativo consiste en la posición del hecho mismo como presupuesto de la demanda propia, el cual se encuentra en la admisión y no en la confesión." La diferencia anotada por CARNELUTTI no existe en realidad. En ocasiones quien admite el hecho afirmado por el contrario tiene interés en su existencia como fundamento de su propia causa (pretensión o excepción), como él observa, pero en muchas otras la admisión se produce sin tal interés, a pesar de ser desfavorable, ante la evidencia de él, o por lealtad procesal o buena fe; quien confiesa un hecho puede hacerlo por el respeto al juramento o el temor de la pena en caso de perjurio, no obstante serle perjudicial, pero ocurre también que hay confesiones espontáneas. 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 por la parte contraria es necesaria en la admisión pero no en la confesión, y en que aquélla puede ser favorable al admitente y ésta es siempre desfavorable al confesante. Al tratar de la confesión ampliaremos esta comparación (*cf.*, núm. 156).

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"<sup>11</sup>; *non bis in idem*); sólo 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 como tema de prueba, en cuanto aparece la necesidad de probarlo, al precluir la etapa inicial 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 producirán los efectos normales de la admisión y el desacuerdo representará un punto de derecho que corresponde al juez resolverlo<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núms. 3-4; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, páginas 340-341.

<sup>10</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 3, nota 8.

<sup>11</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 168, pág. 210.

<sup>12</sup> ROCCO: *Treatato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 177; CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, t. II, pág. 306; MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 80, pág. 485.

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 por otros actos se deduzca su intención evidente de rechazarlo, o que no se trate de hecho propio o de su conocimiento, como ocurre en el proceso civil alemán<sup>13</sup>; también hay admisión tácita en la no contestación de la demanda, cuando la ley dispone que en tal caso se debe pronunciar sentencia favorable al actor (siempre que se cumplan los presupuestos procesales), como ocurre en Colombia en los procesos sobre restitución de la tenencia por el arrendatario, en los posesorios y en los de rendición de cuentas.

Por último, 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 voluntario) y que su prueba sea posible y no esté prohibida por la ley, ni eximida. Esto se deduce de la noción misma del tema de prueba y de su definición; si el hecho es totalmente ajeno al presupuesto fáctico del proceso, no puede formar parte del tema de prueba, porque no existirá necesidad alguna de probarlo; si es absolutamente imposible su prueba, no será materia de ésta, a pesar de su afirmación, bien sea porque la imposibilidad esté en su existencia misma o porque se refiera a su prueba (ejemplo del segundo caso son la prueba procesal de la existencia de Dios y del alma o espíritu del hombre, no obstante que se acepte su existencia); si la ley prohíbe su prueba, por razones de moral u orden público o de protección a la familia, no puede aceptarse ni practicarse ninguna; si la ley exime su prueba, por consagrar una presunción o por su condición de notorio o de negación indefinida u otra causa, no existe necesidad de llevar ninguna para acreditarlo. Estas nociones delimitan el alcance del derecho subjetivo de probar (*cfr.*, núm. 12).

Pero que esté exento de prueba un hecho, no significa que las partes no puedan solicitar y hacer practicar en relación al mismo las que quieran, si son pertinentes y posibles, salvo que, por inútiles, la ley autorice al juez para rechazarlo.

Posteriormente estudiaremos con mayor detenimiento estas nociones (*cfr.*, núms. 94-98).

Resumiendo, puede decirse que el tema de prueba, en cada proceso, está formado por los hechos principales que constituyen el presupuesto de las normas jurídicas aplicables a las pretensiones y excepciones del demandante y demandado, que sean oportunamente afirmados, lo mismo que por los accesorios relacionados con aquéllos y los que sin haberse afirmado constituyan excepciones (lo último, en el sistema procesal que permita la declaración oficiosa de éstas, desde que aparezcan pro-

<sup>13</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 217-218.

badas, como sucede en Colombia), cuando su prueba no está exenta ni prohibida ni sea imposible, siempre que no exista acuerdo inicial, expreso o tácito (el segundo cuando la ley lo presuma) de las partes sobre ellos (en cuanto los admitidos por ambas se consideran snficientemente probados) o que a pesar de ese acuerdo la ley exija nn medio distinto de confesión, o niegue la facultad de confesar a alguna de ellas.

#### 45. Las normas jurídicas como tema de prueba judicial (cuándo hay necesidad de probarlas)

En el número 41 explicamos por qué desde un punto de vista abstracto las normas jurídicas pueden ser objeto de prueba judicial, en cuanto a su existencia en un Estado o territorio seccional, sin que esto signifique que sean necesariamente parte del tema de prueba. Una cosa es que pueda producirse prueba judicial para establecer que exista la norma (copias de la 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 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 pueden ser tema de prueba.

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. CARNELUTTI lo manifiesta así, y llega a equiparar a normas jurídicas los contratos colectivos de trabajo, debido al interés general que en ellos radica<sup>14</sup>, concepto este que no compartimos, porque el carácter de colectivos no les suprime su origen contractual; CHIOVENDA sostiene que sólo han de probarse las normas extranjeras, y que aun en este caso el juez puede valerse de su conocimiento privado; lo que indica que con mayor razón puede utilizarlo para las normas nacionales locales<sup>15</sup>; MICHELI<sup>16</sup> dice que si las

<sup>14</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. II, núm. 161, letra H.

<sup>15</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 282; *Instituciones de derecho procesal civil*, ob. cit., núm. 323.

<sup>16</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, páginas 127 y 128.

normas jurídicas locales están publicadas en colecciones oficiales, el juez tiene el deber de conocerlas, y que, en caso contrario, dispone del poder de enterarse de su existencia oficiosamente; ROSENBERG<sup>17</sup> opina que el principio *jura novit curia* no se aplica cuando se trata de derecho extranjero, es decir, "que no rija en parte alguna del Estado o Estados para los que ha sido designado el tribunal de conocimiento", y estima que el juez puede utilizar otras fuentes de conocimiento, distintas de las pruebas aportadas por las partes; SCHÖNKE<sup>18</sup> considera que las normas jurídicas no son objeto de prueba, excepto el derecho extranjero, el consuetudinario y los estatutos de fundaciones de personas jurídicas (de manera que las nacionales locales no quedan incluidas en la excepción), pero en estos casos el juez tiene libertad para su conocimiento; KISCH<sup>19</sup> expresa que los jueces deben conocer "el derecho positivo" nacional, de modo que incluye las normas locales; ARAGONESSES<sup>20</sup> dice que el principio que impone al juez el deber de conocer las normas jurídicas, "tratándose del derecho escrito de un país, no tiene excepción alguna"; SILVA MELERO<sup>21</sup> habla de prueba sólo para "el derecho extranjero"; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>22</sup> y CLARO SOLAR<sup>23</sup> exigen la prueba sólo para el "derecho extranjero"; PLANIOL y RIPERT<sup>24</sup> hablan de prueba sólo para la ley o el uso local extranjero; ANTONIO ROCHA<sup>25</sup> dice que al juzgador le corresponde saber y aplicar la regla de derecho, salvo la costumbre y la ley extranjera. De la misma opinión son GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>26</sup>.

En contra de la opinión general están GUASP<sup>27</sup>, quien, sin embargo, expresa que la tesis "suscita, en cuanto a su fundamento, graves dudas", ALZATE NOREÑA<sup>28</sup> y L. PRIETO CASTRO<sup>29</sup>.

17 ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, págs. 212 y 213.

18 SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 202.

19 KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 200.

20 ARAGONESSES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 495.

21 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 63.

22 ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 464.

23 CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, pág. 057.

24 PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 752.

25 ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, Edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 14.

26 GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, pág. 241.

27 GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 343.

28 ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 88.

29 L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Revista de derecho privado, 1964, pág. 400.

Nosotros adoptamos la primera tesis, que exime de prueba toda norma o regla de derecho nacional, rija o no en todo el territorio y provengan 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 (que es ya un argumento importante), 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 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 para las leyes extranjeras y la costumbre en las doctrinas italiana y alemana, sólo puede tener naturaleza de simple colaboración; las partes tienen el derecho a probar no sólo los hechos, sino las normas de derecho, si así lo desean, pero sólo la carga de suministrar la prueba de aquéllos, cuando son el presupuesto para la aplicación a su favor de una norma jurídica. Cuando, como sucede en Colombia, no exista ley que exija esa prueba, debe entenderse que rige el principio fundamental que le impone al juez el deber de procurar conocer las normas de derecho y de aplicar las que conozca y considere pertinentes: *jura novit curia*.

Cuando se dice que las normas de derecho o normas jurídicas nacionales están exentas de prueba, 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.

La jurisprudencia colombiana ha exigido por lo general la prueba de las normas seccionales (departamentales y municipales, ordenanzas y acuerdos), por estimar que no se trata de verdaderas leyes<sup>30</sup>. Es una doctrina equivocada, que tiene por fundamento una noción restringida de la norma jurídica y la creencia de que al juez le corresponde aplicar oficiosamente sólo la ley nacional del Estado y no, como enseña la doctrina, las normas jurídicas nacionales.

c) NORMAS CONSUETUDINARIAS NACIONALES. La necesidad de la prueba procesal de la 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.

En el primer supuesto, si el legislador exige la prueba de la costumbre por los medios y formalidades procesales que rigen para los hechos, se produce una asimilación de la costumbre a conductas o actos

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 15 junio 1938, "G. J.", t. XLVI, núms. 1935-1936, pág. 744.

humanos, es decir, a hechos en un sentido lato (*cfr.*, núm. 37) y no puede existir duda acerca de que forma parte del tema probatorio en el proceso en que una de las partes la invoque; si, en cambio, exime su prueba, la considera similar a las normas legales y el juez deberá averiguarla e interpretarla oficiosamente, sin circunscribirse a las etapas y formalidades probatorias del proceso. Existe una modalidad del primer caso, cuando se exige la prueba pero se autoriza al juez para producirla de oficio, con las ritualidades procesales de medios, oportunidad, publicidad y controversia (facultad inquisitiva sujeta a las formas procesales).

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; es decir, debe aceptar su verificación y aplicación oficiosa por el juez.

CARNELUTTI<sup>31</sup> reconoce que en ocasiones se requiere cierta actividad procesal para hacer conocer del juez la costumbre nacional, pero considera que se trata de un mecanismo cuya semejanza con el probatorio es más aparente que real, porque se limita al aspecto lógico (proceso para inferir de la prueba la norma o el hecho) y no se extiende al jurídico, o sea, a las reglas jurídicas que señalan los resultados de ese proceso lógico dentro de determinados esquemas (el juez no queda vinculado a las mismas reglas cuando fija el hecho o la norma consuetudinaria); sostiene, además, que la actividad de las partes, cuando prueban la costumbre, no es decisiva, sino subsidiaria, de simple auxilio a la función de búsqueda del juez, quien debe gozar de facultades inquisitivas al respecto. En otro lugar dice: "Los hechos constitutivos de la ley y de la costumbre no son hechos del litigio, sino que se hallan fuera del litigio", por lo cual obtener los medios para conocerlos es, para el juez, una simple "*facultad procesal*"<sup>32</sup>. Esta tesis es inobjetable, no sólo para los sistemas legislativos que, como el alemán, permiten al juez aplicar la norma consuetudinaria sin necesidad de que se aduzca prueba de ella con las formalidades exigidas para los hechos, es decir, con libertad para adquirir su conocimiento por cualquier medio y en todo momento, sino cuando la ley guarda silencio al respecto, porque entonces no hay razón para exigir la prueba con la ritualidad que sólo para hechos se requiere, ya que al fin y al cabo se trata de aplicar normas de derecho. Tal debería ser la política legislativa en todos los países y para procesos de cualquier naturaleza.

También FLORIAN<sup>33</sup> considera que cuando se necesite probar la

<sup>31</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núms. 2, 9, nota 66, y núm. 20, págs. 5-7, 102-103.

<sup>32</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 419; *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, pág. 204; citas de ARGENTI: En Apéndice de *La prueba civil*, t. II, pág. 214.

<sup>33</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 31-32.

costumbre nacional debe existir libertad probatoria, sin someterla a la ritualidad exigida para los hechos; cita las leyes procesales austríaca y alemana, vigentes a principios de este siglo, conforme a las cuales se exigía la prueba de la costumbre (como de los estatutos no legales) sólo en cuanto no fuera conocida por el juez y pudiendo éste practicarla de oficio y por cualquier medio, de modo que no imponían la carga de la prueba a las partes.

CHIOVENDA opina que, si bien el juez no está obligado a conocer las normas consuetudinarias y extranjeras, "puede valerse de su conocimiento privado, cuando lo posea", para aplicarlas, y que no es indispensable la prueba formal<sup>34</sup>.

MICHELÍ<sup>35</sup> reconoce que la doctrina más reciente le otorga al juez un amplio poder instructorio para la investigación del derecho consuetudinario y extranjero, y que la labor de las partes es de simple colaboración, aunque no puede desconocerse que están facultadas para aducir pruebas, libremente valorables por el juez.

WACH<sup>36</sup> habla del poder del juez para enterarse de la norma jurídica, conexo a un "deber de declaración de certeza", que tiene su justificación respecto del derecho extranjero, en la referencia contenida en la *lex fori*; no es un deber de conocer el derecho extranjero, sino de hacer lo posible por conocerlo.

ROSENBERG<sup>37</sup> opina que, si bien el derecho que no rige en parte alguna del Estado y el consuetudinario pueden ser objeto de prueba, cuando son desconocidos por el tribunal, éste debe indagarlos de oficio, utilizando cualquier fuente de conocimiento; lo cual significa que, en definitiva, no es necesaria su prueba por las partes. En el mismo sentido se expresan SCHÖNKE<sup>38</sup>, quien aclara que el juez no necesita limitarse a los medios de prueba en sentido técnico, y KISCH, quien opina que los jueces deben conocer el derecho positivo nacional, sin excluir la costumbre<sup>39</sup>.

En sentido contrario, SILVA MELERO<sup>40</sup> observa que en materia de costumbre hay que distinguir la *opinio iuris necessitatis* y los hechos que constituyen el sustrato material, y que, por lo tanto, existe una verdadera cuestión de hecho susceptible de prueba, de acuerdo con las

<sup>34</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 283; *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, núm. 323.

<sup>35</sup> MICHELÍ: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 18, pág. 123.

<sup>36</sup> WACH: Cita de MICHELÍ: Ob. cit., pág. 129.

<sup>37</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 212-213.

<sup>38</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 202.

<sup>39</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 200.

<sup>40</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 62-63.

reglas generales; la doctrina francesa asimila generalmente la prueba de la costumbre a la de los hechos<sup>41</sup>; LESSONA exige la prueba de la costumbre y su alegación por el interesado en ella<sup>42</sup>, pero admite que las opiniones en su época estaban muy divididas en Italia y que debe darse amplitud de medios.

Creemos que sólo debe exigirse prueba procesal rigurosa cuando la ley lo diga, como sucede en Colombia (C. de P. C., art. 700), Chile<sup>43</sup> y España<sup>44</sup>. Dentro de las facultades oficiosas para mejor proveer cabe perfectamente el decreto de pruebas con este fin, sea que las partes hayan llevado algunas o que se bayan limitado a alegarla; además, debiera otorgarse absoluta libertad para pruebas de oficio 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, a menos que una ley posterior la excluya, problema de carácter sustancial cuya solución debe buscarse de acuerdo con la naturaleza del caso.

La norma consuetudinaria, como la escrita de carácter seccional, no deja de ser norma jurídica, y, por lo tanto, sólo el legislador puede excluir o limitar la aplicación que respecto a ella tiene el principio fundamental *iura novit curia*. Valen en favor de esta tesis las razones expuestas en el punto anterior.

d) NORMAS LEGALES O CONSUETUDINARIAS EXTRANJERAS. La mayoría de los autores acepta 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; con todo, 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 cuando necesite aplicarla, porque ésta forma parte de la solución de derecho que es su deber declarar: *iura novit curia*. Así lo reconoce la mayoría de los autores. FLORIAN<sup>45</sup> recuerda que en Italia la jurisprudencia exigía la prueba de la ley extranjera, pero que luego la Corte rectificó la doctrina y permitió al juez aplicar sus conocimientos y su investigación directa para obviar la falta de colaboración de las partes,

<sup>41</sup> Véanse citas en los núms. 667 y 671.

<sup>42</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 163-166, págs. 202-207.

<sup>43</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 464; CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, pág. 657.

<sup>44</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 342; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 495.

<sup>45</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 31-32.



y que esta solución es aceptada por la mayoría de la doctrina. Este célebre jurista italiano opina que debe otorgarse para su prueba mayor libertad que para los hechos. SCARDACCIONE cita y comparte reiterada jurisprudencia italiana de casación, que reconoce la facultad del juez para aplicar e investigar de oficio la ley extranjera<sup>46</sup>. CARNELUTTI y SILVA MELERO excluyen de la actividad probatoria propiamente dicha el suministro de medios para conocer la norma extranjera, y la calificación de auxilio a la labor del juez<sup>47</sup>. CHIOVENDA<sup>48</sup> dice que de la obligación de aplicar oficiosamente la norma “se exceptúan aquellas que deben ser aplicadas por el juez, si resultan probadas, pero que no está obligado a conocer, esto es, las normas consuetudinarias y las normas extranjeras”; pero, como inmediatamente agrega: “En cuanto a estas normas el juez puede valerse de su conocimiento privado, cuando lo posea”, de ello se deduce que para el gran procesalista italiano, si bien el juez no está obligado a conocer el derecho extranjero, como sí el nacional, una vez que lo conoce por investigaciones privadas debe aplicarlo, sin que sea necesaria su prueba en el proceso, lo cual implica que con mayor debe gozar de facultad inquisitiva para ordenar pruebas oficiosamente. MICHELI<sup>49</sup> acepta como innamante en la función del juez el conocer la norma jurídica, pero observa que “por razones prácticas, es necesario a veces poner junto al juez togado un experto o aprovechar el interés interno de las partes, a fin de obtener la colaboración de ellas en la búsqueda de la norma”; añade luego que la más reciente doctrina reconoce al juez un amplio poder instructorio, “definiendo la eventual actividad de las partes como útil y no como necesaria, en sustancia como una colaboración prácticamente aconsejable, aun cuando jurídicamente irrelevante”, pero que por otro lado se tiende a darle mayor consistencia a ese poder de colaboración y se habla de carga de la prueba de la norma o de un deber, ante la posibilidad de que el juez no la conozca de otra manera. MICHELI ve en esa asistencia una actividad “procesalmente relevante y que representa el ejercicio de un poder, idéntico en sustancia a aquel que se reconoce a la parte para la prueba de los hechos de la causa”, pero la califica como simple auxilio a la labor del juez, pues dice: “La parte se encuentra en los casos en cuestión en la condición de un auxiliar del juez.” En otro lugar extiende a la ley extranjera la aplicación del principio *iura*

<sup>46</sup> SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le prove*, Torino, 1965, pág. 286.

<sup>47</sup> Véanse citas en el punto anterior.

<sup>48</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 283; e *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, núm. 323.

<sup>49</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 18, págs. 122-126.

*novit curia*<sup>50</sup>. ROSENBERG y SCHÖNKE exigen la prueba de la norma extranjera sólo en cuanto el juez no la conoce y sin limitarla a los medios suministrados por las partes, sino, por el contrario, permitiendo al juez "servirse de todas las fuentes de conocimiento"<sup>51</sup>. DE LA PLAZA<sup>52</sup> manifiesta, al margen del sistema legal español, que "la técnica se resiste, justificadamente, a declarar que la existencia, vigencia y aplicabilidad de esas normas, pueda identificarse en puridad con la probanza de los hechos, que son sustentáculo de la aplicación de las normas", y cita el sistema alemán.

En contra está la opinión de LESSONA<sup>53</sup>, quien, a pesar de reconocer que la doctrina común es diferente, considera que "la aplicación de la ley extranjera es una obligación para el juez, pero una obligación necesariamente subordinada a la prestación por las partes de los medios para cumplirla". Siguiendo esta idea, agrega: "Parécenos, pues, haber demostrado que cuando faltan al magistrado los medios para poder conocer de oficio la ley exterior, no está tampoco obligado a aplicarla de oficio"<sup>54</sup>, lo cual significa que si dispone de esos medios debe aplicarla oficiosamente. Concluye diciendo LESSONA "que el juez no debe ni puede, por su sola iniciativa, investigar el derecho extranjero, o aplicarlo por la sola ciencia privada que tenga de él", lo cual significa, en definitiva, que las partes deben suministrar la prueba.

Otros autores hablan de la necesidad de probar el derecho extranjero, pero como comentario al sistema legislativo vigente en sus respectivos países, y no como tesis general<sup>55</sup>.

De ahí que podemos afirmar que la doctrina moderna, a la cual nos adherimos sin vacilar, exige libertad investigativa para el juez en relación con las leyes extranjeras, no limitada por los medios de prueba y las formalidades consagradas en cada código, sino con facultad

<sup>50</sup> MICHELI: *Rivista di diritto processuale*, 1961, pág. 286.

<sup>51</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 212-213; SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 202.

<sup>52</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, págs. 445-446.

<sup>53</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 154-155.

<sup>54</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 157.

<sup>55</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 342; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, página 495; ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 14; AIZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 90; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNBURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 464; CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, pág. 657; PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, pág. 752.

para utilizar sus conocimientos privados y, por lo tanto, la enseñanza de autores, ediciones oficiales, sentencias anteriores, etcétera.

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 EXPERIENCIA.** Por lo expuesto en el número 40 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, peritos o testigos, sobre los hechos a que se aplican. No hay, pues, necesidad procesal de probarlas, ni forman parte del tema de prueba.

Cuando se trata de reglas comunes, su notoriedad hace más evidente que no requieren prueba; si son de índole especial o técnica, serán los peritos quienes deben encargarse de explicarlas, pero como fundamento de su concepto sobre hechos determinados. Por lo tanto, la prueba constituida por el dictamen, que esencialmente es prueba del hecho, contiene la de la máxima aplicada, ya que no puede separarse ésta de aquél.

El art. 115 del actual C. de P. C. italiano autoriza al juez para fundar su decisión, sin necesidad de prueba, "en las nociones de hecho que entran en la experiencia común".

f) **CONCLUSIÓN SOBRE ESTE NÚMERO.** A manera de resumen podemos concluir que, si bien la norma jurídica nacional, escrita y emanada del órgano del Estado con facultad para ello, no es tema de prueba, en cambio la norma nacional, seccional o consuetudinaria, lo mismo que la extranjera, pueden ser tema de prueba o necesitar prueba, cuando ésta es requerida por disposición de ley nacional. Si no existe norma legal que exija su prueba específica, con las formalidades de rigor, debe aceptarse su aplicación por el juez, siempre que tenga conocimiento de ella, por cualquier medio y en cualquier oportunidad del proceso (sin que rija la preclusión de términos), porque en el fondo se trata de aplicar el derecho. Por consiguiente, serán medios aptos los códigos, los estudios de autores, los antecedentes jurisprudenciales, las copias oficiales, etc., obtenidos en el proceso oficiosa o extraprocesalmente. Como dice CARNELUTTI<sup>56</sup>, "no existe ninguna razón decisiva para bacer de la parte el condcto necesario para su conocimiento".

Con arreglo a lo que advierte SILVA MELEBO<sup>57</sup>, en España la regla general es que cuando una parte alega una norma no nacional debe probar su existencia, principio consagrado ya en la ley 18, título 14 de

<sup>56</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. II, núm. 161, punto h.

<sup>57</sup> SILVA MELEBO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 63, nota 19.

la Partida 3ª; igual criterio se sigue en Portugal, México, Guatemala, Francia, Rumania, Bélgica y Norteamérica. En cambio, en Argentina el derecho extranjero no se considera como hecho, sino como norma jurídica que los tribunales deben aplicar; lo mismo ocurre en Suiza a partir de la reforma de 1948, y en Holanda, donde no se exige la alegación y prueba del derecho extranjero; en Alemania, si el juez las conoce, debe aplicarlas, y sólo en el caso contrario se requiere demostrarla, pero sin sujeción a las formalidades y oportunidad requeridas para los hechos, pues sirve cualquier documento o libro, de manera que no se exige propiamente su prueba; en Italia el juez debe investigarla de oficio. En Colombia se exige la prueba tanto de la ley extranjero, como de la costumbre nacional o extranjera (C. de Pr. C., artículos 634 y 659).

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

Sabemos que en el tema de prueba de cada proceso se comprenden los hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas que deben aplicarse y que necesitan prueba por alguno de los medios autorizados por la ley. Esto significa que son dos los requisitos para que un hecho forme parte del *thema probandum*: en primer lugar, que sea pertinente a los fines del proceso (lo que implica además que no esté prohibida su prueba y no sea imposible), y en segundo lugar, que la ley exija su prueba, o mejor dicho, que no estén exentos de prueba. Lo primero determina el objeto concreto de la prueba en cada proceso, y lo último, el contenido del tema probatorio o sobre lo cual deben aplicar las partes su actividad probatoria (*cf.*, núms. 38 y 43).

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 (*cf.*, núm. 38). Pasamos a explicarlas.

a) HECHOS CONFESADOS O ADMITIDOS POR AMBAS PARTES. LA NOCIÓN PROCESAL DE ADMISIÓN. En el número 44 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 esa admisión o confesión es prueba suficiente, salvo norma en contrario. Algunos autores excluyen del objeto de prueba el hecho admitido, lo cual ocurre en derecho alemán y austríaco; creemos que entonces deja de ser tema de prueba, en cuanto no necesita prueba alguna dife-

rente, mas forma parte del objeto de prueba concreto en ese proceso, tal como sucede con los hechos que, por su notoriedad o por gozar de presunción legal no requieren prueba, pero pueden ser objeto de ella si el interesado la presenta. Nos remitimos a lo expuesto en el número anteriormente citado (*cf.*, núm. 44).

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>58</sup>. Sólo en este sentido los excluimos del tema de prueba: *Non bis in idem*. En el mismo sentido, dice LESSONA<sup>59</sup> que no está controvertido lo que ya está probado mediante confesión de la parte; pero incurre en el error de excluir de los hechos controvertidos los que están probados por otros medios y los presumidos legalmente, cuando en realidad puede existir discusión sobre ellos y esa prueba o presunción sirve precisamente para definirla. Los hechos controvertidos necesitan prueba para que el juez los acepte como ciertos, mas es obvio que esa prueba no les quita tal carácter.

El requisito de la controversia para que el hecho necesite prueba y no para ser objeto de ésta, es aceptado por la mayoría de los autores<sup>60</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.

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). Sus efectos son similares a los de la confesión, pero, como vimos en el número 44, CARNELUTTI y GUASP consideran que no es un medio de prueba, sino una razón para eximir de prueba el hecho, opinión que no compartimos; creemos que se trata de una forma especial de confesión judicial espontánea, sin juramento ni coerción alguna, con ciertas características propias que luego estudiaremos (*cf.*, núm. 156), por ejemplo, en la admisión puede existir interés del confesante o admitente en el hecho afirmado por la otra parte, por servirle de fundamento a su excepción o pretensión, o, por el contrario, serle perjudicial. No se necesita prueba distinta, porque la admisión es suficiente, cuando la ley le reconoce ese valor: *non bis in idem*. Sólo en ese sentido aceptamos que el hecho admitido queda

<sup>58</sup> CARNELUTTI: Opina en contrario, respecto al hecho admitido, como vimos en el núm. 670; también GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 340-341, y GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, pág. 242.

<sup>59</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 168, págs. 209-210.

<sup>60</sup> Véanse citas en el capítulo anterior.

fuera del tema de prueba, cuando la admisión ocurre en la contestación de la demanda o antes de abrirse la etapa probatoria; cuando se presenta posteriormente, el hecho alcanza a quedar incluido en el tema de prueba y ésta se satisface con la admisión, que produce entonces más claros efectos de confesión.

Cuando la ley exime de prueba al hecho por no discutirse o negarse, en realidad presume su admisión, pues, como dice ROSENBERG<sup>61</sup> en tal caso "la ley confiere a la no discusión los efectos de la ficción de la confesión". Esto ocurre también cuando se dispone que a falta de oposición se dicte sentencia sin abrir a pruebas el juicio, pues equivale a ordenar al juez que tenga como ciertos los hechos de la demanda (poseorios, cuentas, lanzamiento); en este caso se trata más bien de una admisión general de los hechos de la demanda o de su reconocimiento (cfr., núm. 156).

Se exceptúa el caso de ser hechos contrarios a la notoriedad o a máximas de experiencia común. Esto lo confirma MICHELI<sup>62</sup> cuando dice: "Si el hecho notorio está, pues, en contraste con el hecho principal de la causa, concordemente admitido por las partes, considero que debe predominar el primero sobre el segundo."

b) HECHOS PRESUMIDOS LEGALMENTE. Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, y tal es precisamente el objeto de las presunciones. No es que el hecho no pueda ser entonces objeto idóneo de prueba, como dicen LESSONA y FLORIAN<sup>63</sup>, sino que no necesita prueba, o que está excluido del tema de prueba, como lo aceptan correctamente ROSENBERG<sup>64</sup>, SCHÖNKE<sup>65</sup>, GUASP<sup>66</sup>, L. PRIETO CASTRO<sup>67</sup> y GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA<sup>68</sup>.

La presunción no es una prueba, sino exención o dispensa de la prueba (cfr., núm. 141 y t. II). Pero esto no significa que si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, deba el juez rechazarlas, a menos que así lo disponga la ley, norma que en Colombia no

<sup>61</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 217.

<sup>62</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 17, pág. 116.

<sup>63</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 168, pág. 210; FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 54.

<sup>64</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 219.

<sup>65</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 200.

<sup>66</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 341.

<sup>67</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1984, pág. 415.

<sup>68</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 242-244.

existe. Esa prueba es innecesaria, pero conducente, y el hecho es objeto concreto de prueba, aunque no requiera actividad probatoria.

c) HECHOS CUYA PRUEBA PROHÍBE LA LEY. Dijimos que si la ley prohíbe probar un hecho, por razones de moral o de otro orden, 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 no hay limitación al objeto ni al tema de prueba<sup>69</sup>, porque el hecho puede ser probado y necesita prueba, sino a la libertad de medios.

d) HECHOS MATERIA DE COSA JUZGADA O DE DECISIÓN PREJUDICIAL. FLORIAN<sup>70</sup> considera que surge una limitación al objeto concreto de la prueba, en los casos de cosa juzgada y de prejudicialidad, en virtud de la fuerza obligatoria que tiene la sentencia previa. Sin embargo, creemos que la limitación existe únicamente en cuanto al objeto de la decisión en el nuevo proceso, por cuanto el juez tiene que respetar lo resuelto antes, como que no le está permitido pronunciarse sobre la litis, así sea en idéntico sentido<sup>71</sup>; pero esto no impide que las partes puedan solicitar pruebas sobre esos hechos, a menos que una norma legal lo prohíba. La observación de FLORIAN es válida, en cambio, respecto al tema o necesidad de prueba, porque si el hecho está reconocido en sentencia con valor de cosa juzgada o que constituya prejudicialidad, es obvio que no necesita otra prueba.

e) HECHOS INCONDUENTES, NO PERTINENTES O IRRELEVANTES E IMPOSIBLES. La conduencia o relevancia del hecho y su posibilidad de existencia son requisitos para que pueda ser objeto concreto de prueba (*cfr.*, núm. 38) 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 inconduencia. Al tratar sobre la admisibilidad de las pruebas por el juez volveremos sobre el tema (*cfr.*, núms. 72 y 94-98).

La imposibilidad del hecho debe aparecer como algo notorio e indudablemente absurdo, de acuerdo con el concepto de expertos y no por los conocimientos personales del juez, a menos que pertenezca a las reglas comunes de la experiencia. La imposibilidad puede referirse a los medios de prueba que la ley permite, a su absoluta e indudable incapacidad para establecer el hecho, pese a ser admitida comúnmente su existencia, como sucede con Dios o con el alma humana; esta clase

<sup>69</sup> No estamos de acuerdo en este punto con FLORIAN: *Ob. cit.*, núm. 49.

<sup>70</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 57.

<sup>71</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. III, núm. 453 y *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, núm. 256.

de imposibilidad puede consistir en una absoluta prohibición legal (*cf.*, punto c).

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.

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 frases como "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 en seguida, existen negaciones cuya prueba es imposible, pero la inmensa mayoría de ellas suponen en el fondo la afirmación de ciertos hechos y pueden demostrarse.

BONNIER<sup>72</sup> pone de presente esta verdad elemental: "No se necesitan muy profundas reflexiones para convencerse de la posibilidad de probar una negativa. Toda la diferencia consiste en la forma, en el modo, de fijar la cuestión." Y explica que en la mayoría de los casos "bajo el velo de una negativa se oculta una afirmación decisiva o terminante", forma que los antiguos doctores denominaban negativa generadora (*negativam praegnantem*), que consiste "en alegar un hecho a todas luces incompatible con otro hecho alegado anteriormente, hecho que no es menos positivo porque se articule en forma negativa". En esta clase de incluyen las llamadas negativas de cualidad y de derecho; las primeras, cuando se niega a alguien o a algo una determinada cualidad (la de ser colombiano o francés), lo cual equivale a afirmar la cualidad contraria (que es extranjero o de otro país), y ésta es susceptible de prueba directa; la negativa de derecho consiste en negar que exista una de las condiciones requeridas por la ley para la validez de un acto o contrato, lo cual significa sostener que existe un vicio o una situación contraria a la ley, que debe probarse (se niega la capacidad para el acto, esto es, se afirma el estado de demencia o inconsciencia; se niega el libre consentimiento, es decir, se afirma la violencia o el dolo). El caso de la negación de hecho es menos fácil: cuando encierra la afirmación del hecho contrario o incompatible, la prueba de éste es directa y no ofrece dificultad; en cambio, cuando la negativa se apoya en hechos más o menos vagos, que exijan inducciones, es necesario considerar si tienen o no un carácter indefinido, y sólo en el último caso su prueba se hace imposible, no en razón de la negativa, sino en virtud de esa condición indefinida (*si negativa indefinita probari non potest, id non inde est, quia negativa, sed quia indefinita; nec*

<sup>72</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1913-1914, t. I, núms. 39-42, págs. 46 y 50.



*affirmativa indefinita potest*). Pero lo mismo sucede con las proposiciones afirmativas compuestas de elementos indefinidos. Lo indefinido es lo que no puede probarse.

En la Edad Media se generalizó la errada doctrina, resumida en estas dos máximas: *affirmanti non neganti incumbit probatio* (la carga de la prueba corresponde a quien afirma, no a quien niega) y *negativa non sunt probanda* (las negaciones no se prueban). El error provino de una mala interpretación de la doctrina romana y especialmente de los principios *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* y *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*, que en realidad se refieren al demandado que se opone a la demanda limitándose a negar sus hechos. Como observa CHIOVENDA<sup>73</sup>, queda por saber a cuál de las dos partes se refieren esos principios y qué se entiende por *dicere* y por *factum*. De manera que su generalización no se justifica y hace mucho tiempo que la doctrina rechaza esa interpretación literal rigurosa. En acuerdo con BONNIER, considera que en muchos casos no se sabe cuál es el hecho positivo o el negativo, porque generalmente “cada afirmación es al mismo tiempo una negación: al atribuirse a una cosa un predicado, se niegan todos los predicados contrarios o diversos de esa cosa”, y pone de presente que la máxima que exige de prueba a las negaciones está “en contradicción con todos los casos en que el fundamento de la demanda del actor, que éste debe probar, es un hecho negativo”, como en la *condictio indebiti* o pago de lo no debido, en el reclamo de daños por omisión culposa, en la acción de prescripción de servidumbre por el no uso, cuando el derecho está sujeto a condición suspensiva negativa y debe probarse que ocurrió el hecho negativo (Ticio no ha venido a Italia antes de ese día; esto implica probar que estuvo en otro lugar hasta ese día).

Muy distinto es el caso en que el demandado niega los hechos afirmados por el actor en la demanda, ya que esa negación no exige prueba, porque al demandante le corresponde la carga de probar que son ciertos<sup>74</sup>, a menos que se trate de hechos indefinidos, presumidos o notorios. Ni siquiera cuando el demandado opone al hecho afirmado por el actor otro hecho incompatible con aquél, está obligado a demostrarlo en un principio, porque en el fondo está negando indirectamente el primero, y sólo recaerá sobre aquél la carga de la prueba en el caso de que el demandante pruebe el afirmado por él, pues en la hipótesis contraria le bastará la falta de prueba del hecho aducido como fundamento de la demanda para que ésta sea desestimada. A menos, aclaramos, que el demandado reconenga con fundamento en el segundo hecho, pues entonces tiene respecto a éste la condición de demandante. Es

<sup>73</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, págs. 95-99.

<sup>74</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, págs. 99-100.

diferente también el caso de que el demandado afirme un hecho distinto, no para excluir la existencia del afirmado por el actor, sino para invalidar los efectos jurídicos de éste, pues en tal caso se tratará de una excepción en sentido estricto y debe probarlo, como cuando acepta que firmó el contrato, pero niega que sea válido porque no hubo consentimiento o capacidad: entonces está afirmando su incapacidad o el hecho que excluye el consentimiento como violencia, dolo o un estado de inconsciencia.

ROSENBERG<sup>75</sup> observa que “cada disputa entraña la afirmación de la posibilidad contradictoria o de alguna otra, tal como cada afirmación implica al mismo tiempo la discusión de un relato distinto”, y dice que “sólo tiene importancia la comprobación de la verdad de las afirmaciones, ya que para la sentencia tiene un mismo valor el hecho de que una afirmación no sea verídica o que sea falsa”. Por ello, agrega “no podemos usar en nuestra doctrina el concepto lógico de la afirmación que encierra la negación”, pues “el concepto de afirmación en el proceso civil sólo se obtiene a base de las normas sobre la carga de la prueba”. Tomadas aisladamente estas frases dan la impresión de un desacuerdo del profesor alemán con los tratadistas antes citados, pero se trata de un planteamiento distinto para llegar a idéntica conclusión, como se deduce del siguiente párrafo: “Afirmaciones son los alegatos que muestran la existencia de las características definidoras de los preceptos jurídicos aplicables, aun cuando se presenten en forma de negación; negaciones son los alegatos que tachan de no existencia una característica definidora de la ley, aun cuando se les dé la forma de una afirmación”. De manera que el hecho de presentar como negación una afirmación, no le quita este último carácter. En otro lugar<sup>76</sup> aclara su concepto y dice que la regla que exige prueba sólo para los hechos positivos y no para las negaciones, es una paronimia jurídica, rechazada tan enérgicamente por Adolph DIETRICH WEBER y sus sucesores, que WACH pudo considerar como “un error ampliamente superado” esa teoría y calificar como “galvanización de un cadáver” las tentativas de formularla sobre bases nuevas. La dificultad que implica probar el hecho negativo indirectamente, probando algo que no existiría si aquél existiera, no significa que la prueba no sea posible, y lo mismo ocurre en ocasiones con la afirmación de hecho que sólo indirectamente pueden probarse, ya que es idéntica la dificultad. Por ello, explica ROSENBERG, “la dificultad e inclusive la imposibilidad de suministrar la prueba no puede llegar a una modificación de nuestro principio respecto de la carga de la prueba”; cuando la ley contempla un hecho negativo vinculándolo a determinado efecto jurídico, no pue-

<sup>75</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, núm. 6, págs. 68 y 69.

<sup>76</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, núm. 25, págs. 295 y 299.

de excluirse su prueba sin modificar el derecho material. Otra cosa es que la ley material, por razones prácticas, debe evitar, en lo posible, hacer depender el nacimiento de un derecho de un no-hecho.

FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>77</sup> defiende el mismo criterio, esto es, que el principio lógico según el cual es más fácil probar la afirmación que la negación, no va más allá de las verdaderas negaciones, y advierte que no hay que considerar como negación todo lo que se presente negativamente, pues las simples negaciones formales no lo son en realidad, como las de cualidad o derecho. Luego explica que las negaciones de hecho pueden ser formales y sustanciales, según que se admita otro hecho en su lugar, o que sólo se acepte la inercia o la nada en su lugar; y aclara que las verdaderas negaciones son sólo las sustanciales de hecho, pues las formales son tan fáciles de probar como las afirmaciones que constituyen su contenido, a menos que sean *indefinidas*, pero entonces la dificultad de la prueba proviene, no de su forma negativa, sino de lo indefinido que contienen; tan cierto es esto, agrega el autor citado, que tampoco las afirmaciones sustancial y formalmente positivas pueden probarse, cuando son indefinidas, pues tanto el que afirma, por ejemplo, que jamás ha pisado una calle, como el que asevera que siempre ha llevado al cuello un amuleto, están en imposibilidad de probar. Sin embargo, acepta que hay mayor dificultad en la negativa sustancial indefinida, porque la existencia de un hecho en momentos diferentes permite presumirlo en los momentos intermedios, y, por lo tanto, esa afirmación indefinida puede probarse con presunciones e indicios; en cambio, en la negación sustancial indefinida no ocurre esto, porque la inexistencia de un hecho en momentos distintos no autoriza para presumir su inexistencia en los intermedios.

MICHELI<sup>78</sup> rechaza igualmente la opinión que considera imposible la prueba de los hechos negativos, y aclara que es cosa muy diferente el que el demandado no necesite probar el simple rechazo de la demanda; en cambio, si se limita a una negación, sea simple o motivada, y pide la declaración negativa de certeza en su favor, frente a la pretensión del actor, obliga al adversario a probar su afirmación, tal como se aceptaba en el proceso común<sup>79</sup>. En cuanto a las acciones de declaración negativa de certeza, MICHELI opina que la prueba le incumbe al actor, ya que pide al juez una forma especial de tutela, y debe, por ello, justificar su fundamento, y que sólo le incumbe al demandado en cuanto éste formule contrapretensiones acumuladas en el proceso principal; por ejemplo, en la acción de negación de estado, el actor debe probar el hecho sobre el cual basa la inexistencia del estado legítimo<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 148-153.

<sup>78</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 54, págs. 349-350.

<sup>79</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 397-399 y 454.

<sup>80</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 72, págs. 452-453.

PLANIOL y RIPERT<sup>81</sup> exponen el mismo punto de vista y dicen que "inclusive el que alegue un hecho negativo, en apoyo de una demanda o de una excepción, tendrá que probarlo", lo cual no ofrece dificultad si puede ser demostrado mediante un hecho positivo contrario. Consideran estos autores que la dificultad que tenga el actor para probar un hecho negativo, no lo exime de esa obligación ni la traslada al demandado; y que sólo es imposible la prueba de las proposiciones de carácter indefinido, sean afirmativas o negativas; pero cuando se trate de hecho negativo se debe exigir una prueba menos rigurosa. La misma tesis fue sostenida por TOULLIER<sup>82</sup>.

La doctrina hispanoamericana coincide con la europea. Así, ALSINA<sup>83</sup>, ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>84</sup>, CLARO SOLAR<sup>85</sup>.

En el antiguo derecho español (leyes 1ª y 2ª de la *Partida* 3ª) se consagraron los mismos principios, quedando eliminado así el error de los glosadores. En efecto, en la primera se dice que cuando el demandado se limita a negar le corresponde la prueba al demandante, y en la segunda se exige la prueba de las negaciones de calidad o derecho. Se le dio así una correcta interpretación a los textos romanos.

Procuremos ahora sintetizar nuestro concepto.

No todas las negaciones son de igual naturaleza, ni producen unos mismos efectos jurídicos en materia de prueba judicial. Desde este punto de vista puede formularse la siguiente clasificación:

- 1) *Negaciones sustanciales o absolutas*, que se basan en la nada 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 la 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 esto 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);
- 2) *Negaciones formales o aparentes*, que en realidad son afirmaciones negativas, porque en el fondo contienen una afirmación contra-

<sup>81</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VIII, págs. 760-761.

<sup>82</sup> TOULLIER: *Ob. cit.*, t. VIII, núms. 17 y 18.

<sup>83</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, págs. 188-190.

<sup>84</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, núm. 786, pág. 446.

<sup>85</sup> CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, págs. 663-664.

ria, 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 sin cultivos ni construcciones; en el último caso la afirmación implícita es de carácter indefinido y en los demás definida o concreta);

3) Las negaciones formales se subdividen en *negaciones de derecho, de hecho y de cualidad*; las primeras se refieren a la titularidad de un derecho o 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 o una distinta naturaleza jurídica del acto (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); 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 (*cfr.*, núm. 37) y en el fondo equivalen a afirmar el hecho contrario, sea éste concreto o indefinido (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]); las negaciones *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 ejemplo: Juan no es legalmente capaz, lo cual significa afirmar que es incapaz por demencia, menor 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 afirmo que es de mala clase);

4) Las negaciones de hecho se subdividen, por una parte, en *sustanciales y formales* (las de derecho y cualidad son siempre formales) y, por otra parte, en *definidas e indefinidas*. Las negaciones 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, a saber: a) las de carácter absoluto o sustancial, porque no encierran ninguna afirmación contraria (véanse los ejemplos expuestos en el punto 1º); b) las formales ilimitadas en tiempo o espacio, que contienen una afirmación igualmente ilimitada en estos 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); c) las *formales* que, a pesar de ser ellas limitadas en tiempo y espacio, contienen implícita una afirmación indefinida no susceptible de probarse (por ejemplo: durante mi vida o en los diez años últimos 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 he tenido mala conducta, pues a pesar de afirmarse con ello que durante 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 aún 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).

De esta manera, 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 lapso 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 no es en general susceptible de prueba por ningún medio (la simple dificultad para obtener la prueba no es suficiente, según lo veremos en el número 126, párrafo g, como tampoco la imposibilidad de obtener un medio de prueba determinado, ni la puramente personal que para otros sujetos no existe); por ejemplo: no haber visitado un lugar público de cierta ciudad, como un parque o una calle, es una circunstancia indefinida, sea que comprenda diez años o un año, e imposible de demostrar, a menos que se haya permanecido en reclusión forzosa en otro lugar o exista otra causa muy especial, y lo mismo sucede con la afirmación de que durante uno o más años visité todos los días ese lugar; igual carácter indefinido aparece

si la negación de que no se ha observado mala conducta comprende mucho tiempo y cualquier lugar, o si se limita a un año y a una ciudad.

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, como lo explicamos en el párrafo anterior y en el número 126, punto *g*. 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: 1ª) las únicas verdaderas negaciones son las sustanciales o absolutas; 2ª) las negaciones sustanciales son siempre negaciones de hecho; 3ª) las negaciones formales son en el fondo afirmaciones redactadas negativamente; 4ª) las negaciones de hecho definidas o concretas son siempre formales; 5ª) las negaciones de cualidad y de derecho son también formales y definidas o concretas; 6ª) las negaciones indefinidas de hecho pueden ser formales o sustanciales, según que impliquen o no una afirmación indefinida; 7ª) toda negación sustancial es indefinida, pero no toda negación indefinida es sustancial, porque puede ser formal por contener una afirmación indefinida; 8ª) 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; 9ª) 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; 10ª) pero si el demandado se limita a negar expresamente el hecho alegado por el actor, tal negación no requiere la prueba, porque ésta es entonces de cargo del segundo y lo mismo ocurre si aquél niega tal hecho indirectamente alegando que el verdadero es otro; en el último 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; 11ª) cuando el demandante basa su demanda en una negación formal definida o concreta de derecho, de hecho o de cualidad, debe probar la realidad positiva contraria que implícitamente se afirma, y cuando pida una declaración de certeza negativa, como la no existencia de una servidumbre o de un estado civil, debe suministrar la prueba de los hechos o circunstancias que hagan deducir tal pretensión negativa, por-

que en el fondo está afirmando la libertad del predio o la existencia de un diferente estado civil, etcétera.

g) **LOS HECHOS NOTORIOS.** No obstante que desde el antiguo derecho romano se conoce el principio que exime de prueba al hecho notorio y que ha sido aceptado como regla general por la doctrina y consagrado en el derecho canónico, se trata de una cuestión discutida y sobre la cual existen todavía importantes desacuerdos entre los autores modernos.

En el derecho romano (*Institutas, Testibus*, capítulo 3º) se consagró expresamente tal principio en relación con la prueba testimonial: *si factus est notorium, non eget testium deponitionibus 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 pruebas que se originó con el proceso inquisitorio penal y se aplicó al proceso civil, en forma definitiva, 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 muchos países, se le dio cabida unas veces como norma legal (como en las legislaciones alemana y austríaca 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. Por ser punto de mucho interés, haremos una síntesis de estas dos opiniones.

1ª) *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.* Entre estos autores se cuentan BENTHAM, FLORIAN, LESSONA, CARRARA y ELLERO.

Para BENTHAM<sup>86</sup> "hay casos en que los hechos son tan notorios que ni la parte adversa se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe", y entonces "se podría exigir a la parte una declaración a fin de que reconociese esos hechos como verdaderos", con las formalidades legales. Es decir, exige que el hecho sea aceptado por la otra parte, sin que baste que se alegue su notoriedad. De acuerdo con este concepto, dice en el párrafo anterior: "La palabra notoriedad en materia judicial, resulta precisamente muy sospechosa. Es un pretexto muchas veces utilizado cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil."

<sup>86</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, cap. XVIII, pág. 97.



FLORIAN<sup>87</sup> opina que por la circunstancia de ser notorio un hecho no deja de existir la posibilidad de que se convierta en objeto de prueba, “ni de ser obligatoria su prueba”. Al examinar el principio según el cual *notoria non egent probationem* este ilustre penalista italiano dice que las fuentes de la notoriedad son múltiples, por lo general intrascendentes y a menudo falaces; que no comparte la opinión común adversa, de que lo notorio no debe probarse, y que, por el contrario, la notoriedad debe ingresar al proceso, sometida a las normas y exigencias de éste, que no excluye la discusión entre las partes. Sostiene que el juez no puede considerar como existente el hecho por ser notorio, a espaldas de las partes, de manera que si se niega ese hecho se hacen “aplicables sin ambages las normas comunes sobre la prueba”. Y concluye diciendo: “La notoriedad no exonera por sí misma de prueba los hechos que la acompañan; pero sí los podrá eximir de prueba cuando, una vez planteada, como objeto de controversia en el proceso, la cuestión de su existencia, no surjan discusiones al respecto.” En otro lugar<sup>88</sup> reitera su concepto en estos términos: “Su supuesta notoriedad no reemplaza la prueba, si no ha sido enunciada y no entra, por así decirlo, dentro de la materia del debate. Cuando se realice la mencionada condición procesal, la aceptación de ella sin prueba se presenta, no tanto porque se trata de una cosa notoria, sino más bien porque existió sobre ella el consentimiento tácito o expreso de las partes, o porque se trata de una cosa comunicada a las partes, sobre la cual éstas podrían presentar sus objeciones, pero no lo han hecho.” Observa, por último<sup>89</sup>, que la exigencia de que las partes hayan alegado la notoriedad o indicado el hecho notorio, puede tener valor en materia civil, pero no en asuntos penales. Como puede apreciarse, FLORIAN sostiene la misma opinión que BENTHAM, es decir, que es necesario el consentimiento, expreso o tácito, de las partes sobre el hecho cuya notoriedad se alega, para que no requiera prueba.

LESSONA<sup>90</sup> comparte la anterior opinión y cita a STRYK, para quien sólo cuando el hecho que se alega ser notorio resulta “cierto e indubitado”, no necesita prueba, pero “porque es cierto, no porque es notorio”; en cambio, si el adversario lo pone en duda o lo niega, debe suministrarse su prueba, a menos que sus negaciones sean “absolutamente frívolas y contrarias al sentido común y al común saber de todos”, mas sólo porque “es inútil negar lo que es ya cierto: aquello de lo cual ninguno duda”. Cita también a BENTHAM, a CARRARA y a ELLERO, para concluir diciendo: “Lo verdadero no necesita ser noto-

<sup>87</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 43.

<sup>88</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 182.

<sup>89</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 182, nota 72.

<sup>90</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 169-171, págs. 211-214.

rio. Probar la notoriedad no equivale a probar la verdad, a menos de decir que es notorio lo que, no sólo es verdadero, sino también conocido, como tal, por todos. Y entonces la notoriedad es un requisito superfluo, porque la ley se contenta con la verdad." El razonamiento de este último párrafo no nos parece lógico, porque generalmente la ley exige la prueba de la verdad, a pesar de contentarse con ésta, y la notoriedad exime de tal prueba por excepción.

CARRARA y ELLERO consideran que debe obrarse con suma precaución, para eximir de prueba al hecho notorio <sup>91</sup>.

2<sup>a</sup>) *Autores que eximen de prueba al hecho notorio, sin exigir que se alegue la notoriedad 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. Para ROSENBERG <sup>92</sup> no sólo es innecesaria la prueba, sino que tampoco se requiere que el hecho notorio sea afirmado por la parte interesada. Dice: "El tribunal puede y debe tener en cuenta hechos evidentes también cuando ninguna de las partes lo ha invocado o cuando su afirmación fuere inadmisibles en la instancia de revisión." Sin embargo, reconoce que por lo general se exige su afirmación. Más adelante advierte que si la notoriedad general es desconocida por el tribunal, se la debe demostrar por lo regular con testigos, y, sólo cuando se basa en una convicción científica, mediante peritos; esa prueba debe practicarse con conocimiento y participación de las partes. En consecuencia, comprobar la notoriedad es establecer el hecho y vincula al tribunal de revisión. Por el contrario, ese tribunal "puede llegar a otra apreciación de una afirmación sobre hechos presentada en la instancia anterior, sobre la base de su notoriedad general u oficial conocida por él". Según esto, para el ilustre profesor alemán, cuando la notoriedad sea conocida por el juez, no se requiere prueba alguna ni del hecho ni de tal notoriedad; cuando el juez no la conozca, basta probar la notoriedad, sin que haga falta llevar prueba del hecho mismo. SCHÖNKE <sup>93</sup> reconoce que los hechos notorios están eximidos de prueba. KISCH <sup>94</sup> dice, en igual sentido: "Los hechos notorios, de cualquier clase que sean, no necesitan ser probados; se llevan a los fundamentos de hecho de la demanda, sin más." LENT <sup>95</sup> afirma que no necesitan prueba aun cuando sean discutidos.

<sup>91</sup> CARRARA: *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1957, 8<sup>a</sup> ed., parte general, 11, nota a la pág. 282; ELLERO: *Trattato*, págs. 132 y 214; citas de LESSONA: ed. cit., núm. 170.

<sup>92</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 217-218.

<sup>93</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 200.

<sup>94</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 196.

<sup>95</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDUARDO F. RICCI: Napoli, Morano Editore, 1962, pág. 201.

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 los contemporáneos se deciden por la aceptación de la norma que exime de prueba el hecho notorio, consagrada en el art. 115 del actual Código de Procedimiento Civil, que autoriza al juez para poner como fundamento de su decisión y sin necesidad de prueba, "las nociones de hecho que forman parte de la experiencia común". Tal es la opinión de ROCCO<sup>96</sup>, para quien la notoriedad los convierte en hechos fuera de discusión en el proceso. CARNELUTTI defiende la misma tesis<sup>97</sup>, pero desde otro punto de vista, pues considera la notoriedad, no como razón para eximir de prueba al hecho, sino "como una forma de prueba" (opinión que rechazan los otros autores citados, tanto alemanes como italianos y españoles) y condena la amalgama de la admisión del hecho por el contrario y la notoriedad; en consecuencia, la considera prueba suficiente a pesar de que el hecho no sea admitido por la parte contraria. MICHELI<sup>98</sup> opina que el juez puede tener en cuenta un hecho notorio, "precisamente sin necesidad de prueba, aun cuando el hecho resulte controvertido" y a pesar de que el interesado no lo haya afirmado, e, inclusive, "en caso de oposición entre el hecho (aceptado) de la causa y el hecho notorio, el juez deberá tener como verdadero el segundo, considerando, por consiguiente, el primero como imposible". Por lo tanto, para este autor, cuando hay acuerdo de las partes sobre un hecho, en principio el juez está obligado a tenerlo por cierto (si la ley no exige prueba distinta de la confesión, aclaramos), pero si tal hecho está en oposición a otro notorio, el juez debe rechazar aquél como imposible (opinión que compartimos, a menos que exista una absurda norma legal que impida al juez apreciar la confesión y lo vincule a ella inexorablemente). CHIOVENDA compartía esta tesis, a pesar de no existir en el anterior código italiano, vigente cuando el gran maestro escribió, norma que la consagrara; en efecto, excluía del objeto de prueba los hechos notorios, porque "no exigen prueba"<sup>99</sup>. CALAMANDREI<sup>100</sup> y ALLORIO<sup>101</sup> son de la misma opinión. SCARDACCIONE

<sup>96</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, parte 6ª, págs. 178-179 y 185.

<sup>97</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, nota 19, pág. 16.

<sup>98</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 17, págs. 116-119.

<sup>99</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, vol. I, núm. 59, pág. 282.

<sup>100</sup> CALAMANDREI: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, páginas 184 y 224; *Per la definizione del fatto notorio*, En Rivista di diritto processuale civile, 1925, I, págs. 273 y sigs.

<sup>101</sup> ALLORIO: *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, págs. 361-378.

cita reiteradas decisiones de casación, en el mismo sentido, de los últimos diez años <sup>102</sup>.

La doctrina española está de acuerdo con la italiana y la alemana. GUASP <sup>103</sup> dice que quedan fuera del tema de prueba, por razón de la actividad que el conocimiento del dato supone, "aquellos hechos cuyo conocimiento es de tal intensidad que no se necesita, con respecto a los mismos, un acto especial dirigido a obtener el convencimiento del juez. A esta categoría pertenecen, típicamente, los hechos notorios". Opina, además, "que la notoriedad es una auténtica hipótesis de exención de prueba", que debe admitirse aun cuando la ley no la consagre, "puesto que una negativa en este punto llevaría resultados absurdos". SILVA MELERO <sup>104</sup> dice que las máximas de experiencia que el juez puede aplicar de oficio, "no sólo permiten explicar el brocardico *notoria non eget probatione*, sino que, además, resuelven en sentido positivo la duda que pueda plantearse cuando el juez ha de tener en cuenta la notoriedad". DE LA PLAZA <sup>105</sup> expresa que, no obstante faltar norma legal que lo consagre en el derecho español, "la notoriedad rectamente entendida, ha de contribuir, sin necesidad de probanza, a formar la convicción del juzgador conforme al principio de derecho *notoria non eget probatione*"; y cita el concepto de CARAVANTES, quien sostiene que "cuando los hechos sean de tal manera patentes, que no dejan lugar a dudas, no es necesaria la prueba judicial, por falta de objeto sobre el que pueda recaer, al paso que, cuando sean dudosos o se contradigan, dicha prueba será necesaria". FENECH <sup>106</sup> reconoce que "el hecho notorio no exige prueba y que pueden los titulares del órgano jurisdiccional requerir cuantos informes sean precisos para asegurarse de la notoriedad del hecho". También ARAGONESES <sup>107</sup> discuerda de FLORIAN y acoge la opinión dominante de que se hallan exentos de prueba los hechos notorios. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA <sup>108</sup> dicen expresamente que "el hecho notorio no necesita ser probado"; que su esencia está en ser conocido por todos, no porque el juez lo conozca a través de un número mayor o menor de personas; que en la jurisprudencia española ha habido dificultad para eximirlo de prueba, debido al inconveniente de trazar sus límites y a una confusión de los con-

<sup>102</sup> SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le Prove*, Torino, Utet, 1965, págs. 30-34.

<sup>103</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 341-342.

<sup>104</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, págs. 57-60.

<sup>105</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 453.

<sup>106</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 599.

<sup>107</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 495.

<sup>108</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 243-244.

ceptos de admisibilidad y necesidad de la prueba, pero que si el hecho notorio no requiere prueba, ello no significa que no pueda haber prueba sobre él. L. PRIETO CASTRO<sup>109</sup> opina que si bien la jurisprudencia exige generalmente la prueba del hecho notorio por aplicación del principio dispositivo, los hechos de fama pública absoluta y las máximas de experiencia al alcance de cualquier persona, “pueden ser tenidas en cuenta por el juez de oficio, porque, a pesar de todo, no bace con ello una aportación de hechos y no atenta contra el principio de justicia rogada, y porque, en último extremo, éstos se pueden calificar de evidentes”.

En Portugal, Joao DE CASTRO MENDES<sup>110</sup> opina que la noción de notoriedad es “lógicamente indispensable en el derecho procesal” y acepta que estén exonerados de prueba y de alegación, como lo dispone precisamente el art. 518 del C. de Pr. C. portugués.

La doctrina sudamericana concuerda con la predominante en Europa. ALSINA<sup>111</sup> dice que “están excluidos de prueba los hechos notorios”. COUTURE<sup>112</sup> estima que “en los casos en los cuales las partes no han suministrado prueba de un hecho, el juez puede dar por admitido este hecho si éste forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida”; concepto que si bien lo expone al tratar de las normas de la experiencia, tiene aplicación para el caso de notoriedad. Ya vimos que Antonio ROCHA termina aceptando esta doctrina, con la restricción de que la notoriedad debe ser permanente, no obstante estar de acuerdo con BENTHAM en que se trata de una noción sospechosa y a menudo utilizada para compensar la falta de prueba<sup>113</sup>. El mismo concepto exponen, en Brasil, A. A. LOPES DA COSTA, PONTES DE MIRANDA y AMARAL SANTOS<sup>114</sup>.

3ª) *Nuestro concepto.* Por nuestra parte, seguimos la doctrina predominante que exige 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

<sup>109</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, págs. 401-402.

<sup>110</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Edit. Atica, 1961, págs. 614-647.

<sup>111</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 187.

<sup>112</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, pág. 193.

<sup>113</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 19 y 26 y *De la prueba en derecho*, 1967, págs. 197-214.

<sup>114</sup> LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1959, t. III, núm. 94, págs. 105-107; PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, págs. 303-304; AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3ª ed. cit., t. I, núms. 101-105, págs. 163-171.

parte contra quien se opone; lo contrario equivale 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 afirmado por el adversario, tal como ocurre con cualquier hecho que la ley no exija probar con un medio distinto. Si no fuera así, no existiría diferencia alguna entre el hecho notorio y el no notorio, 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. Lo importante es determinar con exactitud cuándo se trata de verdadera notoriedad, con lo cual se eliminan los peligros que BENTHAM y demás autores del primer grupo señalan; correctamente entendida y aplicada no servirá para suplir la falta de actividad probatoria, ni para burlar la necesaria contradicción de los hechos que se aduzcan en el proceso.

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.

ROSENBERG, MICHELI, ALLORIO y AMARAL SANTOS consideran que el juez puede tener en cuenta el hecho notorio que no ha sido afirmado por la parte interesada, lo cual equivale a darle el mismo tratamiento que a las normas jurídicas y a confundirlo con las máximas de experiencia. La mayoría de los autores exigen que sea alegado, pero lo eximen de prueba, como ROSENBERG mismo lo reconoce<sup>115</sup>. Nosotros acogemos la segunda opinión y creemos que la discusión se elimina distinguiendo adecuadamente entre la afirmación del hecho mismo y la de su notoriedad, por una parte, y, por otra, entre hechos principales o accesorios de la demanda y hechos que configuran excepciones (lo último en las legislaciones que, como la colombiana, no exigen que se alegue la excepción, y, por lo tanto, tampoco los hechos que la configuran).

En los procedimientos civiles regidos por el principio de la congruencia, que exigen enunciar en la demanda los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, como son los actuales, 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 contradictorio y, por lo tanto, el derecho de defensa del demandado, sino también configurar el alcance del litigio y delimitar el contenido de las resoluciones judiciales que dehen desatarlo. La circunstancia de ser innecesaria su prueba y público su conocimiento no altera

<sup>115</sup> Véanse citas anteriores.

las razones que fundamentan ese principio, a menos que una norma legal disponga lo contrario.

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; la *causa petendi* es igual, sea que el hecho goce de notoriedad o que apenas lo conozcan las partes (salvo cuando la ley exige precisamente esa notoriedad para que se surta el efecto jurídico, como en la posesión de estado civil o las relaciones sexuales extramatrimoniales para efectos de la filiación natural, pero entonces se trata de un caso muy diferente, como luego veremos, *cfr.*, núm. 52). En relación con las pretensiones de la demanda la notoriedad del hecho es una circunstancia accesoria, que no necesita alegación, si no es presupuesto contemplado en la norma legal para que se surtan los efectos jurídicos de ella. Por estas razones no hace falta que en posterior ocasión se reclame la notoriedad, para que se exima de prueba ese hecho oportunamente alegado por el demandante; el juez debe tenerlo en cuenta y le corresponde oficiosamente examinar si necesita prueba, o si, por el contrario, debe aceptarlo sin ella en razón de su notoriedad.

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 perentoria no alegada, la conclusión es la misma que rige para los hechos que fundamentan la demanda, es decir, debe alegarse su existencia, cuando la ley no lo exima por razón de su notoriedad, pero no es indispensable reclamar su notoriedad; en cambio, para el sistema colombiano, que exige al juez considerar las excepciones probadas, aun cuando no hayan sido propuestas, salvo las de prescripción y compensación, 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, en el sistema europeo bastará que se proponga aquélla sin necesidad de afirmar el hecho; en el colombiano esto es más claro, pues el juez debe estimarlo cierto si reconoce su notoriedad y, en consecuencia, debe declarar la excepción aun cuando no se le haya propuesto.

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

Las definiciones de los autores y los ejemplos que aducen sobre hechos notorios, a fin de eximirlos de prueba, no están siempre de acuerdo. Éste ha sido uno de los motivos para que algunos vacilen en adoptar el concepto de notoriedad con su especial efecto procesal; pero nos parece obvio que la dificultad para precisar una noción no puede constituir

una razón para rechazarla, pues de lo contrario se deberían eliminar otras no menos difíciles y discutidas, como las de acción, interés para obrar, legitimación en la causa y cosa juzgada. Las diferencias, sin embargo, no son tan importantes como para que no pueda establecerse un concepto definido sobre esta noción, ni pueda existir acuerdo en lo fundamental.

Es indispensable precisar qué debe entenderse por notoriedad y por hecho notorio, para eliminar los peligros que suelen señalarse a su aplicación en el proceso. 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.

Resumimos a continuación el concepto de los autores más notables.

a) LA DOCTRINA ALEMANA. ROSENBERG<sup>116</sup> define los hechos notorios como "los conocidos en un círculo mayor o menor por una multitud discrecionalmente grande o que fueron perceptibles en las mismas condiciones, en tanto que también los conozca el tribunal", y pone estos ejemplos: los sucesos históricos o políticos y sus consecuencias, en particular para la vida económica, que difunden los periódicos; los acontecimientos locales, como perturbaciones; la distancia entre dos lugares; la situación y estado de común en una época pasada; el que un hombre sea considerado por el comercio como parte integrante de la firma; el que una denominación rige únicamente para una mercancía de determinada procedencia, clase o fabricación. En cambio, no es notoria "una circunstancia conocida únicamente, por propia experiencia, por uno de los miembros del tribunal". Cuando existe una notoriedad general pero desconocida por el tribunal, la gestión probatoria no se excluye y se realiza por lo común con testigos o peritos cuando se basa en convicción científica, como, por ejemplo, en los casos de cuestiones históricas o geográficas, y tiene la importancia de una prueba indiciaria para la verdad del supuesto hecho evidente. "Siempre es admisible la prueba en contra de que es falso el hecho notorio", dice ROSENBERG, y agrega: "La prueba sobre la notoriedad general no puede realizarse sin participación y conocimiento de las partes, y menos aún sobre el hecho mismo (notorio en general)." Como puede observarse, el profesor alemán exige dos requisitos para la notoriedad general: su conocimiento por una multitud discrecional que forme parte del círculo

<sup>116</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 218-219.



social donde actúan o viven los litigantes o donde ocurrió el hecho, y su conocimiento por el juez o tribunal del juicio.

SCHÖNKE<sup>117</sup> estima que tienen notoriedad general los hechos "conocidos con seguridad por todos o, al menos, por un gran círculo de personas"; aduce estos ejemplos: grandes acontecimientos históricos, la importancia de las ciudades, los sucesos de actualidad reseñados por los diarios (según el Tribunal Supremo) y el caso, aceptado por el mismo Tribunal Supremo, de que el whisky procede de Inglaterra; advierte que "es indiferente que estos hechos los conozca el juez en el momento, o que los determine con ayuda de los medios al alcance de todo el mundo, como, por ejemplo, un precio o cotización determinados, que se toman de los boletines de cotización generales". El concepto es similar al de ROSENBERG.

KISCH<sup>118</sup> dice que existe notoriedad general cuando los hechos "son conocidos por todo el mundo, o por un gran círculo de personas, con seguridad, ora porque son generalmente perceptibles (p. ej., la existencia, situación o importancia de una ciudad, el curso de un río, la distancia a que está una montaña, etc.), ora porque su existencia consta históricamente o porque, por la difusión que han alcanzado, están lo suficientemente acreditados (v. gr., las noticias de los sucesos diarios, dadas coincidentemente por los periódicos)".

LENT<sup>119</sup> habla de hechos universalmente conocidos o que una gran parte de la población los tiene por seguros, bien sea por haberlos percibido o por conocerlos por los medios generales de divulgación (radio, prensa), advirtiendo que esa notoriedad varía según el lugar y el tiempo, pues lo públicamente conocido en una ciudad puede ser desconocido en otra, y lo que fue notorio en una época puede no serlo en otra; también incluye los hechos conocidos por el juez en razón de sus funciones, como interdicciones o quiebras o divorcios.

GOLDSCHMIDT<sup>120</sup> acepta que para la notoriedad basta que el hecho sea conocido en un círculo local limitado de personas o por una clase determinada de población, pero no por sólo un grupo profesional.

b) LA DOCTRINA ITALIANA. CALAMANDREI<sup>121</sup> estima que deben ser hechos tan generalmente conocidos e indiscutidos, que produzcan en la conciencia del juez una certeza moral, racionalmente superior a la que nace de la prueba. En otro lugar explica que basta que el hecho forme

<sup>117</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 200.

<sup>118</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 196.

<sup>119</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI: Napoli, Morano Editore, 1962, págs. 201-202.

<sup>120</sup> GOLDSCHMIDT: *Derecho procesal civil*, edición española, Barcelona, 1936, pág. 259.

<sup>121</sup> CALAMANDREI: *Casación civil*, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1945, t. I, vol. II, tit. IV, núm. 121, y "Per la definizione del fatto notorio", en *Studi sul processo civile*, 1931, t. II, págs. 289 y sigs.

parte de las nociones común y pacíficamente aceptadas, en una esfera social determinada<sup>122</sup>. De suerte que, en este aspecto, está de acuerdo con los autores alemanes.

CARNELUTTI<sup>123</sup> considera que la notoriedad consiste en "la certeza del juez compartida por una generalidad de personas o adquirida de determinados modos, es decir, mediante una certeza calificada". Su opinión es similar a la de los autores citados antes. En otro lugar<sup>124</sup> presenta una definición aparentemente distinta, pues dice que son hechos relativos a los intereses generales, o sean aquellos que todo hombre de mediana cultura tiene, no tanto por la posibilidad, como por el estímulo, de conocer, que "entran en la experiencia común"; pero en el fondo continúa exigiendo que sean conocidos como ciertos en un círculo amplio de personas, no por la totalidad de las gentes; se ha criticado, con razón, el que vincule la notoriedad a los intereses generales, porque aquélla puede existir sin que el hecho interese a la colectividad ni a la mayoría, pues hasta que lo reconozcan como cierto<sup>125</sup>.

FLORIAN opina que la notoriedad es circunstancia relativa, mudable en el espacio y contingente en el tiempo, que varía según las diversas categorías sociales, y "por ello, para que el hecho sea notorio no se requiere que resulte conocido de todos". También estima que según sus características, la notoriedad será diversa en extensión y calidad<sup>126</sup>; que no debe exigirse que nadie dude de ella o que las partes no la discutan, pues la exclusión total de duda no es necesaria ni psicológicamente posible; que lo importante es que aparezca en tal forma, que haga cierto el hecho. Agrega que, como lo observa STEIN, las fuentes de la notoriedad son dos: percepción directa sensible de una multitud (por ejemplo, presenciar un voraz incendio) y la difusión (noticias oficiales, históricas, periodísticas)<sup>127</sup>. A continuación explica que "es notorio el hecho que lo conoce la mayor parte de un pueblo, de una clase, de una categoría, de un círculo de personas"; y que una definición resulta inadecuada, porque se trata de un criterio relativo. Más adelante expresa<sup>128</sup>: "No existen normas especiales para las cosas notorias y, por lo tanto, siempre está en juego en este caso el conocimiento privado del juez." El concepto de FLORIAN no se diferencia del de los

<sup>122</sup> CALAMANDREI: *Per la definizione del fatto notorio*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, t. I, págs. 273 y sigs.

<sup>123</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 4, nota 19, pág. 16.

<sup>124</sup> CARNELUTTI: *Instituciones del nuevo proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, núm. 224, pág. 339.

<sup>125</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 179.

<sup>126</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 43.

<sup>127</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, nota 72.

<sup>128</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 182.

autores alemanes, ni del de CALAMANDREI y CARNELUTTI, excepto en cuanto el último vincula la noción a los intereses generales.

MICHELI<sup>129</sup> conceptúa que debe ser un hecho “cierto para la generalidad de las personas, fuera de la litis, aun cuando en el concreto proceso sea discutido”; y más adelante<sup>130</sup> lo califica de “perteneciente a la cultura media, como hecho tal del que cualquiera tiene, o puede procurarse fácilmente su conocimiento”. Esta opinión concuerda con las anteriores.

Ugo Rocco<sup>131</sup> dice que no es suficiente que la noción del hecho entre en la experiencia común, para que pueda llamarse notorio, y que no hace falta su conocimiento por todos; agrega que para individualizar el concepto de notoriedad, debe recurrirse al requisito de su divulgación general, en el sentido de que no sea ignorado por el juez ni por los sujetos que viven en el consorcio civil o medio social respectivo, y lo define como “un hecho que, por su general y pública divulgación, no puede ser ignorado por ninguno, o que también debe ser conocido de todos”. Como ya hemos dicho, el art. 115 del actual C. de P. C. italiano establece que el juez puede tener como fundamento de su decisión, sin necesidad de prueba, los hechos que entran en la experiencia común; la norma comprende las máximas de experiencia como criterio para apreciar los hechos, y estos mismos en cuanto a su existencia; pero, como observa Ugo Rocco, para que exista notoriedad se requiere, además, su divulgación general, sin que se exija el conocimiento por todas las personas, sino en el medio social respectivo. Es un concepto más exigente.

GIORGI<sup>132</sup> llama notorio “lo que es tan evidente y público que el público entero sea testigo de ello”. Este autor discrepa de los anteriores, en cuanto exige el conocimiento del hecho por todo el público; pero debe entenderse que se refiere al público del lugar donde ocurre el litigio o sucedió el hecho, y por ello su concepto es similar al de Rocco.

LESSONA concuerda con los dos últimos en lo que respecta al alcance de la generalidad necesaria, pero le añade otro requisito: su indiscutibilidad. Opina que en general se entiende por notorio o notoriedad, el “hecho evidente y cuya existencia es pública, general e indiscutible” (debe entenderse en el medio social a que pertenece) y agrega que la evidencia debe constar en los autos de modo cierto y absoluto. Este concepto es consecuencia de su tesis de que para que haya exención de prueba el hecho notorio debe ser admitido o por lo menos no discutido por las partes, como vimos en el número anterior. Pero si hay acuerdo

129 MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 17, pág. 117.

130 MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, página 119.

131 ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, parte 6ª, pág. 179.

132 GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, 2ª ed., Madrid, núm. 435, pág. 497.

entre las partes, sobra la exigencia de su conocimiento público o general, y por ello se desvirtúa la noción.

La generalidad de los autores italianos están de acuerdo con la doctrina alemana, que sólo exige el conocimiento por la mayoría en el círculo social respectivo. Y tal es la tesis aceptada por la jurisprudencia de los últimos diez años, como se comprueba por las numerosas citas de sentencias de casación que trae SCARDACCIONE<sup>133</sup>, y que exigen únicamente que el hecho pertenezca a la cultura normal o media de un grupo social local.

c) LA DOCTRINA ESPAÑOLA. Jaime GUASP<sup>134</sup> considera como hechos notorios las "verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, así como los llamados hechos evidentes o axiomáticos"; observa que la notoriedad "estriba sólo en el grado especial y más intenso del conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirlo", por pertenecer a la cultura o experiencia común de los hombres, y concluye diciendo que hechos notorios son "los que disfrutan de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla". En consecuencia, no exige el conocimiento por todos ni la ausencia de discusión en el proceso, por lo cual su concepto es similar al que predomina en las doctrinas alemana e italiana.

SILVA MELERO<sup>135</sup> opina que el concepto de notoriedad se adhiere al de máximas de la experiencia, pero advierte que no deben confundirse, ya que éstas adquieren aquel carácter sólo cuando hayan alcanzado la "generalidad que limita cualquier particular consideración". Sin embargo, no sugiere que esa generalidad comprenda a todo el mundo.

DE LA PLAZA<sup>136</sup> dice que es un concepto vago, por ser difícil "separar aquellos hechos cuya certeza e indiscutibilidad son apreciables directa e inequívocamente por el juez, y aquellos otros que privadamente conoce", pero que "sólo puede predicarse de los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal, propia de un determinado sector de la sociedad, en el momento de decidir". No exige un conocimiento por todos, sino por un sector determinado y por el juez, lo mismo que la doctrina alemana y la predominante en Italia.

FENECH<sup>137</sup> advierte, muy atinadamente, que la notoriedad debe buscarse fuera del proceso y que no es una cualidad esencial del hecho,

<sup>133</sup> SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Le Prove, Torino, Utet, 1965, págs. 30-34.

<sup>134</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 341-342.

<sup>135</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 58-59.

<sup>136</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, págs. 451-452.

<sup>137</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 599.

sino algo que no depende del hecho mismo, puesto que solamente después de realizado adquiere o no notoriedad; habla de "hechos cuyo conocimiento integra la cultura media del juzgador", y opina que "los titulares del órgano jurisdiccional pueden requerir cuantos informes crean precisos para asegurarse de la notoriedad del hecho", sin que sea un medio de prueba. Luego no exige el conocimiento por todos, ya que contempla la posibilidad de que el juez no esté al corriente de la notoriedad y deba informarse de ella.

ARAGONESES<sup>138</sup> conceptúa que no se trata de los hechos divulgados por voz o fama pública, ni de los conocidos particularmente por el juez, "sino de los que por pertenecer a esferas culturales o prácticas, de un saber común, son públicos y sabidos de todos, sin dejar lugar a dudas, o, como dice CHIOVENDA, de los que son considerados como ciertos e indiscutibles por el conocimiento humano en general". Se trata, pues, de un concepto más exigente, similar al de ROCCO y GIORGI, que se separa del de la mayoría de los autores alemanes, italianos y españoles.

En *Portugal*, CASTRO MENDES opina que basta que el hecho sea de fácil conocimiento y accesible a la mayoría de las personas en una esfera social determinada<sup>139</sup>.

d) LA DOCTRINA SUDAMERICANA. ALSINA<sup>140</sup> define el hecho notorio como "aquél cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que ocurre la decisión", lo cual es diferente a exigir su conocimiento por todos. Y agrega que "el concepto de notoriedad es relativo, porque está limitado en el tiempo y en el espacio, pues lo que hoy es notorio puede dejar de serlo mañana, y lo que es notorio en un lugar puede no serlo en otro". Comparte, pues, el concepto de la mayoría.

COUTURE<sup>141</sup> dice que "aun en los casos en que las partes no han suministrado prueba de un hecho, el juez puede dar por admitido este hecho si forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida"; concepto que, si bien lo expone al tratar de las normas de la experiencia, tiene aplicación a la notoriedad, y significa que no hace falta el conocimiento por todos, tal como lo acepta la doctrina europea predominante.

ANTONIO ROCHA<sup>142</sup> se decide por la definición del diccionario de la lengua, luego de aducir la diversidad de opiniones expuestas por los

<sup>138</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 495.

<sup>139</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, ed. cit., páginas 642-647.

<sup>140</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 187.

<sup>141</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, pág. 193.

<sup>142</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 18-19 y *De la prueba en derecho*, Edit. Lerner, Bogotá, 1967, t. I, págs. 197-210.

autores: "pública noticia de las cosas, o conocimiento claro que todos tienen de ellas", y concluye que "notorio es lo público y sabido por todos" (creemos que se refiere al medio social a que corresponde), con la exigencia adicional de que se trate de hecho permanente y no transitorio, según el concepto de DELLA ROCA y REIFFENSTUEL, que cita y acoge, ya criticado por nosotros. El ilustre profesor colombiano adopta el criterio de la minoría, representada por LESSONA, ROCCO y ARAGONESES.

Los profesores brasileños A. A. LOPES DA COSTA<sup>143</sup> y PONTES DE MIRANDA<sup>144</sup> tienen conceptos similares. El primero lo define como "el hecho generalmente conocido, dentro de un determinado círculo de vida, en un espacio vital, para utilizar una expresión de moda", y agrega que "la extensión de ese círculo puede ser mayor o menor: el mundo, el país, un Estado, una ciudad, o, inclusive, un lugar". El segundo no es claro al respecto, pero de su exposición deducimos que para él la notoriedad se caracteriza por la circunstancia de que el hecho sea conocido por la mayoría.

e) CONCLUSIÓN SOBRE LA DOCTRINA EUROPEA Y AMERICANA. NUESTRA OPINIÓN. 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: 1ª) la de la minoría, que exige el conocimiento del hecho por todos en el círculo social respectivo (LESSONA, ROCCO, GIORGI, ARAGONESES y ROCHA); 2ª) 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 por investigaciones personales o gracias a pruebas aportadas con ese propósito, durante el proceso, y no le quede duda sobre la verdad del hecho, aun cuando se le discuta por alguna de las partes (ROSENBERG, SCHÖNKE, KISCH, FLORIAN, CABNELUTTI, MICHELI, GUASP, DE LA PLAZA, SILVA MELERO, FENECH, ALSINA, COUTURE, CALAMANDREI, GOLDSCHMIDT, SCARDACCIONE, CASTRO MENDES, LOPES DA COSTA y PONTES DE MIRANDA).

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); esta tesis es defendida por DELLA ROCA, 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.

<sup>143</sup> LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1959, t. III, pág. 105.

<sup>144</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, págs. 303-304.

Sin vacilaciones adoptamos la segunda tesis en ambos puntos. Tampoco es necesario que el hecho revista carácter nacional y mucho menos internacional; en esto hay acuerdo en la doctrina, pues se acepta que la notoriedad puede ser local, o estar limitada al medio social donde ha tenido ocurrencia el hecho o del cual forman parte las personas que litigan, según el caso, siempre que el juez la conozca o adquiera su conocimiento en el momento de decidir. Y no hace falta que el hecho notorio sea conocido y reconocido por todo el mundo y ni siquiera por todas las personas que viven en el medio social donde ocurre o donde se presenta el litigio, sino por muchas de ellas, y cuando se requieren ciertos conocimientos que no todos poseen, basta que en el círculo cultural a que corresponde resulte evidente su existencia y divulgación, por ejemplo, entre los ingenieros, médicos o bachilleres. Exigir que todos conozcan el hecho para que exista 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 general o especial divulgación de la certeza 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).

No es necesario que la notoriedad sea permanente, porque puede modificarse con el tiempo; 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. No aceptamos por este motivo la opinión de DELLA ROCCA y REIFFENSTUEL, acogida por ROCHA<sup>145</sup>, pero que la mayoría de los autores no comparte, opinión según la cual es indispensable que el hecho sea permanente; y no la aceptamos porque tal condición no hace falta para el conocimiento general que se tenga del hecho, ni para que el juez adquiera la certeza sobre su existencia, como sucede en los ejemplos que en seguida exponemos. Así, en desacuerdo con el ilustre profesor colombiano, creemos que el siniestro ocurrido en Cali el 7 de agosto de 1956 o el motín ocurrido en Bogotá el 9 de abril de 1948, no necesitan prueba, a pesar de haber sido transitorios u ocasionales, por su indudable notoriedad; en cambio, los efectos de tales sucesos en una propiedad o persona determinadas no

<sup>145</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 19.

tienen esa condición y requieren prueba. Ejemplos 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, como muy bien lo observa FENECH<sup>146</sup>, sino algo distinto y separado del hecho, que se produce en el entendimiento de las personas que lo presencian 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. 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 clara su notoriedad, debe rechazarla y exigir la prueba del hecho a quien corresponda tal carga.

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

No vemos dificultad mayor para apreciar, con este criterio, si existe verdadera notoriedad en un caso concreto, y creemos que es más imaginario que real el peligro de que se utilice la noción para suplir la prueba insuficiente y la negligencia de las partes; el juez podrá fácilmente concluir si está en presencia de aquélla o de un caso de éstos, sin necesidad de exigir requisitos extremos que le quiten su importancia práctica a esta noción.

En resumen, creemos que existe notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito. Si el juez no

<sup>146</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 599.



tiene certeza acerca de la notoriedad del hecho, entendida de esa manera, debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permita 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.

#### 48. 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<sup>147</sup>, o en virtud de sus mismas funciones, como dicen KISCH y LENT<sup>148</sup>. 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. La ordenanza procesal alemana habla en este sentido de hechos evidentes (ZPO, núm. 727; ZVG, núms. 71, 147, 164 y 177), y los exime de prueba, igual que a los que gozan de notoriedad general.

En Italia, en cambio, no existe un trato especial para estos hechos en el código actual, ni lo tuvieron en el anterior. FLORIAN<sup>149</sup> dice al respecto que los hechos conocidos por el juez en ejercicio de sus funciones, se diferencian, en el fondo, de los notorios, porque éstos existen fuera del tribunal y aquéllos "se derivan de un conocimiento que tiene su origen y sus límites en el campo judicial" y se someten a las reglas comunes sobre la prueba; sólo cuando las partes los acepten o al menos no los impugnen, podrá ser en concreto superflua la prueba. Y cita a STEIN, para quien lo dicho respecto de la notoriedad general, no puede aplicarse a los hechos judiciales notorios para el juez<sup>150</sup>. MICHELI<sup>151</sup> dice que si bien tienen la garantía de un adecuado conocimiento por parte del juez, que podría justificar la no necesidad de prueba, se objeta

<sup>147</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 218-219.

<sup>148</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 196; LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, Napoli Morano, Editore, 1962, pág. 202.

<sup>149</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 44.

<sup>150</sup> STEIN: Cita de FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 44, nota 80.

<sup>151</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 17, págs. 118 y 119.

que para considerarlos notorios se requiere que todos estén en condiciones de conocerlo, es decir, que sean susceptibles de constituir hechos notorios en sentido amplio, y concluye mostrándose partidario de aceptar la noción, pero sin definirse del todo. CALAMANDREI distingue genéricamente los hechos notorios pertenecientes a la cultura común, en un determinado período y lugar, de los conocidos por el juez en razón de sus funciones<sup>152</sup>.

En España, FENECH<sup>153</sup> estudia este tema, y dice: "Cuando el hecho es conocido por los titulares del órgano jurisdiccional a causa de su actividad profesional metaprocesal, el hecho debe reputarse de conocimiento privado del juez y debe ser objeto de prueba. Por el contrario, cuando el hecho de que se trata es conocido por los titulares del órgano jurisdiccional en virtud de su propia función, pero no por haber sido testigo de él, sino por pertenecer a la esfera de su propia cultura como funcionario de la administración de justicia, debe ser reputado como notorio y debe regir para él la máxima de que los hechos notorios no requieren prueba." Pone como ejemplo la afiliación de un sindicado de asociación ilegal, a un partido puesto fuera de la ley: la afiliación requiere prueba, pero el hecho de ser ilegal el partido no la requiere, por ser notorio para el juez. Con todo, le observamos que lo segundo sería un punto de derecho y no un hecho con notoriedad judicial. En cambio, GUASP, DE LA PLAZA, ARAGONESES, SILVA MELERO, L. PRIETO CASTRO, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, no incluyen en la noción de notoriedad los hechos conocidos por el juez en virtud de sus funciones judiciales<sup>154</sup>.

En Sudamérica, ALSINA, COUTURE y ROCHA tampoco le reconocen notoriedad a esta clase de hechos<sup>155</sup>.

De este breve repaso a la doctrina podemos deducir que, salvo en el derecho alemán, donde existe norma legal que lo permite, la noción de notoriedad judicial ha sido rechazada por la gran mayoría de los autores y excluida de las legislaciones.

No juzgamos conveniente aplicar la noción de notoriedad judicial 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 esos 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 suer-

<sup>152</sup> CALAMANDREI: Cita de MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 17, pág. 118.

<sup>153</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 600.

<sup>154</sup> Véanse citas en el número anterior.

<sup>155</sup> Véanse citas en el número anterior.

te que en ese medio no pueda haber duda razonable sobre su existencia. De otra manera es difícil distinguirla del conocimiento privado del juez, que, como veremos luego, no puede servir de fundamento a su decisión, sin que se desconozca el derecho de defensa y el principio de la contradicción, puesto que si tales hechos no son conocidos por las partes o sus apoderados, éstos no dispondrán de oportunidad para discutirlos y para probar en contrario, si es el caso (*cfr.*, núms. 31 y 50). Es mejor darle al juez facultades para decretar y allegar de oficio, en ambas instancias, las pruebas de los antecedentes judiciales y de los hechos que conozca 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; a menos que exista una norma legal que consagre la notoriedad judicial sin exigir más que el conocimiento del juez o tribunal en razón del desempeño de sus funciones, lo cual no sucede en Colombia, ni en Venezuela y Argentina.

#### 49. Son diferentes las nociones de notoriedad y de máximas o reglas de experiencia

Estas nociones tienen dos características comunes: su divulgación o conocimiento general, y su clasificación en dos grupos, según pertenezcan a la cultura media al alcance de la mayoría de las personas, o exijan conocimientos especiales propios sólo de un medio 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 experiencia contribuyen a formar el criterio lógico del juzgador y del perito cuando éste las aplica, 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 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 por lo tanto estén fuera del *thema probandum*; en cambio, las máximas de 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 experiencia no, por ser verdades generales obvias. Nos remitimos a lo expuesto sobre las últimas en los números 40 y 78<sup>156</sup>.

<sup>156</sup> Véanse citas en los números mencionados, y en particular COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, páginas 192-193; FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 43 y 182-183; SILVA MELEIRO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 58; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Revista de derecho privado,

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

Es necesario cuidarse de no confundir el conocimiento personal 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 o donde 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, sin que el juez pueda eximirlo de prueba en razón de conocerlo personalmente. 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 considerarlo como inexistente. Todos los autores distinguen expresa o tácitamente estas nociones, inclusive los que aceptan la simple notoriedad judicial<sup>157</sup>.

Pero sólo en un sistema rigurosamente dispositivo, que actualmente no existe, resalta cierto que el juez no puede servirse, para ningún fin procesal, de su conocimiento privado de los hechos que interesan al proceso. En efecto, esa ciencia privada le sirve para formularles preguntas a los testigos o exigirles la aclaración de sus respuestas, para solicitarles a los peritos que amplíen o aclaren su dictamen, para decretar inspecciones judiciales y pruebas de otra índole cuando disponga de facultades inquisitivas generales o en providencias para mejor proveer, e inclusive, para orientar su criterio en la crítica de la prueba practicada. En otros términos, ese conocimiento privado no es prueba ni puede suplirla, pero puede ser muy útil en las labores de dirigir el debate probatorio y de apreciar sus resultados, aunque en este último caso no sirve para desconocer el mérito que la ley les asigne a las allegadas al expediente. Naturalmente, en un sistema de libre apreciación es más

---

1954, t. I, pág. 452; CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Edit. Atica, 1961, págs. 610, 660-667; SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le Prove*, Torino, Utet, 1965, págs. 35-36.

<sup>157</sup> Puede verse, por todos, ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, tomo II, páginas 179 y 910; KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 196; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, página 451; FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, pág. 599; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 495; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 60, nota 15.

importante la influencia que en esta función puede tener esa ciencia privada del juez.

Al estudiar el principio dispositivo y el inquisitivo dijimos que la prohibición de juzgar basándose en el conocimiento privado de hechos no notorios, no es aplicación del primero ni afecta la eficacia del segundo, como ocurre en el proceso penal moderno, sino consecuencia del derecho de defensa y del principio del contradictorio, que resultarían violados al no disponer las partes de oportunidad para controvertir el hecho que el juez considera conocer y para probar en contrario, ante la posibilidad de que éste se equivoque (*cf.*, núms. 22, 23 y 31).

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

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

La fama pública es una opinión generalizada en cierto medio 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 hogar, el ser alguien responsable de un crimen, o el haber ocurrido un ilícito (como la malversación de fondos de una entidad pública). 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. Esta 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 afirma han sucedido, mientras que el rumor tiene un cierto carácter de probabilidad, 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 de este siglo (art. 349), se ha llegado a prohibir la prueba del rumor público. Por ello el rumor no es objeto de prueba, ni puede eximir de prueba al hecho, ni sirve para orientar el criterio del juez en la apreciación de las pruebas; lejos de darle mayor verosimilitud al

hecho, como ocurre con la fama cuando la ley exige su prueba, es sospechoso y debe ser descartado radicalmente por el juez.

## 52. El caso especial de la notoriedad como causa o fuente de un derecho material

Como muy bien lo explican LESSONA<sup>158</sup> y ROCHA<sup>159</sup>, la noción de notoriedad tiene un significado sustancial cuando la ley la 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 o la paternidad natural, es necesario que exista notoriedad en la relación o situación jurídica que la ley contempla como presupuesto para su aplicación.

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

En los casos que ahora contemplamos, la notoriedad se convierte en 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 (relaciones sexuales o trato de cónyuges o de padre e 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 adicciona y califica la prueba del hecho, haciéndola más compleja y difícil, porque debe probarse su notoriedad (por ejemplo, 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 o en las relaciones sexuales, 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

<sup>158</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 175, págs. 217-218.

<sup>159</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 24-25 y 259-265.

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 esos hechos los que constituyen la prueba, al aparecer notorios.

## CAPÍTULO IX

### DEL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

#### 53. Diferencia entre objeto y fin de la prueba

En el 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.

Claro es que extraprocesalmente la prueba desempeña ciertas funciones importantes, como lo vimos al tratar de su naturaleza (*cfr.*, números 1 y 14), 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. Estos pueden ser los fines extraprocesales de la prueba. Pero desde el punto de vista de la prueba judicial, de su función 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 (*cfr.*, núm. 3).

Este capítulo está consagrado a resolver dicho interrogante.

#### 54. Diversos puntos de vista para el planteamiento de esta cuestión

Si se examina en forma parcial, el problema del fin 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 aquél, 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 y nulidad de matrimonio, en que pueden estar acordes, por desear ambas partes un mismo resultado), ocurre que la prueba se convierte en un arma de ataque y de defensa, con la cual se busca obtener lo pedido en la demanda o conseguir su rechazo.



Pero esos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba, 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. La parte puede tratar de desvirtuar ese fin, torciéndolo en su beneficio, como sucede con la acción o el derecho de contradicción y los recursos, debido a que desde el momento en que es necesaria la intervención de aquélla para que la función jurisdiccional se ponga en movimiento, se desenvuelva en el proceso y culmine en la sentencia, es inevitable que al lado del fin abstracto principal y propio de la institución o del especial derecho ejercitado, aparezca el fin secundario y concreto que esa parte persigue, de acuerdo con su interés y su egoísmo <sup>1</sup>.

### 55. Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial

En esta materia, como en casi todas las relacionadas con las pruebas judiciales, las teorías son muy diversas, 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 BONNIER y CLARÍA OLMEDO.

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.

Jeremías BENTHAM <sup>2</sup> explica que la persuasión es susceptible de diferentes grados de fuerza o de intensidad. "En un caso decimos, me inclino a creer; en otro, creo; en otro, sé. Pero estas palabras están muy lejos de expresar todos los matices intermedios, desde la simple probabilidad hasta la certeza moral." Cada elemento judicial está sujeto a variaciones de cantidad y de grado. Estas palabras podrían hacer creer que para el ilustre precursor de la ciencia de las pruebas judiciales en el mundo moderno, su fin consiste en producir la persuasión en el juez. Pero en otro lugar define las pruebas y precisa su pensamiento sobre el fin que persiguen, con estas palabras: "Sin embargo, no se debe entender por tal sino un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 46, 61, 110 y t. III, número 383; *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 20, 56 y 86.

<sup>2</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, cap. XVII, págs. 85 y 86.

<sup>3</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, cap. VI, pág. 30.

RICCI<sup>4</sup> dice, en el mismo sentido, que probar "vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha existido de un determinado modo, y no de otro", y que la prueba "no es un fin por sí misma, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad".

E. BONNIER acepta esta teoría, cuando dice: "Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestra idea y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.<sup>5</sup>" Más adelante habla de evidencia interna, o sea la que nos advierte de los hechos que se verifican en nosotros mismos, y de evidencia producida por los hechos exteriores que percibimos por los órganos de nuestros sentidos, menos perfecta que aquélla<sup>6</sup>. No obstante, en otro lugar observa que "se puede haber acumulado toda clase de pruebas; es decir, todos los medios de prueba, sin que exista en el ánimo del juez prueba, esto es, sin que se haya formado convicción en su ánimo". En el último párrafo le asigna a la prueba el fin de llevar la convicción al juez.

De igual opinión es José A. CLARÍA OLMEDO<sup>7</sup>, pues habla de descubrir si la realidad coincide con la proporción contenida en el libelo imputativo.

Nicola FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>8</sup> adhiere a esta tesis, según los siguientes párrafos: "La finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad"; "la prueba en general es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano; la prueba es, pues, por este aspecto, el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar en el espíritu", y "en crítica criminal, cuando se examinan todos los medios por los cuales la verdad puede llegar al espíritu, todos esos medios se compendian en el nombre genérico de pruebas"<sup>9</sup>. Pero en otros lugares de la misma obra dice lo contrario. En efecto, el Capítulo I está consagrado a explicar cómo "la certeza surge ordinariamente del influjo de la verdad objetiva", pero "no es la verdad misma, sino simplemente un estado subjetivo, que a las veces, por obra de nuestra propia imperfección, no responde a la verdad objetiva", de modo que no se la

<sup>4</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 1, pág. 11, y núm. 5, pág. 18.

<sup>5</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 1, págs. 8-9.

<sup>6</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 8, pág. 17, y núm. 9, pág. 18.

<sup>7</sup> CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1963, pág. 235.

<sup>8</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, cap. III, pág. 135.

<sup>9</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, págs. 89 y 94.

debe confundir con la realidad exterior; la certeza responde a un estado anímico simple e indivisible, exista o no, pero no corresponde siempre a la verdad objetiva, cosa que no puede pretenderse en el proceso penal (y menos en el civil, por consiguiente, cuando está regido por el sistema de la tarifa legal pura o atenuada). Más adelante asevera que "el sujeto natural de la certeza no es ni puede ser sino la mente del que juzga"<sup>10</sup>, y en otros lugares habla del principio lógico que tiene su origen "en los medios de prueba de que dispone el hombre para hacer que en otro hombre surja la certeza"<sup>11</sup>, de que "el convencimiento judicial debe ser razonado"<sup>12</sup> y de que "la decisión del juez se basa en la certeza subjetiva que tenga y puede no ser la verdad"<sup>13</sup>. Afirma también FRAMARINO que "la prueba es la relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad", y hace amplias consideraciones acerca de la prueba acumulativa de certeza y del convencimiento judicial<sup>14</sup>. Así, pues, en definitiva se inclina por asignarle a la prueba como fin el llevar al juez la certeza subjetiva sobre los hechos, que puede o no corresponder a la verdad objetiva; por eso manifiesta que en materias civiles el juez debe contentarse "con una verdad ficticia, que responde a una verdad más convencional que real"<sup>15</sup>.

DELLEPIANE<sup>16</sup> parece inclinarse por esta doctrina cuando dice que "la prueba judicial implica, en cierto modo, una confrontación o verificación"; que un tercer aspecto del asunto señala que "la prueba tiene por objetivo la verdad, o cierta clase de verdad, a lo menos tratándose de los juicios"; que "tanto una tarea como la otra se dirigen, en último análisis, a encontrar la verdad". Pero explica que la verdad es la cosa misma, el acuerdo del pensamiento con su objeto, mientras que la certeza es lo que se cree real o verdadero; que "la verdad, en los litigios, es de dos clases o formas: verdad en cuanto a los hechos, verdad en cuanto al derecho"; que "hay verdad en cuanto a los hechos, cuando la idea que de ellos se forma el juez concuerda en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son", y que obtener plena prueba es lo mismo que "llegar a la certeza sobre la existencia de un hecho". Por lo tanto, cuando DELLEPIANE se refiere a la verificación de la verdad, está contemplando más bien la actividad extraprocesal del historiador o investigador, pero, respecto a la prueba judicial, la considera en definitiva como el medio de llegar a la certeza sobre la

<sup>10</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, cap. II, pág. 41.

<sup>11</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., pág. 147.

<sup>12</sup> FRAMARINO: Ob. cit., pág. 50.

<sup>13</sup> FRAMARINO: Ob. cit., págs. 57-58.

<sup>14</sup> FRAMARINO: Ob. cit., t. I, págs. 94, 95 y 124.

<sup>15</sup> FRAMARINO: Ob. cit., pág. 120.

<sup>16</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 35-39.

existencia del hecho, por lo cual debemos catalogarlo entre los autores que sostienen la segunda tesis.

La posición de Hugo ALSINA es también indecisa. Por una parte, dice que la función de la prueba consiste en "la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende"<sup>17</sup>. Esto incorpora a dicho tratadista en el primer grupo de autores. Pero luego sostiene lo contrario: "El esfuerzo que las partes realizan con la producción de la prueba tiende a producir en el juez la convicción de la verdad de sus afirmaciones"<sup>18</sup>, y concluye aceptando que "la prueba tiende a formar la convicción del juez"<sup>19</sup>. Nos inclinamos a creer que el segundo es su verdadero concepto, y que en el párrafo citado en primer lugar incurrió en un error de redacción.

Por ciertos pasajes de su obra sobre *La prueba civil* puede pensarse que CARNELUTTI acoge esta primera tesis, pero su posición tampoco es clara y preferimos exponerla al explicar la teoría que le asigna a la prueba como fin la fijación de los hechos en el proceso.

En Colombia sostiene esta tesis Enrique A. BECERRA, pues habla de descubrir y de demostrar la verdad; sin embargo, habla también de "darle la certeza" al juez sobre los hechos y de "elementos de convicción", de manera que su concepto resulta indeciso y contradictorio<sup>20</sup>.

b) TEORÍA QUE RECONOCE COMO FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL EL ORTENER 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 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.

Así, LESSONA<sup>21</sup> dice que el efecto probatorio "se dirige a convenir al juez" y que todo medio de prueba puede alcanzar "el doble fin de hacer conocido del juez un hecho —es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él—, y justamente de darle la certeza de la existencia

<sup>17</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 172.

<sup>18</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 173.

<sup>19</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 220.

<sup>20</sup> ENRIQUE A. BECERRA: *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1933, t. I, págs. 6-7.

<sup>21</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 5, págs. 6 y 7.

o de la inexistencia de aquel hecho"; esa certeza será legal si la ley la impone al juez, y será moral, si la tiene el juez como efecto de su estado subjetivo. Por su parte, CHIOVENDA<sup>22</sup> da una definición de la función de probar, que lleva al mismo resultado: "Crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso." GORPHE<sup>23</sup> considera que la verdadera demostración "tiene a convencer al juez", y que "la finalidad de las pruebas debe consistir en obtener una certeza, aunque con frecuencia bagan alto en mitad de su camino", y que no se puede aspirar a una "apodíctica certidumbre"<sup>24</sup>. FLORIAN<sup>25</sup> opina en el mismo sentido, esto es, que "la prueba en el proceso penal se dirige principalmente a convencer al juez" aun cuando en parte se dirige también al ministerio público y a todos los sujetos procesales; explica, además, que "probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho"<sup>26</sup>, definición que coincide con la de CHIOVENDA. MICHELI<sup>27</sup> dice que la sentencia contiene "la declaración completa de certeza de la relación o del estado jurídico controvertido" y que con la prueba se alcanza la certeza que le permite al juez emitir un juicio. También CARRARA afirma que "en general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos"; pero puede haber certeza donde no haya verdad<sup>28</sup>.

Pertenece a este grupo Ugo Rocco<sup>29</sup>, para quien la prueba tiene por fin "formar la convicción de los órganos (jurisdiccionales) sobre la verdad o existencia de los hechos"; el convencimiento es siempre subjetivo y relativo, por lo cual "la verdad conseguida a través de la prueba y de los medios de prueba, es siempre una *verdad subjetiva*", que sustituye la objetiva o material, y es "lo más próxima posible a la pro-

<sup>22</sup> CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 280, e *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 321, pág. 221.

<sup>23</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, cap. I, pág. 34.

<sup>24</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, conclusión, págs. 485 y 486.

<sup>25</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 9.

<sup>26</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 2; también núm. 112.

<sup>27</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 27, págs. 180-181.

<sup>28</sup> CARRARA: *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1957, t. II, pág. 381.

<sup>29</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, págs. 181-182.

bable verdad objetiva". En otro lugar declara que "la función de la prueba es netamente procesal, como que está encaminada, en el ejercicio del derecho de acción y de contradicción, a formar la convicción del juez, manifestada en el pronunciamiento de la sentencia de fondo"<sup>30</sup>.

FURNO<sup>31</sup> acepta esta tesis, pues dice que el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza histórica relativa sobre los hechos y propone, con muy buen tino, sustituir los términos "verdad material" y "verdad formal", por las expresiones "certeza histórica judicial" y "certeza histórica legal", según que el juez tenga libertad para valorar la prueba o se encuentre sometido a una tarifa legal.

La doctrina alemana acoge por lo general esta tesis. MITTERMAIER<sup>32</sup> dice que se da el nombre de prueba "a la suma de motivos que producen la certeza", y que, entendida "con relación a aquel ante quien se produce, viene esta palabra a ser sinónimo de certeza"; "pues entonces se toma como objetivamente y comprende el conjunto de motivos poderosos que sirven para concluir con toda seguridad, que son reales y efectivos los hechos de inculpación"; advierte, sin embargo, que "la convicción procede de la individualidad del juez", por lo cual "la sentencia es evidentemente subjetiva"<sup>33</sup>. Este estado de entendimiento —explica MITTERMAIER— "tiene los hechos por verdaderos, apoyándose en motivos bastante sólidos" y se llama convicción; ésta toma el nombre de certeza "desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, o desde que éstos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmados". "Aunque siempre puede ser supponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero", agrega el ilustre autor alemán, "el legislador ha querido que en esta certeza razonable estuviere la base de la sentencia"; la probabilidad se distingue de la certeza en que aquélla supone que los motivos en contrario no han desaparecido completamente y en que no puede servir de base a la condena (*probabile quod quidem sui habet rationem, sed nondum ex omni parte sufficientem*)<sup>34</sup>. SCHÖNKE define la prueba<sup>35</sup> como "la actividad de las partes y del tribunal encaminada a proporcionar al juez la convicción de la verdad o falsedad de un hecho". ROSENBERG opina que existe prueba principal "cuando se ha proporcionado al juez un grado tan alto de probabilidad del hecho afirmado, que lo considera verídico",

<sup>30</sup> ROCCO: *Teoría general del proceso civil*, México, Edit. Porrúa, 1959, página 418.

<sup>31</sup> FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, núm. 6, págs. 20 y 21.

<sup>32</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, t. I, pág. 43.

<sup>33</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, págs. 51, 56 y 58.

<sup>34</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. cit., páginas 59-63.

<sup>35</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 198.

y que se logra la contraprueba cuando “el tribunal se convence de la falsedad del hecho afirmado” o “se le hace perder la convicción de la verdad” y el hecho queda de nuevo en la incertidumbre; más adelante agrega: “Ninguna prueba que tenga por objeto la comprobación de afirmaciones de hecho puede más que convencer a un hombre razonable y experimentado”, a pesar de que el error sea siempre posible<sup>36</sup>. En otra obra<sup>37</sup> dice, en el mismo sentido, que la prueba es “una actividad que debe fundar en el juez (*judici fit probatio*) el convencimiento de la verdad o falsedad de una afirmación” y que en sentido estricto “pretende fundar el convencimiento pleno del magistrado; es decir, un convencimiento de tan alto grado de verosimilitud, que ninguna persona razonable, que aprecie con claridad las relaciones vitales, pueda todavía dudar. No puede pretenderse más en el proceso, en el que se trata de aclarar acontecimientos históricos. Por eso se habla aquí de prueba histórica”. Advierte, no obstante, que no puede llegarse a la certeza absoluta propia de las pruebas lógicas de los principios científicos y en particular de las matemáticas. Friedrich LENT<sup>38</sup> manifiesta que “con el término prueba se alude a una actividad de la parte o del juez, dirigida a convencer al último sobre la verdad o la falsedad de una afirmación”.

En Francia, dos autores contemporáneos, André HUET y Jean SICARD, acogen esta tesis, aun cuando el segundo no es bien explícito y se refiere al sistema de la íntima convicción del juez, vigente en dicho país<sup>39</sup>.

La doctrina española acoge la misma tesis. GUASP<sup>40</sup> dice que la contraposición entre la teoría de carácter sustantivo o material que ve en el fin de la prueba la demostración de la verdad o falsedad de una afirmación y la que desde un punto de vista formal ve en ella un simple mecanismo de fijación formal de los hechos procesales, puede superarse, “si se ve en la prueba, no una actividad sustancialmente demostrativa ni de mera fijación formal de los datos, sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los datos mismos”; por ello solamente el sistema de la prueba libre resulta congruente con la significación esencial de esta clase de actos: “exteriorizar la convicción

<sup>36</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, núm. 6, pág. 69 y núm. 14, pág. 165.

<sup>37</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 200.

<sup>38</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, MORANO Editore, 1962, pág. 197.

<sup>39</sup> ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois, en matière de preuve*, París, Edit. Dalloz, 1965, págs. 31-32; JEAN SICARD: *Le preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, págs. 17-22.

<sup>40</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 332 y 350.

del juez tal como ésta surge al finalizar los actos de prueba”, que es una realidad, aun cuando consista en una creencia. DE LA PLAZA<sup>41</sup> acoge la opinión de LESSONA, que ve en el fin de la prueba el dar a conocer al juez los hechos de un modo claro y preciso, y, a la vez, procurarle certeza a propósito de su existencia o inexistencia. FENECH<sup>42</sup> opina que las pruebas son “actos que tienden a formar el convencimiento del titular del órgano jurisdiccional”, vale decir, que su “función es formar el convencimiento del juez o tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso”; y luego observa que los actos de prueba “tienden a formar el convencimiento judicial sobre la verdad de un hecho en el proceso”<sup>43</sup>. De la misma opinión son VIADA y ARAGONESES<sup>43 bis</sup>. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>44</sup> la consideran como “aquella actividad procesal encaminada a producir en el juez el convencimiento de la verdad o no verdad de una alegación de hecho”, de manera que comparten esta tesis. L. PRIETO CASTRO<sup>45</sup> la define también como la actividad “para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso”; pero más adelante advierte que “sólo hasta cierto punto es exacta la afirmación de que la prueba tiene por finalidad producir la convicción del juez”, porque ni la confesión ni la *ficta confessio* aportan convencimiento lógico, ni el juez determina la necesidad de la prueba, pues sólo en el juicio de menor cuantía puede abrir a pruebas de oficio. Creemos, sin embargo, que estas dos observaciones no afectan la afirmación de que el fin de la prueba es producir el convencimiento del juez, porque de todas maneras, como el mismo autor lo reconoce, él necesita adquirir ese convencimiento de los hechos, para decidir sin recurrir a la regla de la carga de la prueba. Una cosa es que la ley exija la iniciativa de las partes para la producción de la prueba, y otra muy distinta que el fin de la producción sea el llevarle al juez la convicción sobre los hechos de la causa, sin que importe que, como sucede en las dos clases de confesión, la ley les señale su valor y, por lo tanto, exista entonces una convicción formal y no lógica, como sucede en todos los casos en que la tarifa legal le señala a un medio el valor de plena prueba. En Portugal acoge esta tesis Joao DE CASTRO MENDES<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, pág. 405.

<sup>42</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 573.

<sup>43</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 612.

<sup>43 bis</sup> VIADA - ARAGONESES: *Curso de derecho procesal penal*, t. I, Madrid, 1968, pág. 337.

<sup>44</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, pág. 234.

<sup>45</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, págs. 395 y 403.

<sup>46</sup> JOAO DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Ed. Atica, Lisboa, 1961, pág. 741.



Los civilistas PLANIOL y RIPERT<sup>47</sup>, ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>48</sup> hablan también de las pruebas como de “elementos de convicción” y de medios para “convencer al juez”, respectivamente.

CARLOS COSSIO<sup>49</sup>, filósofo del derecho, afirma que “la verdad toma el modo de fuerza de convicción como una intrínseca calidad de la sentencia misma” y que “nuestra pesquisa por la verdad jurídica queda limitada a analizar dónde está la fuerza de convicción de una sentencia”; agrega que el juez debe ser imparcial, no arbitrario, y que “la sentencia, en su esencia ontológica, es valoración jurídica y que su posibilidad científica se funda en la justicia como fundamento”. Más adelante repite que la verdad jurídica es “una valoración de justicia”, pero que la verdad de la conducta estimativa, si bien está desligada de la falsedad, se halla ligada al error, porque una sentencia carente de fuerza de convicción se califica como un error, pero no de falsedad; por eso es una verdad estimativa, y cuando el juez absuelve *in dubio pro reo*, se decide “sin error por una justicia que aparece como la verdad estimativa de su sentencia”<sup>50</sup>. Habrá fuerza de convicción “procediendo de acuerdo con las valoraciones jurídicas vigentes”<sup>51</sup>; esto significa que la convicción puede ser el resultado de la libre apreciación o de la tarifa legal.

COUTURE<sup>52</sup> opina, en el mismo sentido, que el juez debe “formarse convicción”, que la prueba es “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en los juicios” y que “desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado”.

En Brasil, A. A. LOPES DA COSTA, PONTES DE MIRANDA y AMARAL SANTOS acogen esta tesis, lo mismo que en Portugal CASTRO MENDES<sup>53</sup>.

47 PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, págs. 749 y 762.

48 ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, núm. 788, pág. 463.

49 COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, págs. 224 y 226.

50 COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, págs. 236-240.

51 COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, pág. 245.

52 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, págs. 217 y 218.

53 LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1959, t. III, núm. 163, pág. 167; PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, pág. 288; JOAO DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Edit. Atica, 1961, pág. 741; AMARAL SANTOS: *Prova judiciária no nível c comercial*, 3ª ed., t. I, núms. 5 y 8, págs. 15 y 17.

En Colombia comparten esta tesis ROCHA<sup>54</sup>, ALZATE NOBEÑA<sup>55</sup> y Gustavo Humberto RODRÍGUEZ<sup>56</sup>.

La opinión de CARNELUTTI es en definitiva favorable a esta tesis, pese a que por algunos aspectos puede pensarse que acoge la primera, como lo veremos en el punto siguiente.

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.

Como observa GUASP<sup>57</sup>, ante la imposibilidad de asignarle a la prueba el fin de llevar la verdad al proceso, cuando la ley controla de modo convencional las afirmaciones de las partes, se la considera como "un simple mecanismo de fijación formal de los hechos procesales". Con todo, esto tiene el inconveniente de asignarle un carácter netamente artificial.

CARNELUTTI<sup>58</sup> dice al respecto que el juez tiene la "obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley"; y luego agrega que en realidad el proceso no sirve para "conocer los hechos, o sea para establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos"<sup>59</sup>. Y al tratar de la prueba en sentido jurídico, explica que, si bien en el significado corriente probar es demostrar la verdad de una proposición afirmada, en el jurídico la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la húsqueda de la verdad, sino de los procesos de fijación formal, y concluye: "Probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados"; así, la ley habla de prueba para designar todos los medios de fijación intensamente formales, como, por ejemplo, la confesión y el juramento<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, pág. 4, y ed. 1962, pág. 14.

<sup>55</sup> ALZATE NOBEÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, págs. 14, 43, 44 y 67.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ: *Pruebas criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, ediciones Universidad Libre, 1962, t. I, pág. 61.

<sup>57</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 332.

<sup>58</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 10, pág. 45.

<sup>59</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 11, pág. 52.

<sup>60</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 10, págs. 43-44.

Aparentemente esta tesis parece correcta, porque, como CARNELUTTI mismo lo dice en otro lugar<sup>61</sup>, gracias a la prueba el juez puede “fijar en la sentencia el hecho *no fijado por las partes*”, esto es, el controvertido o afirmado por una y no admitido por la otra, lo cual resulta más ajustado a la realidad en el sistema de la tarifa legal. Pero creemos que con esto se deja el problema sin resolver, pues se trata precisamente de saber cuándo quedan esos hechos fijados en el proceso: si cuando se ha verificado la verdad de ellos, o simplemente cuando se ha producido en la mente del juez o de acuerdo con la tarifa legal la certeza o el convencimiento sobre tales hechos. Así, pues, los hechos pueden ser fijados por la convicción del juez, esté o no determinada por una previa valoración legal de los medios de que se sirve, o solamente por la demostración de la verdad.

CARNELUTTI no define bien su pensamiento sobre este tema. En algunos pasajes de la obra citada da la impresión de considerar como fin de la prueba la verificación de la verdad, pero en otros habla de obtener con ella la certeza. Ya citamos un párrafo en donde niega que el proceso sirva para establecer la verdad de los hechos; en otro dice que si se excluye la certeza del campo de sus resultados, sería prueba lo que no prueba nada, y luego admite que si por certeza se entiende “la satisfacción del juez acerca del grado de verosimilitud”, ella “se consigue con la prueba”<sup>62</sup>.

En obras posteriores expresa, en favor de la segunda tesis, que no es cierto que el proceso civil no tienda como en el penal a la verdad, “sino que dentro de ciertos límites sacrifica esta tendencia para conseguir el beneficio de la certeza”<sup>63</sup>. Pero en otro lugar sostiene que prueba es “el conjunto de los medios que sirven para hacer comprobar al juez la verdad de los hechos afirmados”<sup>64</sup> y que “desde el punto de vista del fin, las pruebas son medios de búsqueda de la verdad; desde el del resultado, son medios para la fijación de los hechos”<sup>65</sup>; esto es, parece defender la primera tesis. En el *Sistema* le reconoce a la prueba como función la verificación de la afirmación, como objeto inmediato y del hecho como mediato.

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

<sup>61</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 4, págs. 15 y 17.

<sup>62</sup> CARNELUTTI: *Ob. cit.*, núm. 13, pág. 58, y núm. 19, pág. 96.

<sup>63</sup> CARNELUTTI: *Studi di diritto processuale civile*, t. I, pág. 218; *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, t. II, pág. 201; véase Apéndice de *La prueba civil*, ed. cit., t. VI, pág. 216.

<sup>64</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, t. II, núm. 335.

<sup>65</sup> CARNELUTTI: *Studi di diritto processuale civile*, t. IV, pág. 377.

fijación de los hechos se considera obtenida cuando el juez adquiere certeza o convencimiento sobre su existencia o inexistencia, sin que pueda exigirse que esté siempre en posesión de la verdad.

d) NUESTRO CONCEPTO. La teoría de la verificación de la verdad de los hechos como fin de la prueba ha sido abandonada por la mayoría de los autores, según ya lo hemos indicado. Se observa, con razón, que la verdad es la identidad del conocimiento 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, aunque por ello no dejan de cumplir el fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso voluntario, con arreglo a lo que considera que es la verdad, o, dicho de otra manera, en virtud del convencimiento o la certeza (moral o legal, según el sistema de apreciación que rija) que adquiera sobre los hechos.

Si, como observa GORPHE<sup>66</sup>, "la verdad tuviese siempre un carácter diferente del error, que no es más que su contrario, distinguirla de él sería un simple juego"; pero, según decía MONTAIGNE<sup>67</sup>, la verdad y la mentira (con mayor razón el error involuntario, agregamos), "tienen sus rostros iguales, el porte, el gusto y las maneras idénticas: las vemos con los mismos ojos". Y citando a WACH, agrega GORPHE: "Las mismas funciones síquicas, actuando según las mismas reglas, nos conducen tanto a la verdad como al error", y únicamente una cuidadosa comprobación, hecha en todos los sentidos, puede prevenirnos contra el error<sup>68</sup>, aunque no eliminar toda posibilidad de caer en él. Si bien la realidad del objeto es una, puede haber una variedad infinita de expresiones irreales o más o menos imaginarias; un solo camino conduce a la verdad y muchos al error.

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 sen-

<sup>66</sup> GORPHE: *Crítica del testimonio*, Madrid, Edit. Reus, 1962, pág. 50.

<sup>67</sup> MONTAIGNE: *Essais*, Libro III, cap. IX.

<sup>68</sup> WACH: *La connaissance et l'erreur*, París, 1908; FLAMMARION.

tencia, 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; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad. De ahí que CARNELUTTI hable de "la inseparabilidad del juicio y del error"<sup>69</sup>.

Por eso decía HELLVIG<sup>70</sup> que "si el juez no condenara más que cuando no exista ninguna duda posible sobre la culpabilidad del acusado, un juez capaz y consciente no llegaría jamás a condenar". La posibilidad de la duda existe siempre, en abstracto; pero para que la prueba cumpla su finalidad, basta que concreta y subjetivamente el juez haya despejado las dudas que pudieron presentársele. Si esto no ocurre, como el *non liquet* equivale a una deuegación de justicia, si el proceso es contencioso el juez recurre a la institución de la carga de la prueba para cumplir su función jurisdiccional (*cf.*, núm. 126). En el proceso voluntario la situación es diferente y la falta de prueba conduce normalmente a aplazar la decisión definitiva, aun cuando se nieguen las peticiones, puesto que tal negativa no impide su planteamiento posterior. Esto es, puede ocurrir que la prueba no cumpla su finalidad en un proceso determinado, y sin embargo éste puede cumplir su función y obtenerse el fin propio de él, con la sentencia definitiva.

Pero tampoco es admisible considerar como fin de la prueba el obtener la verosimilitud del hecho, es decir, su mayor probabilidad, según pretende VON CANSTEIN, porque, como observa WACH, secundado en esto por CARNELUTTI<sup>71</sup>, si se excluye la certeza del campo de los resultados de la prueba, "sería tan sólo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna". De manera que, pese a la inevitable posibilidad abstracta de que exista error, la prueba cumple su finalidad cuando produce la certeza en la mente del juez, y si tal certeza no se alcanza, no habrá satisfecho su función, o sea, que no existirá prueba en el proceso (aunque existan muchos medios de prueba, como testimonios, documentos, inspecciones, etc.). Su resultado no corresponderá a su fin.

No se debe confundir, pues, el fin de la prueba con el fin del proceso. Es cierto que el proceso civil moderno tiende firmemente hacia la verdad, gracias a la libertad de apreciación y a las facultades inquisitivas del juez (*cf.*, núms. 21-27); mas de esto no se deduce que el

<sup>69</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, introducción a la 2ª ed., 1947, pág. XIX.

<sup>70</sup> HELLVIG, cita de SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 138.

<sup>71</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 13, pág. 58.

fin de la prueba judicial sea obtener esa verdad, porque basta que con ella se consiga el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos, para que aquella tendencia del proceso quede satisfecha. El proceso persigue la realización del derecho mediante la recta aplicación de la norma jurídica al caso concreto, que es un fin de interés público; la prueba, en cambio, propende a producir en la mente del juez la certeza o el convencimiento, sea formal o libre (según el sistema de valoración que rijan), sobre los hechos que deben servirle de presupuesto a la norma jurídica aplicable, pero puede suplirse mediante las reglas de la carga de la prueba.

Por otra parte, la teoría de la verdad como fin de la prueba judicial deja insoluble el problema de la fijación formal de la valoración de los medios de prueba en el sistema de la tarifa legal, que imperó en el proceso civil durante siglos y que todavía se conserva en los países que van a la zaga de la evolución jurídica procesal moderna, como Colombia. Para tratar de resolverlo se recurrió a la ficción, acogida por numerosos autores, de clasificar la verdad en material o real y formal o jurídica, o sea impuesta abstractamente por la norma legal; se dijo, además, que en el sistema de la libre apreciación, propio del proceso penal durante largo tiempo y aceptado en muchos países para el civil moderno (*cfr.*, núm. 27), el fin de la prueba era la *verdad real o material*, al paso que en el sistema de la tarifa legal, mal llamado de la prueba legal (*cfr.*, núm. 26), su fin era la *verdad formal o jurídica*, verdad que le es impuesta al juez por las normas que le asignan el mérito a los medios de prueba aportados al proceso. Pero esa distinción no resiste un análisis serio y debe rechazarse, pues, como muy bien lo dice CARNELUTTI<sup>72</sup>, se trata de una metáfora, porque "en sustancia, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una; si la segunda discrepa de la primera, será sólo una *no verdad*"; la fijación de los hechos obtenida en el proceso puede coincidir o no con la verdad de ellos, que permanece por completo independiente de tal resultado; éste se acerca más o menos a la realidad, según que el proceso sea más o menos de tipo libre del proceso cognoscitivo; "no se puede buscar la verdad sólo en parte; o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta que se la encuentre, o lo que se busca no es la verdad".

Estas irrefutables consideraciones conducen a asignarle a la prueba el fin de producir la convicción o certeza en el juez, esto es, la creencia de que conoce la verdad gracias a ella; pero esa certeza puede ser moral subjetiva y real, o legal objetiva y formal, según el sistema de apreciarla que rijan. De esta manera el fin permanece igual en ambos sistemas de valoración, el libre o el regulado legalmente, pues apenas varía el procedimiento para adquirir la certeza: en el libre, mediante la libre apreciación de los medios aportados; en el de la tarifa legal,

<sup>72</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núms. 5-6, págs. 20-25.

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.

Con todo y ser así, no se trata de una certeza metafísica (*cf.*, números 56 y 93), absoluta, que vendría a confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica y psicológica, humana, por tanto, con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error. De ahí que autores modernos ponen de presente la analogía entre la actividad del juez y la del historiador<sup>73</sup>.

El diferente sistema de valoración puede influir en el resultado: la obtención de la verdad o la declaración como verdad de un error, pero la prueba cumple en ambos igual fin: llevar al juez el convencimiento, libre o regulado, sobre los hechos. Puede decirse que en el segundo caso no se obtiene la certeza personal o subjetiva del juez, sino la simplemente legal u objetiva y formal, y esto es cierto desde un punto de vista psicológico: pero jurídicamente existe certeza del juez en ambos casos y se obtiene la *demonstración legal* de los hechos, suficiente para la decisión (lo cual es muy distinto a hablar de verdad legal). Esto lo explicamos al tratar de la noción de la prueba judicial (*cf.*, núms. 7-9), y lo veremos de nuevo al examinar su resultado (*cf.*, núm. 56).

Tampoco es cierto que en el sistema de la libre apreciación sea la prueba el medio para conocer siempre la verdad real de los hechos, porque, pese a esa libertad, puede haber error en la conclusión del juez o en la certeza que adquiere. Solamente puede afirmarse con lógica que en tal sistema es menor la posibilidad de error, pero siempre que se trate de jueces profesionales, debidamente preparados, ya que con jueces ignorantes o faltos de preparación en lógica y psicología judicial, es también muy posible el error con la libre apreciación, tal como ocurre generalmente en los juicios por jurado, que debieran abolirse tanto en lo penal como en lo civil (*cf.*, núms. 26 b y 93).

Por último, observamos que el fin de la prueba no siempre coincide con su resultado; esto 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, con el objeto de resolver el litigio o de decidir sobre la responsabilidad del sindicado.

Cuando estudiemos la apreciación de las pruebas (*cf.*, cap. XIII), volveremos sobre las nociones de probabilidad y de certeza, para precisar mejor el alcance de esa función suprema del juez, sobre la cual

<sup>73</sup> GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, página 250; DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 7 y sigs.

se basa, más que sobre el conocimiento y la recta aplicación de las leyes, la suerte de la justicia.

### 56. Resultado de la prueba

Al hablar del fin de la prueba vimos que éste no se obtiene siempre en el proceso y mucho menos con determinados medios utilizados allí, y advertimos que aunque ese fin consiste en producir el convencimiento del juez sobre los hechos que interesan al proceso, sin embargo puede suceder que el juez no encuentre en la prueba la suficiente fuerza de convicción para alcanzar certeza acerca de la existencia o inexistencia de esos hechos, esto es, que su resultado no corresponda al fin que abstractamente le corresponde.

*Resultado de la prueba es, pues, la conclusión que de ella saca el juez, de acuerdo con sus motivos, fundamentos o argumentos.* Se toma aquí el término prueba en el sentido de *medios*, o sea los diversos elementos probatorios aducidos y practicados en el proceso; porque si se entiende por ella la convicción del juez sobre los hechos o la demostración de la verdad, según la teoría que sobre su fin se adopte, es obvio que si no se obtiene este resultado no existe prueba. 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), entonces sí es posible que exista prueba y que no se obtenga ese convencimiento, por lo cual el resultado será diferente del fin a que está destiuada.

Quienes aceptan la clasificación de las pruebas en plenas y semiplenas, completas e incompletas pueden hacer una distinción similar en cuanto al resultado de la prueba, según produzca el pleno convencimiento o apenas un semiconvencimiento. Si hay prueba sólo cuando existe el convencimiento o la certeza, la prueba es plena o no es prueba, tomada en el primer sentido (como la convicción misma), y sirve o no para producir ese convencimiento, entendida en el segundo sentido (o como el medio utilizado para ese fin); pero no puede existir un semiconvencimiento: hay convencimiento o certeza sobre el hecho, como resultado de la prueba, o no lo hay. Nos referimos al conjunto de pruebas sobre un mismo hecho, porque puede suceder que un solo medio no produzca el suficiente convencimiento, pero sí lo produzca sumado a otro o a varios. La clasificación comentada es aceptable solamente para determinar el valor probatorio de un medio aislado, como una confesión, un testimonio o un indicio, en el sentido de que basta por sí solo para formar la convicción del juez, o de que necesita el concurso de otro u otros.

La consecuencia de que la prueba no cumpla su fin, porque el resultado es nugatorio y el juez no obtiene de ella el convencimiento o la cer-



teza sobre los hechos, es similar en el proceso civil o en el penal. En el primero se recurre a la institución de la carga de la prueba, que le permite al juez resolver en forma desfavorable para quien la soportaba, y, por lo tanto, favorablemente para quien no estaba gravado por ella, sea de fondo o inhibitoriamente, según la naturaleza del hecho que dejó de establecerse, y en ocasiones la falta de la prueba puede acarrear nulidad, si se trata de un presupuesto procesal; en el segundo, por lo general debe absolverse al sindicado, dado que éste goza de una especie de presunción de inocencia y le corresponde al Estado probar su culpabilidad, por lo cual puede hablarse también de una carga de la prueba en el proceso penal y de un fallo favorable a quien no la soporta (*cfr.*, núms. 90, 126 y 127).

Cuando la prueba consiste en uno o varios hechos o cosas que son fuente de prueba de otro, el resultado de aquélla será llevar la convicción al juez sobre la existencia del último. Si un hecho no sirve para dar o para contribuir a dar convencimiento acerca de la existencia o inexistencia de otro, no puede decirse que sea fuente de prueba respecto del segundo.

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* (*cfr.*, núm. 137).

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.

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 (*cfr.*, núm. 3 y cap. XIII). Juegan asimismo papel importante en este resultado los demás principios generales que se estudiaron en el capítulo VI.

La diferencia que en materia de prueba existe entre el proceso penal inquisitivo y con libertad de valoración, y el 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; pero mientras en el primero se trata de un convencimiento basado en la investigación real y subjetiva de los hechos, el segundo se conforma con un convencimiento abstracto y formal, de lo cual se infiere que el resultado del proceso penal es generalmente real o material, al

paso que el del civil es formal o aparente. No es que el uno obtenga la verdad real o material y el otro solamente la verdad formal, porque sólo existe una verdad, sino que en el penal se exige el convencimiento basado en la investigación de la realidad de los hechos, y en el civil con tarifa legal el juez debe avenirse con su prueba formal. 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 en ambos procesos ese convencimiento puede estar reñido con la realidad y no corresponder por tanto a la verdad, pues no existe método ni sistema que elimine totalmente la posibilidad del error judicial en la investigación de los hechos y en la apreciación de su prueba (*cfr.*, número 93).

En igual sentido observa André HUET<sup>74</sup>, que el resultado de la prueba nunca es la verdad absoluta.

<sup>74</sup> ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, 1965, págs. 31-32.

## CAPÍTULO X

### SUJETOS Y ORGANOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

#### 57. La actividad probatoria se realiza por diversos sujetos

Entendida la prueba como todo medio que sirve para conocer cualquier hecho o como la actividad de comprobación de los hechos en el proceso (*cfr.*, núms. 7-8), requiere siempre la intervención de un sujeto y frecuentemente de varios: de quien la solicita y de quien la decreta o admite (que puede ser uno solo cuando el juez la ordena de oficio, pero son dos diferentes cuando hay petición de parte); de aquel a quien está destinada y debe admitirla, que siempre es el juez; de quien la practica, que es también el juez, en ocasiones con la colaboración de terceros, como en los casos de intérpretes y peritos o testigos actuarios en inspecciones judiciales; de quien la toma y recibe, que sólo puede ser el juez; de quien la contradice, que es la contraparte de quien la pide o aduce y el ocasional oponente en los procesos de jurisdicción voluntaria; en fin, de quien la valora o aprecia, función decisoria que corresponde al juez.

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

Puede hablarse de sujetos de la prueba, pero sólo en cuanto a sujetos de la actividad probatoria<sup>1</sup>. 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.

GUASP y ARAGONESES<sup>2</sup> hablan de sujetos activos y pasivos de la prueba: el primero sería la persona de quien procede o que la presenta; el segundo, quien "soporta o sobre quien recaen tales actividades" o la

<sup>1</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 107 y 118.

<sup>2</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 366; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, página 496.

parte contraria de quien realiza la prueba. Disentimos de los ilustres profesores españoles, porque consideramos que la parte contraria de quien suministra la prueba no sufre la actividad probatoria, ni asume una conducta pasiva. Lo primero es evidente, pues no es el adversario quien la debe practicar, ni suministrar (salvo los casos de exhibición), ni esa actividad se dirige contra él, sino a la averiguación de los hechos y a la formación del convencimiento del juez; puede decirse que la parte contraria sufre los efectos jurídicos de la prueba que le es desfavorable, es decir, el valor que tenga para formar el convencimiento del juzgador, con las consecuencias sustanciales que de esto se infieren; mas estos efectos no la constituyen en sujeto pasivo de la prueba, porque son iguales cuando se deducen de los medios suministrados por la misma parte, que al ser valorados por el funcionario, le resulten desfavorables. Lo segundo, esto es, la actividad meramente pasiva de la parte contraria de quien suministra la prueba, puede ocurrir, en verdad, pero con mayor frecuencia ésta asume una actitud positiva, de contradictora, ora sea discutiendo su valor intrínseco o su pertinencia o idoneidad, ora contrainterrogando a los testigos o ampliando el cuestionario de los peritos, ora aportando pruebas separadas que procuran desvirtuar las de su oponente.

Si la parte contraria de quien pide o presenta la prueba soportara la actividad probatoria, sería lógicamente necesario admitir que esa prueba se dirige a aquélla, y esto contraría la evidencia procesal y la doctrina indiscutida de que está funcionalmente dirigida al juez, quien es su único destinatario.

Creemos, por ello, que en materia de prueba no debe hablarse de sujeto pasivo. No lo es el juez, a pesar de ser destinatario de la prueba, porque para recibirla debe desplegar importante actividad y luego debe valorarla. Puede pensarse que cuando una persona, parte o tercero, es examinada física o síquicamente, para efectos probatorios, como en el reconocimiento de heridas o el dictamen pericial sobre capacidad mental o defectos físicos, es entonces sujeto pasivo de esa prueba; sería en verdad el único caso en que la noción podría tener aplicación sin desconocer la realidad procesal, pero aun así es más apropiado decir que esa persona es el *objeto de la prueba* de reconocimiento judicial o de peritos. Si por ser el objeto de la prueba se pudiera decir que esa persona es sujeto pasivo de ella, habría que admitir el contrasentido de llamar sujetos a las cosas o hechos cuando aquélla versa sobre éstos, como ocurre ordinariamente.

## 59. Organos de la actividad probatoria

Algunos autores hablan de órganos de la actividad probatoria, unas veces para referirse a sus sujetos y otras para comprender únicamente a los colaboradores del juez en la actividad probatoria, como

peritos e intérpretes, y en general, las personas por cuya actividad se adquiere en el proceso el conocimiento del objeto de prueba, lo cual incluye a los testigos comunes y a los actuarios que acompañan al juez en las inspecciones judiciales para dar fe de lo relatado en el acta. En el segundo significado se excluye al juez, que no puede ser entonces órgano de la prueba.

José A. CLARIÁ OLMEDO<sup>3</sup> les da a los órganos de prueba el segundo sentido, y los define como el "conjunto de auxiliares del proceso, sin perjuicio de encontrar otras personas que se suman a ellos por el similar destino de su colaboración". Respecto al juez, dice que cuando éste no entra directamente en contacto con el objeto de la prueba, sino a través de la relación oral o escrita de terceros intermediarios, éstos son, propiamente, los órganos de la prueba, "concepto que sin dificultad puede extenderse al tercero que interviene para proporcionar certeza sobre el objeto en forma inmediata". En este sentido —afirma el ilustre autor argentino—, "el juez no puede ser órgano de prueba, dada su condición de receptor del conocimiento del objeto, en forma directa o transmitida; debe tratarse de personas extrañas a él, pues cuando actúa inmediatamente sobre el objeto, lo asume como receptor y no como órgano transmitente". Además, para CLARIÁ OLMEDO existen órganos de prueba no presentes en el proceso, como el autor del documento que allí se presenta, porque es un medio indirecto para transmitir el testimonio de su autor: igualmente pueden serlo una parte o un tercero, siempre que sirvan de transmisores del conocimiento sobre el objeto de prueba, sean personas físicas o jurídicas, e inclusive, un funcionario público cuando expide copias o certificados. Se trata de una evidente colaboración probatoria, cualquiera que sea el grado de modalidad de su actuación. En unos casos suministran el conocimiento del objeto de prueba directamente, mediante el testimonio o el dictamen de perito o el informe de funcionario; en otros proporcionan la inteligibilidad del medio probatorio directo, interpretándolo o traduciéndolo; en fin, proveen a la seguridad y legitimidad del órgano o del medio de prueba por vía del reconocimiento del documento o del dictamen sobre su autenticidad en caso de tacha o sobre la capacidad intelectual o síquica de testigos, etcétera. O sea que, con arreglo al citado autor, los órganos de prueba pueden colaborar con el juez de dos maneras: llevando al proceso el elemento probatorio en sí, o limitándose a proporcionar datos de certeza sobre el medio o el órgano por el cual se introduce ese elemento probatorio.

En cambio, FLORIAN<sup>4</sup> incluye al juez en la noción de órganos de la prueba, junto con esos colaboradores de que habla CLARIÁ OLMEDO.

<sup>3</sup> CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1963, t. III, págs. 237 y 242.

<sup>4</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 125 bis.

En efecto, dice: "Son sujetos de la recepción de la prueba los que, en presencia de los objetos u órganos de prueba, pueden procurar la efectiva utilización procesal de ellos o colaborar en ella"; el órgano fundamental y soberano en la recepción es el juez. Y al tratar de los sujetos de la actividad probatoria dice que lo son los sujetos procesales principales y secundarios: el juez, las partes, el ministerio público, los órganos de la policía judicial y los terceros, como el denunciante, el perito y cualquier ciudadano<sup>5</sup>. Es decir, FLORIAN identifica en definitiva los sujetos de la actividad probatoria y los órganos de la prueba.

Creemos que es más técnico y que se presta a un mejor entendimiento de la materia el concepto de CLARÍA OLMEDO, por lo cual preferimos distinguir las dos nociones de sujetos y órganos de la actividad probatoria.

Por *sujetos* entendemos las personas que desempeñan alguna 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. *Órganos* son las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como peritos y testigos de las inspecciones judiciales, o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como testigos comunes, intérpretes, funcionarios judiciales o administrativos o de policía, que expiden copias o certificados y que rinden informes con destino al proceso, lo mismo que las partes cuando declaran en absolución de posiciones o careos, o son las autoras de documentos allegados al proceso, y aun los detectives y funcionarios de policía o de laboratorios forenses 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 autoras del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez.

El caso del perito que rinde dictamen sin haber examinado antes con el juez los hechos sobre los cuales da su concepto, por haberse pedido la prueba sin previa inspección judicial, se presta a dudas, porque aparentemente es quien practica la prueba (examina las cosas o hechos, estudia y conceptúa, sin intervención del juez) y, en consecuencia, parece tener la condición de sujeto, no simplemente de órgano o colaborador; pero en realidad es un comisionado o delegado del juez para esa actividad probatoria, cuya misión es transmitirle el conocimiento técnico que de tales hechos adquiriera, función análoga a la del testigo, de la cual se distingue sólo por la naturaleza de la relación

<sup>5</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 107, 108 y 118.

(éste se limita a informar sobre lo que ha visto, oído o apreciado por otro medio sensorial). El perito, como el testigo, le lleva al juez indirectamente el conocimiento de los hechos sobre los cuales debe decidir. Creemos, por ello, que aun en esta hipótesis se trata de un simple colaborador u órgano, y no del sujeto de la actividad probatoria (*cfr.*, cap. XXIV).

## 60. Diversos sujetos de la actividad probatoria

De lo expuesto en los números anteriores se deduce fácilmente cuáles son los diversos sujetos de la actividad probatoria. Los determinaremos ahora, para un mejor entendimiento.

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 el penal y el moderno civil europeo, brasileño y argentino) o dispositivo atenuado (como el colombiano o español), tiene esta condición el juez y las partes principales o secundarias. En el derecho germano suele denominarse a la parte que propone o presenta la prueba "gestora de la prueba"<sup>6</sup>.

Surge aquí el concepto muy importante de la *legitimación para la prueba*, es decir, la determinación de quienes tienen derecho a presentar o solicitar pruebas en determinado proceso. No se trata de legitimación en la causa ni de interés para obrar, nociones que se refieren a la titularidad del interés en litigio y a la personería sustancial para intervenir en él<sup>7</sup>, las cuales pueden existir en cabeza de una persona a pesar de que no figure como parte inicial ni interviniente en el proceso, o faltar no obstante estar actuando allí en una de esas situaciones, sino de un aspecto específico de la actividad procesal: la proposición o presentación de pruebas.

En el número 12 vimos que existe un verdadero derecho subjetivo procesal a probar; ahora examinaremos quiénes son los titulares de ese derecho. La legitimación para la prueba y la titularidad del derecho concreto a probarse, son conceptos idénticos.

Hay un derecho *abstracto* a probar, esto es, a llevar o a pedir las pruebas en el supuesto de llegar a ser parte en un proceso por el ejercicio de los derechos abstractos de acción y contradicción, derecho

<sup>6</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 205.

<sup>7</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 150 y 166; *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 119 y 134.

que es inseparable de éstos, y un derecho *concreto* a probar en un proceso determinado y para fines específicos (por ejemplo, para demostrar los hechos de la demanda o de las excepciones, o para desvirtuarlos y para apoyar una cuestión incidental). El segundo corresponde de manera general a quienes sean partes permanentes, principales o secundarias (demandantes, demandados, intervinientes principales y accesorios o coadyuvantes), y de manera limitada al objeto del incidente o a la cuestión específica debatida con su intervención, 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 hemos hablado de legitimación parcial o transitoria, para distinguirla de la legitimación total y permanente para la causa. En cambio, los intervinientes coadyuvantes, no obstante ser partes accesorias o secundarias, como suele llamárseles, gozan de una legitimación total para la prueba, y los medios que aporten tienen la misma eficacia que si procedieran de una parte principal o del juez, aun cuando en otros aspectos, como el de los recursos, no dispongan de una situación autónoma. Los intervinientes litisconsorciales gozan de igual situación procesal que las partes iniciales y lo mismo los terceristas o intervinientes *ad excludendum*, de suerte que su legitimación para la prueba es total e idéntica a la de demandantes y demandados<sup>8</sup>. Es ésta también la opinión de MICHELI<sup>9</sup> y LESSONA<sup>10</sup>.

MICHELI<sup>11</sup> opina que "el carácter de legitimado para accionar y contradecir, indica quién está legitimado para la prueba". Este concepto solamente puede ser aceptado con varias salvedades. La legitimación para accionar, entendida como el derecho a ejercitar la acción, corresponde a toda persona que tenga una pretensión jurídicamente tutelable y que desee iniciar un proceso para que se resuelva sobre ella, exista o no el derecho sustancial que reclama, y sea o no su titular. Esa legitimación existe aun antes de ejercitar la acción, como es obvio, e implica sin duda la legitimación abstracta para probar, o sea el derecho abstracto a probar en el proceso que se inicie, si se ejercita la acción; mas sólo una vez que esto ocurra, su derecho a probar se convierte en concreto, respecto al proceso surgido con su demanda. Pero pueden existir otras personas legitimadas para accionar en relación con las mismas pretensiones (posibles litisconsortes necesarios o

<sup>8</sup> DEVIS ECUANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 166, y t. II, núms. 332, 333, 338, 351 y 352; *Nociones generales de derecho procesal civil*.

<sup>9</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 19, pág. 135.

<sup>10</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 203 bis, pág. 244.

<sup>11</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, número 20, pág. 136.



voluntarios) que, no obstante tener idéntica legitimación para accionar e igual derecho abstracto a probar, si ejercitan su acción inicialmente como codemandantes o posteriormente como interventores, no tienen, sin embargo, el derecho concreto a probar en ese proceso, porque no han concurrido en ninguna de esas condiciones. El legitimado para contradecir tiene igualmente no sólo el derecho abstracto sino el concreto de probar, cuando es demandado; con todo, una persona puede gozar de legitimación para contradecir las pretensiones del demandante, a pesar de no haber sido demandada, lo cual le permite intervenir como litisconsorte o coadyuvante del demandado, y, por ello, si bien tiene legitimación abstracta y derecho abstracto a probar en defensa de sus intereses, mientras no sea admitido como interventor en ese proceso no tendrá legitimación ni derechos concretos para presentar o pedir pruebas en él. Esto se debe a que el derecho concreto o la legitimación concreta para la prueba únicamente la tienen las partes, iniciales e interventoras. Este concepto es rigurosamente formal, debe buscarse en el proceso mismo, y no puede confundirse con la legitimación abstracta para accionar o contradecir, ni con la legitimación para pretender u oponerse a la pretensión o legitimación en causa, ni con el interés sustancial para obrar en juicio como pretendiente u opositor, porque estas condiciones puede tenerlas quien no sea parte, o pueden faltarles a quienes lo sean (lo último respecto a la legitimación en causa y el interés para obrar, no a la legitimación abstracta para accionar o contradecir, que necesariamente la tiene todo el que figure como actor o demandado).

Es importante observar que, desde otro punto de vista, la legitimación para la prueba y el derecho a probar se limitan en su ejercicio concreto por el llamado *derecho de postulación*<sup>12</sup> porque éste exige que se ejercite por conducto de un apoderado con título de abogado, a menos que se tenga esta calidad y se litigue en nombre propio, como sucede también con el ejercicio de los derechos de acción y de contradicción. El derecho subjetivo y la legitimación corresponden al actor, al demandado y al interviniente, quienes son los sujetos de esa actividad, pero para su ejercicio deben valerse del apoderado, así como el incapaz debe obrar por conducto de su representante para concurrir a juicio. Cuando el apoderado presenta o solicita pruebas, no ejercita un derecho propio, sino el derecho de su representado (que puede no ser el poderdante, cuando quien da el poder obra a su vez como representante de otro).

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

<sup>12</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 377, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 218.

tiene para el proceso y el derecho en general (*cf.* núm. 3). Esto pone de presente que sólo el juez o el magistrado de la causa pueden tener esta condición. Las partes pueden proponer o solicitar pruebas, pero al juez o magistrado le corresponde soberanamente la decisión de admitirlas u ordenarlas<sup>13</sup>.

c) SUJETOS DE LA RECEPCIÓN DE LA PRUEBA O RECEPTORES. Se trata de las personas encargadas de recibir las pruebas aducidas por las partes, como documentos públicos o privados, copias de declaraciones ya rendidas, objetos diversos, por ejemplo armas o vestidos utilizados por las partes. Esta función corresponde al juez o magistrado de la causa, porque se relaciona íntimamente con la admisión de la prueba; en principio no es delegable a menos que se trate de pruebas presentadas en el curso de inspecciones judiciales por comisionado, siempre que se relacionen con el objeto de la diligencia.

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.

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. La práctica de pruebas con la única intervención de las partes, así obren todas de consuno, como el oír testigos o recibir dictámenes de expertos, sólo puede consistir en actos extraprocesales.

Como acabamos de explicar, cuando la prueba debe ser practicada por el juez y éste no se limita a admitirla, se identifican las actividades de recepción y práctica.

Para la práctica de las pruebas puede servirse el juez de colaboradores directos o indirectos (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando declaran, autores de documentos —sean terceros o partes—, funcionarios de policía o investigadores, etc.), pero el sujeto de tal actividad es únicamente aquél; las demás personas tienen la condición de órganos, como explicamos en el número anterior. En esto discordamos de FENECH<sup>14</sup>. FLORIAN distingue los “sujetos que deben dirigir” la recepción y los “sujetos de la recepción” de la prueba; aquéllos son los jueces o magistrados; éstos, también las partes y terceros que colaboran en esa función<sup>15</sup>. Este concepto se debe a que identifica las nociones de sujetos y órganos, como vimos en el número anterior.

<sup>13</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 124; FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 589.

<sup>14</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, páginas 589-590.

<sup>15</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 125.

## 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 que se perjudiquen con ella en los procesos voluntarios (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 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 éstas 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 para negarle mérito de convicción.

f) SUJETOS DESTINATARIOS DE LA PRUEBA. Se trata de las personas a quienes se dirige la prueba, no para soportarla, sino para que su fin se cumpla o su función procesal se realice (*cf.*, núms. 53-55). Cualquiera que sea la tesis que se adopte sobre el fin de la prueba (demostrar la verdad, o llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, o fijar éstos en el proceso, *cf.* cap. IX), el destinatario de ella es siempre y exclusivamente el juez de la causa. En esto existe unanimidad en la doctrina<sup>16</sup>.

Cuando el juez de la causa haya comisionado a otro funcionario para la práctica de 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. Como el juez instructor goza de antonomía y debe calificar la prueba para ciertos efectos, por ejemplo la detención del sindicado, puede decirse que es también destinatario de la prueba.

g) SUJETOS 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. Puede decirse que las anteriores actividades se pierden o que se reduce su utilidad en gran parte, cuando fracasa la valuación de la prueba y por deficiencias del juez se declara como existente o inexistente lo que de ella no se deducía lógica, psicológica y jurídicamente. Conocidos y precisados en las motivaciones de la sentencia los hechos sobre los cuales versa el litigio o la pretensión del proceso voluntario, la aplicación de las normas jurídicas es tarea más sencilla y clara, aunque no hay que olvidar que en ocasiones, por defectos de redacción o deficiencias de la ley, pueden surgir dudas y controversias. Esta función forma parte de la general

<sup>16</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 336; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, página 497.

decisoria, emanada de la jurisdicción, que constituye tanto un deber como un derecho del Estado<sup>17</sup>.

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, la ejercen también el primero y el segundo. Sin embargo, en tales casos aquél 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, y en Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra, inclusive, para los civiles, dichos jurados vienen a ser los sujetos de esta actividad valorativa de la prueba<sup>18</sup>. Si la ley le otorga al juez de la causa, como sucede en Colombia, 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 del tribunal superior por error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba.

La valoración de la prueba se diferencia de la simple calificación sobre la admisibilidad de ella; ésta se limita a revisar la pertinencia o conducencia del medio propuesto y del hecho que con él se trata de demostrar; aquélla se refiere al mérito de convicción que la ley le haya señalado previamente, si rige la tarifa legal, o que el juez debe reconocerle con libertad de criterio y conforme a los principios de la psicología y la lógica (*cf.* núms. 75-93). La admisibilidad se examina en el momento de proponerse la prueba; la valoración se hace cuando se va a adoptar la decisión sobre los hechos a que se refiere, generalmente en la sentencia que concluye la instancia o el juicio, pero en ocasiones en las providencias interlocutorias que deben resolver incidentes o peticiones de otro orden.

**h) SUJETOS DE LA ASUNCIÓN DE LA PRUEBA O ASUNSORES.** 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>19</sup>, es decir, consiste en la recepción subjetiva de la prueba por el juez de la causa. 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 extrajudi-

<sup>17</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 62, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, núm. 22.

<sup>18</sup> WIGMORE: *Code of evidence*, Boston, Little, Brown and Co., 1942, pág. 16.

<sup>19</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, pág. 577.

cial y previamente; entonces se separan los dos momentos de la práctica y la asunción del medio, puesto que el segundo viene a ser posterior al primero. De ahí que FLORIAN hable de sujetos de la dirección de la prueba y sujetos de su recepción <sup>20</sup>.

El sujeto de la asunción es exclusivamente 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 función de practicar la prueba del juicio, pero la de asumirla es necesariamente subjetiva e indelegable; 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 practique para fines limitados a esa diligencia, como la oposición de terceros, y su decisión se considera como del comitente.

Se habla de asunción de la prueba en el sentido de recibimiento de ésta <sup>21</sup>. Empero, debe entenderse su precepción mediante la observación, como en las inspecciones judiciales, o la audición, cuando se escucha al testigo o a la parte en posiciones, o su lectura si se trata de documentos y no la simple práctica objetiva del medio.

#### 61. El caso de los árbitros

Como los árbitros asumen funciones de juzgadores y temporalmente quedan revestidos de jurisdicción, lo dicho en este capítulo respecto de jueces y magistrados debe entenderse que comprende también a aquéllos, en el ejercicio de sus cargos.

<sup>20</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., t. I, núms. 125 y 125 bis.

<sup>21</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 212.

## CAPÍTULO XI

### FUENTES, MOTIVOS O ARGUMENTOS Y MATERIA O FORMAS DE EXPRESION DE LA PRUEBA

#### 62. La noción de fuentes de la prueba

Existen dos opiniones acerca del sentido que debe dársele a esta noción de fuentes de la prueba judicial: a) la defendida por CARNELUTTI<sup>1</sup> y BENTHAM<sup>2</sup>, quienes consideran como fuentes de la prueba los “hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que se va a probar”, sea que constituyan o no la representación del segundo; b) la sostenida por GUASP<sup>3</sup>, quien ve tales fuentes en las “operaciones mentales de donde se obtiene la convicción judicial”, que se distinguen en percepción y deducción, con especies intermedias como la representación y la indicación.

Coinciden ambas tesis en cuanto a las dos maneras como el juez asume las fuentes de la prueba: la percepción y la deducción; pero mientras que la segunda ve en esas operaciones mentales la fuente misma, la primera sólo las considera como la manera de llegar al juez la verdadera fuente constituida por el hecho, en sentido general, de donde se obtiene la prueba.

Creemos que las operaciones mentales de que habla GUASP sirven para saber *cómo* se obtiene la prueba, pero no de *dónde* se obtiene, y que la fuente de ésta consiste en lo segundo y no en lo primero. Como observa BENTHAM, las pruebas se obtienen de las cosas, las personas y las relaciones, es decir, de los hechos, entendidos en el sentido general que explicamos al tratar del objeto de la prueba (*cfr.*, núm. 37).

Aceptamos, pues el concepto de CARNELUTTI y BENTHAM. El primero dice que hay fuentes en sentido general, esto es, en el sentido que

<sup>1</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núms. 19 y 20, págs. 89-106.

<sup>2</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. II, cap. VII, pág. 276, y cap. XV, pág. 323.

<sup>3</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 335.

acabamos de explicar, y que hay fuentes en sentido estricto, es decir, limitadas a "los hechos que sirven para la deducción del hecho que se ha de probar y que *están constituidos por la representación de éste*"; considera como fuentes de presunción aquellos hechos que, si bien sirven para deducir el hecho que debe probarse, "no están constituidos por la representación de éste". Así, el testimonio, el indicio, el documento, contienen hechos que sirven para deducir el hecho que se va a probar y lo representan; en cambio, el matrimonio sirve para presumir la paternidad y la posesión material para suponer la propiedad, sin que las represente. Esta distinción es más importante para quienes consideran, como nosotros, que la presunción no es una prueba, sino, por el contrario, la exoneración de la prueba para que un hecho se considere fijado obligatoriamente en el proceso, salvo que se demuestre lo contrario si lo permite la ley (presunción simplemente legal y no de derecho).

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; pero en ocasiones (prueba directa; *cfr.*, núm. 137) el hecho por probar y su prueba vienen a ser lo mismo, por lo cual se confunden e identifican objeto y fuente, y entonces el hecho es su propia representación.

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, 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, porque el juez debe deducir de lo que percibe la existencia del hecho que está probándose, aun cuando en ocasiones esa deducción pase inadvertida. La existencia, en todos los casos, de esa operación mental, para que la fuente de prueba cumpla su función, hace que no pueda separarse aquélla de ésta y condujo precisamente a GUASP a identificarlas; pero creemos que es mejor distinguirlas. Esa operación mental es como el vehículo o conducto mediante el cual la fuente de prueba es conocida por el juez.

Dice CARNELUTTI que si se profundiza en el estudio de la noción de fuente de prueba, se encuentra en ella el hecho representativo, que da la idea del hecho por probar o representado; por eso este último es siempre concreto, determinado en el espacio y en el tiempo, ya que las entidades abstractas no son objeto de prueba histórica. Pero el mismo explica que la representación "es un hecho *sucedáneo* de la percepción, en el sentido de que despierta la idea de un hecho mediante la percepción de otro hecho, el cual constituye, precisamente, su equivalente sensible", y por ello exige dos hechos: el representativo, que es el sub-

rogante, y el representado, que es el subrogado; luego, la capacidad representativa es esa "aptitud del hecho percibido para determinar la idea de un hecho diverso"; advierte que hay hechos no representativos, como una piedra o un animal, los cuales solamente se representan a sí mismos, mientras que otros son representativos, como la fotografía o el dibujo que representan los objetos, de lo cual deduce la diferencia entre representación y *expresión*: ésta es "una manifestación dirigida a determinar (únicamente) la idea del hecho, que consiste en la manifestación misma"; pero la capacidad representativa de un hecho no excluye su existencia autónoma, no le hace perder la capacidad de determinar su propia idea. Por ejemplo, un cuadro da idea del paisaje, pero antes la de él mismo, de manera que un hecho representativo puede funcionar también como hecho simple (no representativo), de lo cual resulta la relatividad de las fuentes de prueba. Más adelante agrega CARNELUTTI que "un hecho representativo puede ser llevado al proceso, no para procurar el conocimiento del hecho representado, sino porque constituye, por el contrario, el tema de la discusión, o bien porque constituye una *fuerza de prueba no representativa* (fuente de presunción; indicio)", lo cual puede suceder cuando un autógrafo de un hombre célebre ha sido objeto de compra, o una carta es considerada como objeto del delito de hurto investigado, o un libro como objeto de plagio; es decir, el documento puede funcionar, no como fuente de prueba, sino como tema de ésta o como fuente de presunciones, e, inclusive, como hecho que debe probarse.

De estas ideas de CARNELUTTI se deduce que la fuente de la prueba puede consistir en un hecho no representativo, en cuanto no se utilice para probar otro, del cual dé la idea, sino que sea él mismo el objeto de prueba; esto ocurre en la inspección judicial cuando versa sobre el hecho por probar, y no sobre hechos que sirven de indicios de aquél, o cuando se presenta al proceso la cosa misma que está probándose y que puede consistir en un documento, libro, autógrafo, etc., que deben probarse por sí mismos, no en cuanto a hechos, actos o personas representados por ellos, como en los ejemplos que dicho tratadista aduce; inclusive, una fotografía, hecho representativo por excelencia, puede ser aducida en un proceso, no para probar lo fotografiado, sino como prueba de sí misma, de haber sido tomada o de existir. Por estos motivos consideramos mejor no definir o concebir la fuente de prueba como un hecho representativo, porque esto da la impresión de que se excluyen los que no tienen propiamente esa calidad por sí mismos, o los que no se aducen con ese propósito a pesar de tenerla, ya que la representación indica la existencia de dos hechos (representativo y representado) y esto no ocurre siempre.

La fuente de la prueba puede consistir, pues, en hechos representativos 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 prohar 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.

### 63. Diferencia entre fuente y medio de prueba

No hay que confundir la fuente de la prueba con el *medio* mediante el cual se manifiesta; esta última noción comprende los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos 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, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse. Por eso es un error decir, como lo hace CARNELUTTI<sup>4</sup>, que el testimonio, el documento y el indicio son las tres fuentes típicas de prueba, en vez de los tres medios típicos de ésta. Dicho autor hace en seguida esta distinción, cuando agrega: "Es mejor llamar fuente al hecho del cual el juez obtiene (extrae) la conclusión, y medio a la actividad que le sirve para obtenerla"<sup>5</sup>; y más adelante concluye: "Considero, por tanto, que el intento de desdoblar la fuente de prueba es lógicamente equivocado y que en el proceso de la prueba indirecta no cabe establecer más distinción que la que he propuesto, entre *fuentes* y *medios* de prueba"<sup>6</sup>.

Esa distinción opera también en la prueba directa, porque el medio será la inspección judicial, 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. El hecho por probar no se deduce propiamente del testimonio, documento o confesión, sino de los hechos narrados por esos medios<sup>7</sup>; en cambio, es evidente que "toda fuente de prueba es tema de prueba, mientras que no todo tema de prueba es fuente de prueba"<sup>8</sup>, porque lo que sirve de fuente de prueba del hecho que interesa en el proceso debe ser probado (*cfr.*, núms. 43-44), pero no todo hecho que requiere prueba es fuente de

<sup>4</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 46, pág. 195.

<sup>5</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 196.

<sup>6</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., págs. 198 y 199.

<sup>7</sup> Le hacemos esta observación a CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., número 48, pág. 202.

<sup>8</sup> En esto estamos de acuerdo con CARNELUTTI: Ed. cit., pág. 202.

prueba, porque puede ser el hecho que debe probarse, es decir su objeto, y no el hecho que sirva de prueba de éste.

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 juristas 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 los medios.

#### 64. Motivos, argumentos o fundamentos de prueba. Su diferencia con fuentes y medios de prueba

En el número anterior vimos que las fuentes de prueba son asumidas por el juez mediante las operaciones mentales de percepción y deducción, con preponderancia, en ocasiones, de aquélla, y otras veces de ésta, según que el hecho que prueba se identifique o no con el hecho que se debe probar, por tener un carácter representativo o simplemente expresivo. 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.

Se trata de la respuesta al interrogante de *por qué un hecho* (genéricamente entendido) *es prueba de otro o de sí mismo*. Son las razones, motivos o argumentos que justifican o fundamentan el valor de convicción de la prueba<sup>9</sup>, para estimar la existencia o inexistencia del hecho por probar<sup>10</sup>, sin los cuales la prueba dejaría de ser tal, puesto que no cumpliría función alguna, ni llenaría el fin que le es propio. 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 (*cfr.* núm. 26). 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

<sup>9</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 335; CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, vol. I, núm. 59, pág. 283, e *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 324.

<sup>10</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 46, pág. 195.

el sistema de la tarifa es aquélla la fuente *mediata* de los motivos, argumentos o fundamentos de la prueba judicial.

Como explica muy bien CARNELUTTI<sup>11</sup>, “el argumento no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de él, sino que expresa la reasunción de éste (fuente de prueba) en la regla de experiencia a fin de sacar su deducción o, en otros términos, la construcción misma del silogismo probatorio: el indicio suministra un argumento y la parte o el juez deducen de él un argumento, siempre que el hecho consienta y el hombre realice dicha construcción”. Por ello opina CARNELUTTI que es mejor “llamar *fuentes* al hecho del cual el juez infiere la conclusión, y *medio* a la actividad que le sirve para obtenerla”. Se ve así claro que los motivos o argumentos le sirven al juez para sacar de la fuente de prueba (los hechos que prueban) la conclusión pertinente, sea que tenga libertad para ello, caso en el cual serán concretos y subjetivos, o sea que deba sujetarse al mandato que la ley le otorgue, y entonces serán abstractos u objetivos.

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 de perito, es el *medio* de prueba<sup>12</sup>; los hechos narrados o contenidos en ese medio, que sirven 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.

Suele decirse que el testigo o perito o la parte que confiesa son medios de prueba, identificando aquéllos con su testimonio o dictamen; esto es aceptable, porque, como observa CARNELUTTI<sup>13</sup>, “entre el confesante y la confesión no media más distinción que la del punto de vista: ambos no son dos hechos diversos, sino uno mismo contemplado por el derecho y por el revés”; el testigo es un hombre que realiza determinada función y sólo tiene esa condición cuando narra ante el juez, no antes ni después, y el testimonio no puede separarse de aquél; e igualmente, el acta que queda no es el testimonio, sino el documento del mismo, que lo representa. “Todo ello explica que testigo y testimonio sean dos palabras para expresar un mismo concepto, en función transitiva o intransitiva: el testigo es la persona en actividad y el testimonio es el acto de la persona.” De idéntico modo, la confesión en sí forma un todo con la parte que confiesa. Entendido de esta manera, el *medio* de prueba se identifica con los *órganos* en los casos de testigos, peritos y partes confesantes.

El término prueba suele ser usado para significar no sólo los

11 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 46, págs. 195 y 196.

12 En esto discrepamos de CARNELUTTI, quien ve, en la actividad del juez, el medio de prueba. *La prueba civil*, ed. cit., núms. 46 y 47.

13 CARNELUTTI: Ed. cit., págs. 197 y 198.

medios, sino también las fuentes y hasta los motivos o argumentos de prueba, por lo cual es necesario saber distinguir en cada caso su verdadero sentido (*cfr.* núms. 7-8).

GUASP<sup>14</sup> dice que desde el punto de vista de esos motivos o argumentos de prueba puede hablarse de pruebas ciertas, con certeza física o moral, veraces y verosímiles o inverosímiles. Creemos que lo que puede aparecer verosímil o inverosímil es el hecho por probar, y que si se entiende por prueba lo que demuestra o produce la convicción, toda prueba es cierta. En cambio, como el fin de la prueba no es establecer la verdad, sino dar el convencimiento sobre ésta, puede hablarse de pruebas veraces y no veraces, en cuanto ese convencimiento puede corresponder o no a la realidad. Igualmente, si se toma el término prueba en el sentido de *medio*, para referirse al testimonio o documento, por ejemplo, es también posible que una prueba determinada no sea veraz, porque la declaración o narración no corresponda a la verdad.

### 65. Materia o formas de expresión de la prueba

Como señala GUASP<sup>15</sup>, se entiende por materia de la prueba "aquellas sustancias a las que el medio va incorporado", como la persona física del testigo o el papel del documento. Consisten, por lo tanto, en cosas o elementos materiales y personas humanas: aquéllos, en los indicios que consisten en huellas o rastros dejados por personas o cosas o encontrados en éstas, en las inspecciones del juez, en los documentos públicos o privados; éstas, en los testimonios, dictámenes periciales y confesión. Es decir, las pruebas se encuentran en las cosas o en las personas<sup>16</sup>, las conductas o acontecimientos se conocen a través de documentos o de personas que los narran, y lo mismo sucede con los indicios. La persona física humana puede servir de materia de la prueba en los casos de reconocimientos de heridas, incapacidades, facultades sensoriales o intelectivas.

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

### 66. Procedimientos probatorios

Se entiende por procedimientos probatorios la totalidad de las actividades procesales relacionadas con la prueba en sus diversas etapas y

<sup>14</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 335.

<sup>15</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., pág. 335.

<sup>16</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 470.

fases<sup>17</sup>; 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 que la ley contempla o que el juez considera útiles, según el sistema, de prueba legal o de libertad de medios, que exista en cada país.

<sup>17</sup> CHROVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, vol. I, núm. 59, pág. 283; *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 324.

## CAPÍTULO XII

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

#### 67. 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 sean los sujetos de la prueba y los órganos de ésta (*cfr.* núms. 57-60). 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>1</sup>.

Desde un punto de vista procedimental, esas fases se cumplen a través de las cuatro *etapas o períodos* que generalmente contemplan en la primera instancia los diversos juicios ordinarios y especiales y algunos incidentes: 1<sup>a</sup>) la de recibimiento genérico a pruebas, a solicitud de las partes o de una de ellas, u oficiosamente, según el sistema legislativo vigente; 2<sup>a</sup>) la de la proposición de pruebas en concreto, para su práctica o su simple admisión cuando es aducida o presentada por el interesado, y la ordenación o admisión de esas pruebas por el juez y de otras que oficiosamente señale si está facultado para ello, es decir, la etapa de su admisión u ordenación en concreto; 3<sup>a</sup>) la de práctica de las pruebas ordenadas o decretadas que así lo requieran; 4<sup>a</sup>) la de valoración o apreciación, que corresponde a la de juzgamiento, esto es, a la sentencia de instancia y a la providencia interlocutoria que resuelva

<sup>1</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 576; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 498; FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, números 104 y 114.

los incidentes. En la segunda instancia pueden presentarse las mismas etapas del procedimiento probatorio, cuando la ley lo permite, bien a solicitud de las partes u oficiosamente, siendo entonces aconsejable que se limite a las que por alguna causa justificativa no pudieron practicarse en la primera.

En algunos juicios, como en Colombia los ordinarios de menor y mínima cuantía y los procedimientos especiales e incidentes, se refunden las etapas segunda y tercera, debido a que al abrirse el juicio a pruebas genéricamente se otorga un término común para pedir las pruebas y practicarlas, lo cual tiene graves inconvenientes en el procedimiento escrito<sup>2</sup>. Hay más orden y claridad en el proceso escrito si se señala un término para pedir las pruebas y otro inmediatamente posterior para practicarlas, e igualmente se obtiene una mejor contradicción y lealtad fundamentales en esta materia (cfr. núm. 31). En el proceso oral la concentración en audiencia de la etapa probatoria justifica que sea una misma la oportunidad para pedir y practicar las pruebas.

Estudiaremos a continuación las diferentes fases en que se manifiesta la actividad probatoria.

#### 68. La producción u obtención de la prueba y sus requisitos

Esta fase de la actividad probatoria comprende todos los actos procesales e inclusive extra-procesales con finalidad procesal, que de una u otra manera conducen a poner la prueba a disposición del juez e incorporarla al proceso. Estos diversos actos se concretan en los cinco aspectos que acabamos de indicar en el número anterior y que explicaremos en los siguientes: averiguación, aseguramiento, proposición o presentación, admisión y ordenación, recepción y práctica.

Para que la prueba pueda ser producida u obtenida válidamente y, por lo tanto, se surtan los efectos legales procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ellas pueden deducirse, es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos, a saber:

1) **REQUISITOS INTRÍNSECOS.** Estos contemplan la admisión de la prueba en un sentido genérico, es decir, incluyendo su proposición y su decreto oficioso, una vez hechos su averiguación y su aseguramiento si era el caso. Dichos requisitos son cuatro: a) *conducencia del medio escogido*, es decir, que legalmente sirva para establecer el hecho que va a probarse con él; b) *pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar* con ese medio, es decir, que se relacione con el litigio o la materia del proceso voluntario; c) *utilidad de la prueba*, en cuanto sea necesaria y no aparezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho que se ha de probar con ella u

<sup>2</sup> Así ocurre en los juicios especiales del C. de P. C. colombiano.

otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo; d) *ausencia de prohibición legal* para investigar el hecho.

II) REQUISITOS EXTRÍNSECOS. Estos requisitos, que se requieren tanto para la admisibilidad como para la práctica de la prueba, son: a) *oportunidad procesal*, tanto de la petición como de la admisión u ordenación o decreto u práctica; b) *formalidad adecuada* para su petición, admisión o decreto u ordenación y práctica; c) *competencia y capacidad* del juez para recibirla o practicarla, que excluye la ausencia de impedimentos; d) *legitimación* de quien la pide y decreta.

En el capítulo XIV y al tratar de las diversas fases, examinaremos con mayor detenimiento estos requisitos. Puede consultarse lo dicho sobre ellos al exponer los principios generales de la prueba judicial (cfr. núm. 31).

### 69. Averiguación o investigación de la prueba

Esta fase de la producción de la prueba tiene una importancia extraordinaria en el proceso penal<sup>3</sup> y en el civil inquisitivo, porque corresponde principalmente al juez, quien tiene no sólo el derecho sino el deber de averiguar e 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. Pero también en el proceso civil dispositivo es importante la investigación previa de la prueba, a pesar de que corresponde exclusivamente a las partes (salvo las limitadas facultades para decretar pruebas para mejor proveer), y de que se realiza por éstas fuera del proceso y generalmente antes de éste.

En los procesos inquisitivos, principalmente penales, la ley otorga función investigadora a ciertos órganos oficiales, que auxilian al instructor y al juez de la causa, como policía judicial y cuerpo de investigadores técnicos, verhigracia, médicos legistas, dactiloscopistas, grafólogos, etc., y en algunos países al ministerio público o a los fiscales encargados de preparar la causa. Cuando existen jueces instructores distintos de los juzgadores, esa etapa se cumple generalmente bajo su dirección, pero aun en ese caso puede adelantarse parcialmente por los auxiliares antes que aquéllos intervengan.

BENTHAM dice que esta fase tiene por objeto "descubrir la fuente de las pruebas, sea la cosa, sea la persona que las puede suministrar"<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 116.

<sup>4</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. II, cap. I, pág. 232.



## 70. Aseguramiento o defensa de la prueba

Intimamente 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 juicio. Una vez conocidos los hechos que deben probarse y su prueba, gracias a la investigación o averiguación previa al proceso o en el curso de éste, es necesario tomar medidas para asegurar su conservación y su práctica, respectivamente. Dichas medidas son de tres clases<sup>5</sup>.

a) APODERAMIENTO MATERIAL PREVENTIVO de cosas, e inclusive de personas, en calidad de custodia o secuestro, para su conservación y presentación posterior al proceso, autorizado generalmente en lo penal pero desusado en lo civil, aun donde rige el principio inquisitivo.

b) RECEPCIÓN ANTICIPADA O PREJUDICIAL de la prueba en materias penales por el funcionario instructor o por autoridades distintas que tienen conocimiento del ilícito y mientras aquél se hace cargo del caso y a solicitud de interesado en lo civil, o *prueba para perpetua memoria* del derecho canónico, que está limitada a los casos que la ley autorice.

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) o mediante sanciones penales, jurídicas (presunción de ser cierto el hecho o de existir el documento, pérdida de un derecho procesal) o económicas, para la concurrencia de los testigos o de las partes a absolver posiciones y la presentación de los objetos o documentos cuya exhibición se ha decretado. Al estudiar los principios generales del derecho probatorio examinamos esta importante e indispensable facultad, que se fundamenta no sólo en el interés público que existe en la prueba tanto del proceso penal como del civil, sino también en la lealtad y probidad indispensables en el proceso (*cfr.* núm. 31).

## 71. Proposición y presentación de la prueba

En el número 12 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

<sup>5</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 127-138; BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. II, cap. I, pág. 232; SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, págs. 211 y 212; KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 215.

partes principales y secundarias, iniciales e intervinientes; pero las últimas únicamente para el incidente o la cuestión específica que motiva su intervención, cuando son ocasionales o incidentales. Los terceros no intervinientes carecen de facultad para ello. Esto es lo que suele denominarse *legitimación para la prueba* (cfr. núm. 101).

Con esta fase se inicia necesariamente la actividad probatoria en el proceso, pues las dos anteriores pueden precederlo y hasta no existir, especialmente en la rama civil. No se concibe la prueba judicial sin su proposición o presentación, aun cuando en los procedimientos inquisitivos puede confundirse esta fase con la ordenación, si el juez obra oficiosamente, esto es, sin petición previa de parte; entonces el juez propone y ordena simultáneamente la prueba.

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; 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. Por consiguiente, la proposición existe siempre (cuando el juez decreta de oficio la prueba, aquélla está implícita), al paso que la presentación es una modalidad específica de aquélla.

En esta fase es más importante la actividad de las partes, para la suerte del proceso y el contenido de la sentencia, especialmente en los sistemas dispositivos rígidos o atenuados<sup>6</sup>. Es precisamente uno de los aspectos fundamentales de la organización política o legislativa del proceso, el referente a las facultades del juez en materia de proposición y ordenación oficiosa de pruebas; el otorgárselas con absoluta libertad constituye una meta indispensable en el progreso de la justicia civil, como lo vimos ampliamente en el capítulo V.

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, o sea, legitimación para el acto en el peticionario, competencia y capacidad en el funcionario. Estos requisitos son indispensables para que tengan efectiva aplicación los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la lealtad, la unidad, la igualdad de oportunidades, la formalidad y legitimidad, la preclusión, la inmediación y la inmaculación de la prueba (cfr., núm. 31). Volveremos sobre estos requisitos posteriormente (cfr., núms. 94-103).

En algunos procesos se distinguen dos subfases de la proposición

<sup>6</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., t. I, núm. 117; FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 584.

de la prueba: a) la solicitud para que se otorgue un período o término para la actividad probatoria, o, como suele decirse en Colombia, para que se abra a pruebas el juicio, que puede denominarse *proposición abstracta de pruebas*; b) la solicitud que se formula una vez abierto a pruebas el juicio, para que se decreten las pruebas que se proponen o se admitan las presentadas con ella, que puede denominarse *proposición concreta de pruebas*<sup>7</sup>. En otros procesos es deber oficioso del juez abrir a pruebas el juicio, como una etapa normal de su desarrollo, por lo cual la proposición se limita a su aspecto concreto.

En algunos juicios la apertura oficiosa a pruebas depende de que el demandado formule oposición a la demanda, y entonces puede decirse que este acto equivale a una implícita proposición abstracta para que se proceda al debate probatorio sobre los hechos afirmados por el actor y las excepciones que aquél proponga.

Cuando la falta de oposición del demandado implica la sentencia favorable al demandante, sin necesidad de apertura a pruebas, existe la aquiescencia tácita a los hechos de la demanda o el allanamiento a ésta o reconocimiento implícito de sus hechos y pretensiones (*cfr.* núm. 156). Para que tal consecuencia sea procedente es indispensable que los hechos que sirven de fundamento a la pretensión admitan prueba de confesión, o que con la demanda se haya presentado la prueba solemne exigida por la ley.

## 72. Admisión y ordenación de la prueba

Vimos que es sujeto de esta actividad probatoria exclusivamente el juez o magistrado que conoce de la causa y en ocasiones especiales el comisionado (cuando se trata de pruebas aducidas o pedidas en el curso de diligencias, como la entrega de bienes o su secuestro); también vimos que las partes e intervinientes sólo pueden desempeñar en esta fase una actividad de simples colaboradores, sea para defender la admisibilidad y procedencia del medio, o bien para impugnarla (*cfr.*, núm. 60).

Entendida en un sentido genérico, la admisión comprende tanto la aceptación del medio que se presenta (escrituras públicas o privadas, copias de sentencias e inspecciones practicadas extrajudicialmente o en otro proceso, etc.), como la del que debe practicarse en el curso del proceso (recepción de testimonios, exhibición de documentos, citación a posiciones, dictámenes de peritos, etc.), y por consiguiente, admitir o decretar pruebas resultan conceptos idénticos; 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

<sup>7</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 504.

la prueba aducida por las partes; se ordena la práctica de las pedidas por éstas; se decretan pruebas en ambos casos.

Generalmente se habla de admisión y de admisibilidad de la prueba, lo mismo que de su inadmisibilidad, en el sentido genérico explicado en primer término, lo cual debe tenerse en cuenta para un mejor conocimiento de esta fase de la actividad probatoria. En este sentido entendemos por admisión *el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso*. Sin este acto 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 refiera<sup>8</sup>; de lo contrario, se violarían los principios de la lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas (*cf.* núm. 31).

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, de secuestro o de entrega de bienes u otra similar, su práctica implica el decreto y la admisión; desde el momento en que se dice en el acta que el juez procedió a recibir una declaración o a copiar un documento, por ejemplo, se debe entender que decretó la prueba, y, por lo tanto, se cumple el requisito de su admisión previa. Lo mismo ocurre en las audiencias del proceso oral, a menos que la ley ordene que deban decretarse previamente.

En los procedimientos escritos es necesario generalmente que el juez abra a pruebas el juicio, oficiosamente o a petición de parte, para que pueda luego admitir u ordenar las que se le presentan o soliciten, o las que por propia iniciativa decreta, si tiene facultades para ello. Ese acto de abrir a pruebas determina la oportunidad procesal para el debate probatorio, que es una de las etapas fundamentales de todo proceso; si se procede a la admisión y práctica de pruebas sin llenar esa formalidad, se incurre en una grave pretermisión del procedimiento y se viola la necesaria publicidad y contradicción de las mismas pruebas, por lo cual se incide en un vicio de nulidad del proceso en general y de los medios practicados en particular. Pero puede ocurrir que la ley autorice al juez para practicarlas o admitirlas sin abrir expresamente a pruebas, lo que es más posible en los procedimientos orales, y entonces nadie puede alegar que no haya dispuesto de oportunidad para contradecirlas, ni que se haya desconocido alguno de los principios acabados de mencionar.

No toda prueba propuesta por las partes debe ser admitida por el juez. Para la admisión concreta de cada prueba es indispensable que se cumplan los *requisitos intrínsecos* de conducencia y utilidad del medio, pertinencia del hecho que se ha de probar, ausencia de prohibición legal de investigar el hecho, y formalidad adecuada (forma oral o

<sup>8</sup> FLORIAN: *Ob. cit.*, núm. 124.

eserita y redacción exigida); e igualmente los *requisitos extrínsecos* de oportunidad procesal, legitimación de quien la pide o presenta, y competencia del funcionario que debe admitirla u ordenarla. Aquéllos son propios de la prueba misma, entendiendo por ésta tanto el medio como su objeto, y los últimos se refieren a circunstancias relacionadas con ella. Puede hablarse también de requisitos *objetivos y subjetivos*, según se contemple el medio y sus formalidades, o los sujetos que intervienen (partes y juez). Estos requisitos serán estudiados en el capítulo XIV (cfr. núms. 94-103).

En la admisión opera una *calificación previa* de la legalidad del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio o la causa, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio (cfr. núms. 95-96). No es propiamente una valoración preventiva de la prueba, como dice CARNELUTTI y lo acepta ARAGONESES<sup>9</sup>, porque el juez no la examina desde el punto de vista de su valor de convicción, sino de los requisitos para que pueda practicarse o ser aceptada tal como se presenta, si al dictar sentencia o resolver el incidente encuentra el juez que el contenido de la prueba o los vicios que la afecten no permiten reconocerle ningún mérito de convicción, así debe declararlo.

Si falta alguno de esos requisitos, el juez debe rechazar la prueba o negar su admisión u ordenación. Puede decirse entonces que la *inadmisión* de la prueba es el acto por el cual el juez le niega su ingreso al proceso.

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 dictar sentencia o de resolver el incidente, y puede negarles valor si estima que era inadmisibles o que no se cumplieron las formalidades para su admisión<sup>10</sup>.

### 73. Recepción o práctica de la prueba

La *recepción* de la prueba comprende su simple agregación cuando la presenta la parte, o su práctica cuando ésta 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 en posiciones, observar las cosas en la inspección, expedir las copias, incluyendo el oficio o despacho que el juez de la causa debe librar al funcionario bajo cuya custodia está el docu-

<sup>9</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, ed. cit., pág. 531; CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. IV, pág. 225.

<sup>10</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 7, págs. 27 y 28.

mento o expediente que debe copiarse, etc.). Pero es usual identificar ambos términos, dándoles el doble sentido indicado al primero.

En el léxico procesal se habla de "recibir a pruebas" la causa, para indicar su apertura a pruebas, es decir, el dar un término o una oportunidad para que los interesados o el mismo juez, si tiene facultades inquisitivas, puedan aducir o solicitar las que estimen pertinentes, conducentes, útiles y por ende admisibles, y obtener su práctica si lo requieren.

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 confunde con la admisión, y lo mismo ocurre cuando el juez procede a practicar la prueba en el curso de una diligencia, sin ordenarla expresamente, como lo explicamos en el número anterior. Cuando es necesario examinar una cosa o persona, tomar una copia o fotografía, oír a alguien (testigo, parte, perito o intérprete), entre los actos procesales para la práctica de la prueba existen los que tienen por finalidad obtener coercitivamente la exhibición o captura de la cosa y la concurrencia de la persona, es decir, los actos de coerción a que nos referimos al tratar del "principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba" (*cf.* núm. 31, punto 20).

Esta fase de la actividad probatoria tiene igualmente sus requisitos; ante todo el que consiste en que haya sido admitida (lo que puede estar implícito en la hipótesis que acabamos de plantear), y también los de formalidad, oportunidad y competencia del funcionario, que estudiaremos en el capítulo XIV. Esta competencia es obvia en el juez de la causa, a menos que se trate de actos que deben ocurrir fuera de su territorio, distintos del examen de inmuebles ubicados parte en éste y parte en el de otro juzgado o tribunal; cuando se trate de práctica por delegación o comisión, es indispensable que la ley autorice al comisionado para recibir el encargo, pues si se trata de un funcionario administrativo que no tiene esa facultad, la prueba resultaría absolutamente nula. Esos requisitos garantizan la lealtad, la publicidad y la contradicción de la prueba, lo mismo que la igualdad de oportunidades para la defensa, de manera que su incumplimiento la afecta de nulidad.

En algunos juicios, como los ordinarios, la ley procesal dispone que se señale por el juez un término para pedir o presentar pruebas y otro para practicarlas. Sin embargo, nada impide que se practiquen las pruebas decretadas, por estar pedidas en tiempo, aunque no se haya señalado el término para su práctica, porque éste tiene un sentido preclusivo solamente en cuanto a su vencimiento, es decir, a concluir la etapa probatoria; pero si la prueba ha sido decretada, su práctica resulta válida, porque existe la oportunidad para contradecirla, sin que

el olvido de señalar el término para ello pueda restarle mérito; sencillamente, sigue abierta la etapa probatoria hasta cuando se llene ese requisito y transeurra el término a partir de la notificación de la providencia. Además, para desconocerle valor a la práctica de esas pruebas sería indispensable decretar la nulidad de lo actuado, y no vemos que pueda existir causal para ello.

Como atinadamente lo observa LESSONA<sup>11</sup>, la ley no señala un orden especial para la práctica de las pruebas de ambas partes ni de las pedidas por una misma, y, por lo tanto, salvo el caso excepcional de que el peticionario lo reclame (por ejemplo, si pide que se proceda a un examen pericial del documento privado, en caso de que citada la parte que lo suscribe niegue su reconocimiento, o que si no se encuentra el objeto materia de la inspección se reciban declaraciones de testigos, es decir, cuando se propone una como subsidiaria de otra), el juez debe decretarlas y practicarlas simultáneamente, si tiene facultades para hacerlo sin impulso del interesado (como en las inspecciones y dictámenes de perito, cuya fecha y término para presentarlo debe señalar) o también de acuerdo con la actividad de éste (según el orden en que lleve los testigos y haga notificar a la parte que debe concurrir a confesión forzosa o posiciones y provea para los despachos comisorios o con el fin de que se expidan copias de documentos). A menos que la ley lo disponga expresamente o que señale términos separados y sucesivos, no es permitido al juez aplazar las pruebas del demandado para cuando se hayan practicado las del demandante, porque si los términos son comunes, cada parte tiene derecho a utilizarlos en su totalidad. Otra cosa es que se señalen días y horas especiales para la práctica de ciertas pruebas (inspecciones, absolución de posiciones, reconocimiento de documentos) u horas determinadas de los días hábiles en general (como para la recepción de declaraciones), lo que no sólo es legal sino necesario para el buen orden del despacho judicial y del debate probatorio.

#### 74. La asunción de la prueba

Es frecuente confundir la recepción de la prueba con su asunción. Sin embargo, como lo indicamos, 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 u operaciones sensoriales y psicológicas 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*.

<sup>11</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 239, págs. 282 y 283.

Antes de apreciar el mérito de un medio de prueba es indispensable que el juez lo asuma mediante esos dos actos subjetivos. Cuando el propio juez de la causa admite y practica la prueba, es obvio que simultáneamente se produce su asunción por él; pero puede suceder que ambas fases o la segunda ocurran ante el juez comisionado (la admisión sólo cuando se presenta en el curso de diligencias por delegación) y entonces la asunción de la prueba por aquél ocurrirá cuando le sea remitida la actuación y conozca su contenido. Lo mismo sucede cuando se dividen las funciones de instructor y fallador. En ambos casos, sin embargo, existe una asunción de la prueba por el comisionado o instructor, e inclusive su valoración cuando debe adoptar decisiones con fundamento de ella.



## CAPÍTULO XIII

### LA VALORACION O APRECIACION DE LA PRUEBA

#### 75. 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*. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez; pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados, en el voluntario. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprende su estudio crítico de conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus alegaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos y los que el juez decretó oficiosamente.

Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez, como lo vimos al tratar de los sujetos de la prueba (*cfr.* núm. 60), 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 o no provechosos o perdidos e inútiles; si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción al juez. Implica a un mismo tiempo una revisión de las decisiones adoptadas por el juez en las fases anteriores, porque, como dijimos al estudiarlas, en el momento de decidir la causa o el incidente, puede el juez separarse de esas decisiones y negarle valor a un medio admitido y practicado, por considerar que no debió admitirse o que no se cumplieron los requisitos intrínsecos o extrínsecos para su práctica.

En la vida jurídica extraprocesal es de diaria ocurrencia el ejercicio de esta actividad crítica de valuación de la prueba; así, en las

relaciones familiares, laborales, sociales, administrativas, políticas, militares; en las actividades científicas, históricas, investigativas y de las diversas ramas reconstructivas (paleontología, arqueología, geología, antropología, lingüística) y en muchas otras más, es indispensable sacar conclusiones sobre pruebas de muy diversa índole, para aceptar o rebazar la existencia presente o pasada de hechos. De ahí que la noción de la prueba se extienda a todos los campos de la actividad humana y tenga una importancia trascendental dentro y fuera de la órbita judicial, como lo explicamos en el capítulo I (*cf.* núms. 1-3).

En el campo específico de la prueba judicial, la actividad valorativa adquiere una trascendencia superior, porque de ella depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos, y, por lo tanto, que exista o no armonía entre la sentencia y la justicia. La vida, la libertad, el honor y la dignidad, el patrimonio y el estado civil, la familia y el hogar de las personas dependen del buen éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente de la apreciación correcta o incorrecta que el juez haga de la prueba aportada al proceso.

Precisamente hemos incluido entre los principios fundamentales del derecho probatorio la evaluación o apreciación de la prueba (*cf.* núm. 31), y hemos consagrado otro capítulo a estudiar los diversos sistemas que sobre el particular existen y que junto con los que regulan la actividad investigativa desde el punto de vista inquisitivo o dispositivo, constituyen los aspectos más importantes de la prueba judicial y del proceso en general (*cf.* cap. V). No obstante, cuando estudiemos cada uno de los medios de prueba en particular, volveremos inevitablemente sobre su valoración.

Es fácil comprender la grande importancia y la función propia de esta fase de la actividad probatoria de todo proceso.

## 76. 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 dos: el de la tarifa legal y el de valoración personal por el juez o libertad de apreciación. Explicamos allí mismo las varias denominaciones que se han dado a estos sistemas y la diferencia que en un sentido estrictamente jurídico hay entre *prueba legal*, *prueba formal* y *tarifa legal*; dijimos que en realidad no existe un sistema mixto, pues cuando se otorgan ciertas facultades al juez para apreciar determinados medios de prueba o en casos especiales, subsiste la tarifa legal atenuada, ya que la libertad de apreciación existe o no; vimos que el sistema de la libre apreciación no excluye la obligación de motivar las sentencias, ni las formalidades procesales para la validez de la prueba, ni exige la libertad de medios, ni se opone al principio fundamental de la carga de la

prueba, ni desaparece porque existan normas sustanciales sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, y que los inconvenientes que algunos críticos anticuados le encuentran se refieren en verdad al sistema muy criticable del jurado de conciencia, por lo cual muchos países lo han consagrado con magníficos resultados.

Como conclusión de ese capítulo expresamos la opinión de que es indispensable abolir radicalmente el viejo sistema de la tarifa legal para el proceso civil, que si bien prestó valiosos servicios en un momento histórico, desde hace un siglo está convertido en un fósil jurídico, que sólo perjuicios puede ofrecer a la imponderable función de administrar justicia. Para obtener los fines de interés público que ya nadie desconoce al proceso, a la acción y a la jurisdicción civiles, lo mismo que para impedir que el primero sea una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los litigantes y la impotencia del juez para buscar la verdad, es indispensable, además de darle a éste facultades inquisitivas para producir las pruebas que considere útiles a la formación de su convencimiento, el dejarlo en libertad para apreciar las que lleguen al proceso por cualquier conducto, conforme a los principios de la sana crítica, la lógica, la psicología judicial, es decir, con un criterio científico y sobre la ineludible presunción de su honestidad. El legislador puede sentar algunos principios generales, que sirvan de guía al juez<sup>1</sup>, pero no prefabricar el resultado valorativo de los medios con un criterio abstracto y formal, que es de la esencia de la tarifa legal, reñido en muchas ocasiones con la realidad.

Dentro del sistema de la tarifa legal, la altísima función y la sagrada misión del juez quedan a merced de los errores o las habilidades, lícitas e ilícitas, de los abogados litigantes. Sólo con facultades inquisitivas y libertad de apreciar la prueba, puede ser el juez dueño de su función y verdadero responsable de sus resultados, ya que así no tendrá que limitarse a reconocer al vencedor, tenga o no realmente la razón, haya o no justicia en su sentencia. Como ya dijimos, en un sistema rigurosamente dispositivo y con tarifa legal, no es verdad que el juez administre justicia de acuerdo con la ley, sino que reconoce la que las mismas partes obtienen por su propio esfuerzo.

El sistema de la libre apreciación exige jueces mejor preparados, pero la obligación de motivar la sentencia y explicar los motivos que llevan a la formación del convencimiento sobre la base de ciertas pruebas, unida a la exigencia de estudios universitarios de derecho para el desempeño del cargo y a la revisión por tribunales superiores, son garantías suficientes para una correcta justicia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 104 y 105.

<sup>2</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 331, pág. 356; FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 104.

## 77. Las diversas operaciones del proceso mental de valorización o apreciación de la prueba

Este proceso de valorización 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 hacer a continuación.

a) **LOS TRES ASPECTOS BÁSICOS DE LA FUNCIÓN VALORATIVA: PERCEPCIÓN, REPRESENTACIÓN O RECONSTRUCCIÓN Y RAZONAMIENTO.** Puede decirse que existen tres aspectos básicos que se encuentran siempre en la actividad valorativa de la prueba: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento deductivo o inductivo.

El juez entra en contacto con los hechos mediante la percepción u observación, sea directamente o de modo indirecto a través de la relación que de ellos le hacen otras personas o ciertas cosas o documentos; es una operación sensorial: ver, oír, palpar, oler y, en casos excepcionales, gustar (como ocurriría al establecer la diferencia de sabores entre la medicina que debía darse al enfermo y la droga contraproducente que la sustituyó). Se trata siempre de percibir u observar un medio de prueba de ese hecho: cosas, personas, documentos, huellas, y de una fase de la actividad probatoria de valorización, porque es imposible apreciar el contenido y la fuerza de convicción de una prueba, si antes no se la ha percibido u observado<sup>3</sup>. Es fundamental para el resultado de la prueba y de la sentencia que la percepción sea correcta, ya que es indispensable separar la inferencia que de los hechos pueda hacerse, de su simple percepción, lo que no siempre es fácil, por la natural tendencia a analizar o razonar sobre ellos aun inconscientemente, inclusive cuando se los percibe en forma directa, como en una inspección judicial. Según observa GORPHE<sup>4</sup>, "la simple comprobación de un objeto o de un acontecimiento se debe a un juicio, por elemental que sea". Por eso consideramos un error decir<sup>5</sup> que el juez en unos casos se limita a percibir con los sentidos y en otros procede por vía de deducción sobre

<sup>3</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. I, pág. 55; CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 64; FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, págs. 133, 170 y 218; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, núm. 368, pág. 379; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 465; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 60 y 167.

<sup>4</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 49, 50, 164 y 165.

<sup>5</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, pág. 465.

la base de un hecho exterior acreditado. Como enseña LESSONA<sup>6</sup>, "cuando el examen perceptivo es exacto, pero es equivocado el examen intelectual" se produce un error de criterio. En el mismo sentido dice FLORIAN<sup>7</sup>, que los hechos se aprecian de acuerdo con el raciocinio y la conciencia.

Debe ponerse el máximo cuidado en esta operación perceptiva, para precisar con exactitud, en cuanto sea posible, el hecho, o la relación, o la cosa, o el documento, o la persona objeto de ella, pues sólo así se podrá apreciar luego su sinceridad y su verdad o falsedad. Esto es evidente, aun respecto de la observación de las cosas o pruebas materiales, porque si bien éstas son ciertas en sí mismas, presentan modalidades, detalles, huellas, de las cuales dependen las inducciones a que dan lugar; por eso dice FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>8</sup> que la voz de las cosas jamás es falsa por sí misma, pero que las cosas tienen varias voces, y no siempre se aprecia correctamente cuál es la que corresponde a la verdad. Para esto debe hacerse su valorización objetiva y subjetiva, separando lo que en ellas puede haber de alteración o falsificación por obra del hombre, y ello sólo es posible examinando cuidadosamente si las condiciones en que se presentan permiten esa posibilidad, para en caso afirmativo verificarla.

Una vez percibidos aisladamente los hechos a través de sus medios de prueba, es indispensable proceder 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>9</sup>.

El éxito de la valoración, y, por lo tanto, de la sentencia, depende también de la correcta y completa representación de los hechos, en la cual no debe omitirse ninguno, por accesorio que parezca, y deben coordinarse todos y colocarse en el sitio adecuado, para luego clasificarlos con arreglo a su naturaleza, al tiempo y a las circunstancias de la realidad histórica que se trata de reconstruir. No hay que dejarse llevar por la primera impresión que causen, sino que deben examinarse reiteradamente<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 368, pág. 379.

<sup>7</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 168.

<sup>8</sup> FRAMARINO, cita de GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 170.

<sup>9</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. I, pág. 55; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 61 y 62; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 53; ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 420; VISHINSKI: *La teoría de la prueba en derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 255.

<sup>10</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 53.

Esa 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, es decir, infiriéndolos de otros hechos, porque sólo los segundos y no los primeros son percibidos por el juez, o también deduciéndolos de reglas generales de experiencia. Como en la observación directa opera siempre una actividad analítica o razonadora, por elemental y rápida que sea, mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, hay entonces una *actividad inductiva* que consiste precisamente en sacar de tales datos una conclusión. 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, porque, al contrario, se desarrollan por lo general simultáneamente, y también, en ocasiones, a un mismo tiempo con la primera o perceptiva (cuando el juez debe resolver no bien conoce los hechos a través de las pruebas)<sup>11</sup>. Por la inducción se conocen las reglas de experiencia que le sirven de guía al criterio del juzgador y le enseñan qué es lo que ordinariamente ocurre en el mundo físico o moral, gracias a la observación de los hechos y de las conductas humanas, y de tales reglas se deducen consecuencias probatorias.

No se trata, pues, de tres fases separadas, ni mucho menos sucesivas de la actividad de valoración de la prueba, aun cuando las últimas no pueden presentarse sin la primera, que está necesariamente al comienzo del camino. En este sentido expusimos antes que no es posible suponer una percepción desligada totalmente de la actividad razonadora, porque cuando el hecho o la cosa es observado directamente, hay cierta función analítica que sirve para obtener las inferencias necesarias para su comprensión, no obstante que su sencillez y simultaneidad hacen que para algunos pase desapercibida, por lo cual se ha llegado a negarle a la prueba directa el carácter de tal<sup>12</sup>.

b) LA FUNDAMENTAL FUNCIÓN 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. Cuando se hacen inferencias de los hechos, cosas o personas observados, gracias a la inducción, o se califican los casos particulares de acuerdo con deducciones de reglas de expe-

<sup>11</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, pág. 85; CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, págs. 56-57, 62, 68, 86 y 93; VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 255; ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 66; FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 206-209.

<sup>12</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núms. 13 y 14, págs. 56 y 67; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1935, págs. 164 y 165.

riencia, se aplican inexorablemente los principios de la lógica. De ahí que los autores estén de acuerdo en que entre las variadas actividades propias de la valoración de la prueba, sobresale la lógica<sup>13</sup>. En este sentido afirma COUTURE que la sentencia debe armonizar con los principios lógicos admitidos por el pensamiento humano.

Pero no se trata de una lógica especial, diferente de la común o general, porque las leyes de la lógica son unas mismas, cualquiera que sea la materia a que se aplican; sin embargo, esa actividad lógica tiene la peculiaridad de que siempre debe basarse en la experiencia y de que se aplica a casos particulares y prácticos, por lo cual nunca se tratará de lucubraciones meramente teóricas o de razonamientos *a priori*; precisamente la guía indispensable del juez en su tarea de valoración probatoria, la constituyen las reglas de experiencia físicas, morales, sociales, psicológicas, científicas<sup>14</sup>.

No puede decirse que el juez se limita, en algunos casos, a percibir con los sentidos y que en otros utiliza el razonamiento para proceder por vía de deducción<sup>15</sup>, porque en el primer caso existe siempre alguna actividad razonadora, por elemental y rápida que sea, sin la cual sería imposible obtener las inferencias del hecho o la cosa observados, y en el segundo necesariamente ha precedido una actividad sensorial para la percepción de la prueba indirecta. Cuando más puede afirmarse que en la prueba obtenida por observación directa predomina la actividad sensorial en ciertos casos, y que en la prueba indirecta la actividad intelectual es la predominante siempre; pero no se las puede aislar ni considerar exclusivas en ningún caso.

Como dice FRAMARINO<sup>16</sup>, "en nosotros es siempre la razón la que guía el espíritu en su camino de lo conocido hacia lo desconocido", y el instrumento de que se sirve la razón para recoger los rayos de luz

13 FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, páginas 174-175 y 206-211; COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, pág. 191; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1933, págs. 61 y 123; CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 15, pág. 64; FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 5 y 168; STUART MILL, ROMAGNOSI y PESCATORE, cita de FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 5; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., págs. 8 y 50, 54, 164 y 165; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 464; ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 66; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 368, pág. 379.

14 STUART MILL, ROMAGNOSI y PESCATORE, citados por FLORIAN: *Delle prove penali*, núm. 5; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 49 y 54; FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, págs. 206-211.

15 Ya le hicimos esta observación a DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, pág. 465.

16 FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 206.

de las ideas generales y dirigirlos sobre los casos particulares, es el raciocinio. O, como observa FLORIAN<sup>17</sup>, las pruebas se aprecian de acuerdo con el raciocinio y la conciencia, concepto que refuerza con PESCATORE<sup>18</sup>, para quien "el conjunto del doble elemento lógico y jurídico, es lo que caracteriza la verdadera índole de las pruebas judiciales". Sólo que no deben olvidarse los elementos psicológico y técnico, como veremos en seguida.

El simple examen perceptivo nada probaría, porque lo observado carecería de valor probatorio si no se obtuviera de ello ninguna inferencia, y para una apreciación adecuada se requiere, en tal caso, que a la correcta percepción se sume un examen intelectual acertado, ya que, según enseña LESSONA<sup>19</sup>, "hay error de criterio cuando el examen perceptivo es exacto, pero es equivocado el examen intelectual". Idéntica afirmación se encuentra en el siguiente párrafo de GORPHE: "La simple comprobación de un objeto o de un acontecimiento se debe a un juicio, por elemental que sea, al mismo tiempo que sirve de punto de arranque para más complejos juicios"<sup>20</sup>.

Esa preponderancia de la lógica en la valoración de la prueba, ha conducido a algunos a darle un carácter de riguroso silogismo a la actividad intelectual o razonadora que la acompaña; sin embargo, esto no debe exagerarse, porque si bien el razonamiento se presenta generalmente en forma silogística, ya que se trata de juicios, no existe la mecánica exactitud de un silogismo teórico o de una operación aritmética<sup>21</sup>, debido a que la premisa mayor está constituida por reglas de experiencia y la menor por las inferencias deducidas de la actividad perceptiva, falibles siempre, deficientes muchas veces. Esta actividad no se agota en un silogismo, ni constituye una mera operación inductiva-deductiva<sup>22</sup>.

Con todo, puede decirse que cuando existe la tarifa legal para la apreciación de los medios de prueba practicados, la premisa mayor del silogismo está regulada apriorísticamente por la norma jurídica, en particular cuando se trata de la operación estrictamente lógica de deducción en la prueba indirecta, como observa CARNELUTTI<sup>23</sup>, pero con-

<sup>17</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 168.

<sup>18</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 168, nota 16.

<sup>19</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 368, pág. 379.

<sup>20</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 164-165.

<sup>21</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, págs. 61 y 123.

<sup>22</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, pág. 192.

<sup>23</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 15, pág. 64.



sistirá de todas maneras en una regla de experiencia consagrada allí por el legislador. Cuando la ley ha dejado al juez en libertad para apreciar las pruebas, esa premisa estará constituida por la regla de experiencia que él conoce y aplica, pues la base del raciocinio es la experiencia externa e interna del mundo físico y del moral<sup>24</sup>.

Es evidente que el método deductivo se basa en una actividad silogística lógica que opera en la mente del juzgador, lo mismo que en cualquier otra actividad científica, teórica o práctica. En el método inductivo aparece también el razonamiento silogístico, porque se infiere de los datos concretos la conclusión, e igual sucede cuando gracias a la observación se elaboran las reglas de experiencia que sirven de guía al criterio del juzgador. La inducción es silogística, porque en ella existen juicios analíticos y sintéticos, basados en los principios de la identidad y la casualidad respectivamente.

Al tratar de la prueba indirecta, dice CARNELUTTI acerca de esto: "La norma que constituye la premisa mayor del silogismo ahora analizado, debe tener como contenido la *concomitancia* o la *repugnancia* del hecho afirmado en la premisa menor (a saber, del hecho percibido por el juez) con el hecho por probar. De este modo, sirve para deducir mediante el hecho percibido su existencia o inexistencia. Semeljantes normas pertenecen a todos los campos: al del saber técnico o al de los conocimientos comunes, al de las ciencias naturales o al de las morales, al de la sicología o al de la economía".

En igual sentido observa GORPHE<sup>25</sup> que cuando no se trata de inducción, el único método aplicable para la valoración de la prueba indirecta es el de la analogía, que opera silogísticamente.

No obstante, ese método lógico-silogístico no se aplica en forma rigurosa y tampoco en todos los casos de manera inconsciente, pues en muchas ocasiones el juicio mismo opera en forma tan rápida e inconsciente, que pasa desapercibido. Por otra parte, como en el punto siguiente veremos, y lo examinamos al tratar de la naturaleza de las pruebas judiciales (*cfr.*, núm. 14) no se trata aquí de una actividad exclusivamente lógica. Estas consideraciones nos conducen a acoger más bien la denominación adoptada por DELLEPIANE de *método reconstructivo*, para calificar esta actividad valorativa, que es igual tanto en el juez y para el proceso, como en el historiador, el periodista, el paleontólogo, el arqueólogo, el lingüista, para sus respectivas investigaciones<sup>26</sup>. Precisamente, CALAMANDREI fue partidario de abandonar la teoría silo-

<sup>24</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 206-207, 212-214; CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 15; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, pág. 50; GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1935, págs. 50 y 51.

<sup>25</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., págs. 50 y 51.

<sup>26</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 7, 25, 170 y 185.

gística<sup>27</sup>, y SILVA MELERO<sup>28</sup>, advierte que “el proceso probatorio como historia no es tal que conduzca al conocimiento de lo acaecido, con la mecánica exactitud del silogismo y de la operación aritmética”; en el fondo, el juez emplea el mismo mecanismo que el historiador, pero es además un intérprete del alma, es decir, un sicólogo.

c) PERO AL LADO DE LA RAZÓN Y LA LÓGICA, ACTÚAN LA IMAGINACIÓN, LA PSICOLOGÍA Y LA SOCIOLOGÍA, ADEMÁS DE OTROS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS. Se equivocan quienes consideran la valoración de la prueba como una actividad exclusivamente lógica, pese a que es imposible prescindir de ella. 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, inferencias o deducciones, necesarias para la adecuada representación del caso.

Y como esos hechos son humanos generalmente o se relacionan con la vida de seres humanos, raro será el proceso en donde para la calificación definitiva del conjunto probatorio no deha recurrir el juez a conocimientos psicológicos (de ahí que SILVA MELERO lo llame “intérprete del alma”<sup>29</sup> y sociológicos, porque los principios que debe aplicar “forman parte del conocimiento de la vida”<sup>30</sup>, y son *máximas de experiencia*, según la denominación original de STEIN, también llamadas reglas de vida, o sea, juicios fundados en la observación de lo que comúnmente ocurre y que pueden ser generalmente conocidos y formulados por cualquier persona de un nivel mental medio, en un determinado círculo social, y que no se requiere enunciarlos y menos declararlos probados en la sentencia. No obstante, algunas de esas reglas requieren conocimientos técnicos, y, por lo tanto, el auxilio de peritos para su aplicación en el proceso (*cfr.*, Cap. XIX)<sup>31</sup>. En igual sentido observa VISHINSKI<sup>32</sup> que “la experiencia de la vida enmienda los errores de la razón, que opera solamente con concepciones lógicas”, y FRAMARINO<sup>33</sup> opina que la base del raciocinio es la experiencia externa o interna, del

27 CALAMANDREI: *Processo e giustizia*, en “Riv. di dir. proc.”.

28 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 61.

29 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., pág. 61.

30 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, págs. 192 y 193.

31 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 15, pág. 65; STEIN: *Das private Wissen des Richters*, núms. 1 y sigs., cita de CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 15, pág. 65, n. 107; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, t. I, pág. 50.

32 VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 255.

33 FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 206 y 207.

mundo físico y del moral. Por su parte, COUTURE<sup>34</sup> afirma que no se trata de una actividad meramente inductiva, ni que se agote en un silogismo, sino que comprende múltiples operaciones de experiencia jurídica y responde a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento de la vida y que se denominan máximas de experiencia.

Esta noción de máximas de experiencia fue estudiada en los números 40 y 49 y a ellos nos remitimos.

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.

Precisamente suele decirse que existen tres períodos en la apreciación de la prueba testimonial, a partir de la Edad Media<sup>35</sup>: el empírico, durante el cual se tenían en cuenta solamente las reglas derivadas de la observación práctica, que permanece hasta el siglo XVIII; el lógico, dominado por principios racionales, que fue iniciado en el siglo XVIII por DIDEROT, MONTESQUIEU y otros, y que recibió luego consagración oficial en el Código de Napoleón durante el siglo XIX, lo mismo que en las famosas obras de BENTHAM y MITTERMAIER en Inglaterra y Alemania, por lo cual llegó hasta finales de ese siglo; por último, el psicológico, también denominado científico, que aparece en los comienzos del siglo XX y perdura en la actualidad, aunque en forma restringida en los países que mantienen una tarifa legal atenuada, como ocurre en Colombia (*cfr.* núm. 26).

Por otra parte, como observa atinadamente COUTURE<sup>36</sup>, el principio que exige valorar la prueba de acuerdo con las "reglas de la sana crítica", se aplica a todos los medios y no exclusivamente al testimonio. Por ejemplo, las presunciones de hombre y los indicios se basan en esas reglas de la sana crítica: "preceptos de higiene mental", que tienden a depurar la reflexión del juez sobre los frecuentes equívocos en que puede incurrir. Para que el juez pueda apreciar la "mayor o menor relación o conexión entre los hechos que las constituyen (presunciones no legales) y el que se trata de averiguar", o el carácter de necesario que un solo indicio presente, o el valor de una sola presunción de hombre, o la correlación, gravedad y precisión de varios indicios no necesarios, debe recurrir no sólo a la lógica sino a la psicología para el examen de sus propias reacciones e impresiones ante tales hechos, es decir, hacer su personal "higiene mental".

Esas reglas de la sana crítica constituyen, pues, "un *standard* ju-

34 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, págs. 191-193.

35 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, pág. 195.

36 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, págs. 219, 220 y 225.

ridico", esto es, un criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial<sup>37</sup>. 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", que sirven para la formación del criterio del juez y de las partes en la tarea de conocer los hechos a través de la prueba aportada y para llenar su deficiencia, por lo cual creemos que aquéllas son una especie de éstas, que se refieren a la valoración de la prueba y son razones especiales para su mejor entendimiento. Por eso dijimos entonces que las reglas o máximas de experiencia le sirven al juez para rechazar 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, y hasta el dictamen de peritos, cuando están en contradicción con ellas. También observamos que forman parte de la crítica razonada de la prueba cuando ésta es libre, y con limitaciones cuando existe una tarifa legal atenuada; pero que, en ocasiones, también se utilizan para dar por cierto un hecho a pesar de faltar su prueba (*cfr.*, núm. 40). Desde que la ley le concede al juez cierta facultad para estimar el grado de convicción de la prueba, la cuestión psicológica es importante.

El factor psicológico es inseparable del sensorial y del lógico en la formación del juicio que el testigo, la parte o el perito exponen al juez, y éstos también utilizan las máximas de experiencia que les son conocidas cuando califican o deducen los hechos. De ahí que el juez deba examinar el aspecto psicológico de tales pruebas y no sólo el lógico, para su adecuada valoración.

Son muchos los autores que recalcan sobre la importancia de la psicología en la apreciación de las pruebas. Además de los citados últimamente, podemos mencionar a GORPHE<sup>38</sup>, para quien la síntesis final en la formación del convencimiento es "un acto propiamente psicológico" y el juez no puede prescindir de la psicología, pero no de la general y abstracta, sino de la concreta, práctica y viva, que bien puede denominarse psicología judicial, como enseñó Juan Gross; si carece de sentido psicológico, no será un buen intérprete de la prueba, por más que trate de suplir esa deficiencia con hermosos razonamientos o con profundos conocimientos en derecho. De ahí que considere indispensable que los jueces sean *juristas psicólogos*, con experiencia judicial y conocimientos en ambos ramos. También FLORIAN<sup>39</sup> opina que la investigación psicológica es un complemento necesario para el estudio de

37 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, ed. cit., pág. 222.

38 GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 8, 54, 59, 61 y 79.

39 FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 6.

cada medio de prueba. WIGMORE<sup>40</sup> pone de presente que ningún sistema lógico puro puede descubrir y establecer las normas para la variedad infinita de inferencias aplicables en el proceso. ROSENBERG<sup>41</sup> recuerda que el juez se basa “en su experiencia de la vida y en el conocimiento de los hombres”. Y Antonio ROCHA<sup>42</sup> observa que, aun en el sistema dispositivo, el juez emplea las reglas de experiencia que extrae de todos los campos o ciencias.

La prueba generalmente es obra de individuos, que la suministran, la reciben, perciben y observan o aprecian; luego es imposible aislarla de la persona humana, y, por lo tanto, del mundo psicológico. En ese sentido decía MITTERMAIER<sup>43</sup>: “Cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana, movimiento que varía de intensidad según los individuos”; su experiencia, sus costumbres, sus capacidades, físicas y mentales, su habilidad práctica, sus opiniones preconcebidas, influyen en sus percepciones, sus inferencias, sus juicios y su convicción. GOPPHE<sup>44</sup> y FRAMARINO<sup>45</sup> reconocen ese aspecto humano de la prueba y exigen su valoración subjetiva, además de la objetiva, inclusive cuando se trate de prueba material. El juez debe “examinar la credibilidad subjetiva de la prueba y luego justipreciar su exacto valor objetivo”, como dice el segundo. Aquella consiste en la relación de veracidad o de mentira entre la persona que atestigua y su testimonio, lo mismo que en la relación de verdad o de falsedad entre la cosa que atestigua y sus posibles atestaciones, o sea, que esa cosa es lo que se cree que es y no algo distinto, que no haya sido falsificada (veracidad de la prueba real). La valoración objetiva se refiere al contenido de la prueba (*cf.* núm. 75).

d) TAMBIÉN EXISTE UNA ACTIVIDAD DE LA VOLUNTAD. Si se quiere realizar un examen completo, imparcial y correcto de la prueba, es indispensable un continuo acto de voluntad, para no dejarse llevar por las primeras impresiones o por ideas preconcebidas, antipatías o simpatías por las personas o las tesis y conclusiones, ni aplicar un criterio rigurosamente personal y aislado de la realidad social (*cf.* núm. 93); en fin, para tener la decisión de suponer las muchas posibilidades de error y tomarse el trabajo de someterlas a una crítica severa. No se

40 WIGMORE, cita de GOPPHE: *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., pág. 54.

41 ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 206.

42 ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 66 y 67.

43 MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, págs. 49 y 50.

44 GOPPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 167 y 170.

45 FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 133, 170 y 173.

trata solamente de dejar que la razón lucubre, con ayuda de la lógica, la sicología, la sociología y otras ciencias auxiliares en tan difícil y delicada tarea, sino de exigirse así mismo, continuamente, nuevos esfuerzos para revisar una y otra vez la asunción de la prueba y para la mejor valoración de ésta.

FRAMARINO<sup>46</sup> puso de presente este aspecto de la función valorativa de la prueba, cuando dijo que exige un "asentimiento seguro y definitivo de la voluntad, que, iluminada por la razón, rechaza definitivamente las posibilidades contrarias", para llegar al convencimiento judicial racional, lo mismo que cuando observó que "es la voluntad la que llama la atención del pensamiento más hacia una consideración que hacia otra", o descarta sin examen un argumento y permite que el pensamiento se afirme sobre el contrario, porque "creemos fácilmente en lo que deseamos (*quod volumus facile credimus*)". Y como la voluntad está expuesta a las pasiones, los hábitos, los prejuicios y las inclinaciones<sup>47</sup>, y sus experiencias, sus costumbres y sus ideas preconcebidas influyen en sus percepciones, inferencias y juicios<sup>48</sup>, se requiere una firme y constante voluntad de averiguar la verdad, o al menos de obtener el convencimiento de la manera más acertada que sea posible, para que ella no eche a perder el trabajo de la razón (a base principalmente de lógica y sicología) y de los sentidos (en cuanto a la percepción de la prueba).

## 78. Naturaleza de las reglas de apreciación

De lo expuesto en el número anterior se deduce que las reglas de apreciación son de múltiple o variada naturaleza (lógicas, sicológicas, morales, sociológicas, técnicas) y que su aplicación concreta varía según las características del hecho investigado, de los medios de prueba utilizados y del sistema (de libre apreciación o de tarifa legal) vigente en el proceso. Son igualmente reglas dinámicas, en evolución constante y no estáticas, porque los adelantos científicos y las transformaciones sociales influyen constantemente en ellas<sup>49</sup>. Son, en resumen, de dos clases: reglas lógicas y reglas de experiencia sociales y sicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy bien puede llamarse "conocimiento de la vida y de los hombres" y que en ocasiones exigen conocimientos espe-

<sup>46</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 47, 50 y 84.

<sup>47</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., pág. 50.

<sup>48</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, págs. 49 y 50.

<sup>49</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, página 8.

cializados, como atinadamente observa KISCH<sup>50</sup>, o significan experiencia de la vida y conocimientos de los hombres, como dice ROSENBERG<sup>51</sup>.

En un sistema de tarifa legal rigurosa estas reglas 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. 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, sociológicas y morales, lo mismo que la de principios técnicos en la prueba pericial. Cuando la tarifa legal se encuentra más o menos atenuada, como sucede en Colombia y en España (*cf.* núm. 26) esas reglas lógicas y de experiencia tienen amplia aplicación.

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; pero su carácter imperativo, de regulación legal, les da respecto de éste la condición de reglas jurídicas; o sea, son la lógica y la experiencia del legislador, mas no la del juez ni la del abogado litigante.

En los países como Colombia, en donde el proceso penal se orienta por la libre apreciación de la prueba y el civil se rige por la tarifa legal atenuada, existirá esa importante diferencia entre las reglas de apreciación de uno y otro proceso; pero esto será consecuencia del sistema y no de su naturaleza penal o civil, que no tiene por qué modificar los principios y reglas sobre la prueba, que bien pueden ser unos mismos para toda clase de procesos (*cf.* núms. 5 y 31). En este sentido, dice GORPHE<sup>52</sup>: "La reglamentación de la prueba civil, que en general exige un escrito para probar los compromisos, no impide que los principios de fondo sean siempre unos mismos para la apreciación de la prueba"; y MICHELI<sup>53</sup> observa que también en el proceso civil la valoración de la prueba se hace "a base de cánones lógicos y de reglas de experiencia".

Estas reglas de apreciación o valoración de la prueba son muy diferentes a las reglas de interpretación de la ley, como es obvio, aun en un sistema de tarifa legal; porque las primeras buscan el verdadero contenido de los medios probatorios allegados al proceso y de los hechos que lo constituyen, por lo cual es indispensable recurrir a las reglas de experiencia, al paso que las segundas sirven para desentrañar la voluntad de legislador expresada en las palabras de la ley<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, págs. 199 y 200.

<sup>51</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 206.

<sup>52</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 202.

<sup>53</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 50, pág. 311.

<sup>54</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 29, pág. 190.

En un sistema de libre apreciación existe además la diferencia sustancial de que las primeras son concretas, para casos específicos examinados, mientras que las segundas son abstractas o de carácter general.

La apreciación de la prueba es, en todo caso, una actividad intelectual del juez, para medir la fuerza de convicción que en ella puede existir<sup>55</sup>, y en este sentido es evidente la identidad del proceso de prueba con el proceso normal del pensamiento<sup>56</sup>. Pero no sólo una actividad lógico-mental<sup>57</sup>, sino psicológica y técnica.

Si bien puede aceptarse que prevalecen las leyes de la lógica, la importancia de las reglas psicológicas es muy grande, y son muchas las ramas de la ciencia que prestan su concurso en la difícil tarea de formar el convencimiento del juez. FLORIAN<sup>58</sup> y DELLEPIANE<sup>59</sup> han puntualizado admirablemente el modo como se utilizan los conocimientos y experiencias de las leyes naturales, matemáticas, físicas, químicas, síquicas, etc., tal como sucede en la metodología de las ciencias reconstructivas, de las cuales forman parte las pruebas judiciales; la misma observación se encuentra en FURNO<sup>60</sup>, FENECH<sup>61</sup>, SILVA MELERO<sup>62</sup> y COUTURE<sup>63</sup>.

De consiguiente, ese método empleado para la valoración, como el más general de reconstrucción, que el juez sigue, no es simple, sino complejo, tanto respecto a los instrumentos utilizados, como al proceso síquico que en la mente de éste se realiza (*cf.* núms. 2 y 14).

## 79. Sólo el juez es sujeto de la actividad valorativa de la prueba

Como lo indicamos en el número 77, punto g, la actividad valorativa de la prueba es una función exclusiva del juez, quizás la más importante de las actividades probatorias, y una de las principales del proceso. Por regla general le corresponde al juez de la causa, pero en

<sup>55</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 199.

<sup>56</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 254.

<sup>57</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 613.

<sup>58</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núms. 4, 6.

<sup>59</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 170-185.

<sup>60</sup> FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, pág. 16.

<sup>61</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 595.

<sup>62</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 30.

<sup>63</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. I, págs. 192 y 226.



la práctica de ciertas diligencias por comisionados (como entrega de bienes o secuestros, cuando surgen oposiciones de terceros que deben ser resueltas allí mismo) y cuando se separan las funciones del juez instructor y juez fallador, la actividad valorativa la ejercen también los primeros y el segundo. El comisionado obra en ese caso en representación del comitente, por lo cual sus decisiones se consideran como de éste, y si tienen apelación van ante el superior del segundo. El instructor puede ser un comisionado, cuando el juez de la causa le delega esa actividad, mas no cuando la ley otorga directamente la función instructora; en el segundo caso puede decirse que es juez de la causa en esa etapa, pero generalmente se da esa denominación a quien debe decidirla.

Cuando existen jueces de hecho o jurados, como en el proceso penal nuestro para ciertos delitos y en el civil en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América, esos jurados son sujetos principales de la actividad valorativa de la prueba y el juez de la causa tiene una facultad de apreciación limitada cuando se le autoriza a rebazar el veredicto si lo considera contrario a la evidencia o a aceptarlo si esto no ocurre, como sucede en Colombia. Si esta facultad no existe<sup>64</sup>, el jurado resulta único sujeto de esa actividad.

#### 80. Momento en que se ejerce la actividad valorativa

Si se distingue correctamente la admisibilidad de la prueba y su apreciación o valoración (*cfr.* núms. 72 y 75), no se presenta dificultad alguna para comprender que la segunda corresponde siempre al momento de la decisión de la causa o del punto interlocutorio. 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 fundamentan las pretensiones de la demanda y las excepciones que se les hayan opuesto, como sucede en las oposiciones a la entrega o secuestro de bienes, en las objeciones a dictámenes de peritos, por las recusaciones de jueces, en las tachas de testigos o de falsedad de documentos, etc.

Como regla general puede decirse que la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal en que debe adoptarse alguna decisión sobre los hechos de la causa o de ciertos problemas incidentales.

En cambio, la simple admisión de la prueba se limita al estudio de su conduencia, pertinencia o relevancia, de su utilidad y oportunidad (*cfr.* núms. 72 y 94-99). Ni siquiera se confunden estos dos

<sup>64</sup> Así, en los Estados Unidos, según WIGMORE: *Code of evidence*, Boston, Little Brown and Co., 1942, pág. 16.

actos cuando el juez debe admitir y valorar la prueba en el curso de una diligencia, aunque resulten casi simultáneos.

### 81. Fin de la apreciación o valoración de la prueba

El fin de la apreciación o valoración de la prueba se relaciona con el fin de la prueba misma, estudiado ampliamente en el capítulo IX. Allí explicamos que, pese a las varias teorías que se han formulado al respecto, no nos queda ninguna duda acerca de que el fin de la prueba consiste en llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos a que debe aplicar las normas jurídicas que los regulan, o, dicho de otra manera, la certeza de que conoce la verdad sobre ellos. El diferente sistema de apreciación, libre o de tarifa legal, modifica la naturaleza de esa certeza, que será moral subjetiva en el primer caso, y legal objetiva en el segundo; pero se tratará únicamente de llegar a esa certeza y no de obtener siempre la verdad, que puede o no coincidir con aquélla (*cfr.*, núms. 55-56).

Desde otro punto de vista puede decirse también que el fin de la prueba es la comprobación de los hechos, que será real o formal, según el sistema que la rija; pero una y otra se consigue cuando el juez adquiere el convencimiento sobre ellos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si a pesar de los medios allegados al proceso, no puede el juez adquirir el convencimiento sobre los hechos, el resultado de la prueba será negativo, no se habrá conseguido para ese proceso el fin que en abstracto le corresponde, no obstante que la actividad valorativa haya cumplido plenamente su función.

Por consiguiente son diferentes el fin de la prueba y el fin de su valoración. Aquél es siempre el convencimiento o la certeza del juez. El fin de la valoración de la prueba es precisar el mérito que ella puede tener para formar el convencimiento del juez o 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 conocer el juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin (*cfr.* núm. 56). Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde.

En cambio, el resultado de la apreciación de la prueba es el mismo resultado de la prueba para cada proceso (*cfr.* núms. 56 y 89); en unos casos el convencimiento del juez, y en otros la ausencia de tal convencimiento. Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración.

Sin embargo, para que haya decisión interlocutoria o sentencia, no es necesario el convencimiento del juez, y, por lo tanto, que el resultado de la prueba y de su apreciación corresponda al fin abstracto de

aquella. En efecto, el juez tiene el deber procesal de decidir, pese a la deficiencia o ausencia total de los medios de prueba; en lo penal, esa situación se traducirá en la absolución del sindicado; en lo civil, en la aplicación de la regla sobre carga de la prueba, según la cual deberá decidir en contra de la parte gravada con ella. Esta regla sustituye la prueba o su deficiencia, pero no la actividad de valoración, pues, precisamente, y gracias a ésta, llega el juez a la conclusión de que debe recurrir a aquélla, ante la ausencia de convencimiento sobre los hechos que sirven de fundamento a la norma sustancial que regula el caso, aunque se hayan aportado pruebas para tratar de establecerlos <sup>65</sup>.

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

Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, tomados en conjunto, el juez no debe hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de su comunidad o adquisición (*cf.* núm. 31); 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 (*cf.* núm. 31), 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 <sup>66</sup>.

La prueba practicada pertenece al proceso, o 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. En un proceso dispositivo, como el civil nuestro, puede la parte que pidió una prueba desistir de su práctica, naturalmente antes que se haya practicado, aun después de haber sido decretada; pero no cuando se trata de documentos presentados con el memorial petitorio o que obraban antes en el proceso, porque entonces la admisión o decreto de la prueba lleva consigo su práctica. En el proceso inquisitivo, con amplias facultades para ordenar pruebas oficiosamente o cuando se otorgan para

<sup>65</sup> Véanse citas en el núm. 126.

<sup>66</sup> En el mismo sentido se pronuncia MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 22, pág. 145; véanse otras citas en el núm. 639, puntos c) y d).

mejor proveer, la renuncia de la parte a la prueba pedida por ella y no practicada puede ser suplida por el juez si la considera útil para el esclarecimiento de los hechos.

Por las mismas razones, cuando se acumulan varios procesos, la prueba practicada en uno sirve para los demás, si el hecho es común a las diversas causas. Es otra consecuencia del principio de la comunidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31) y así lo admite nuestra Corte<sup>67</sup>. De la misma opinión es MICHELI<sup>68</sup>.

Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente 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<sup>69</sup>. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir, "el tejido probatorio que surge de la investigación"<sup>70</sup>, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contienen.

Acerea de esto, con mucha razón dice GORPHE<sup>71</sup>: "Todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por lo tanto, sólo debemos formar una conclusión luego de haberlos considerado todos y de haber pesado el valor de cada uno. Es preciso no omitir ninguno de sus aspectos parciales, ni estimarlos con exceso ni juzgarlos despreciables a fin de que la conclusión resulte digna de fe y la convicción conforme a los hechos". Es un error atenerse a la primera impresión que producen los hechos, porque "la experiencia demuestra que no cabe coordinarlos convenientemente la primera vez que se perciben".

No se trata de una labor de simple lógica, ni de razonamiento puro, porque no existe un método infalible de razonar. Por ello advierte Víctor Cousin<sup>72</sup>: "el razonamiento no es sino un instrumento, tan bueno para el error como para la verdad". Y MACH observa que "las mismas funciones síquicas, actuando conforme a las mismas reglas,

<sup>67</sup> Cas. 6 diciembre 1954, "G. J.", t. LXXXI, núms. 2157-2158, pág. 164.

<sup>68</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 19, pág. 136.

<sup>69</sup> WIGMORE, citado por GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, cap. II, pág. 53.

<sup>70</sup> FIORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 173.

<sup>71</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 53.

<sup>72</sup> Cita de GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., pág. 54.

nos conducen tan pronto a la verdad como al error”<sup>73</sup>. El método lógico es indispensable para la corrección del razonamiento, pero “resulta insuficiente para valorar las pruebas una vez que se rebasa la estimación del efecto probatorio de inferencias particulares y cuando se busca determinar el de una serie o el de un conjunto de datos mezclados, como sucede en los asuntos difíciles o complejos”. De ahí que hayamos dicho que además de la lógica juegan papel importante en esta tarea, las reglas de experiencia que aportan la sicología, la sociología y la técnica, pues es imposible prescindir de éstas en una correcta apreciación de las pruebas judiciales (*cf.*, núms. 40, 49 y 77). Es tan importante la actividad psicológica en ese proceso de valoración, que GORPHE afirma que la elaboración del fallo final es un “acto propiamente psicológico”, por lo cual la síntesis lógica no basta para la formación del convencimiento, y recuerda que el juez necesita de un sentido psicológico que no puede ser reemplazado por los silogismos más hermosos<sup>74</sup>.

COUTURE<sup>75</sup> habla de “una compleja operación”, que comprende “multitud de operaciones de experiencia jurídica”. En otro lugar define las reglas de la sana crítica, aplicables a toda clase de pruebas, como ciertas medidas de comportamiento social conocidas por la experiencia del juez, y denomina el actual período de la evolución histórica de la prueba testimonial, como “psicológico o científico”<sup>76</sup>. De esto concluye que la “sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano”. Por su parte KISCH<sup>77</sup> dice que para apreciar la prueba “es necesario poseer una multitud de reglas de experiencia sociales y psicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy bien puede llamarse conocimiento de la vida y de los hombres”.

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 sintéti-

<sup>73</sup> WACH: *La connaissance et l'erreur*, París; FLAMMARION, 1908; cita de GORPHE en *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., pág. 54.

<sup>74</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 58-61.

<sup>75</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. I, pág. 185.

<sup>76</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, ed. cit., págs. 196, 225 y 226.

<sup>77</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 199.

co, coherente y concluyente, todo esto antes de sacar conclusiones de ellos, de acuerdo con la gran regla cartesiana de "comenzar por poner en orden los pensamientos" y 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, por último, sacar la conclusión del conjunto sintético y coherente que de ellos resulte. Para esto debe utilizarse un método crítico de conjunto y al mismo tiempo analítico, que se aplica de distinto modo a cada medio de prueba, pero que debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficientemente sistemático para comprender las relaciones entre todos los elementos, sin limitarse a analizar su exclusiva significación directa, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias, con los demás<sup>78</sup>.

En su *Manual de investigación judicial*, libro que GORPHE aconseja estudiar a todos los magistrados jóvenes<sup>79</sup>, HANS GROSS dice en el mismo sentido que el mejor método consiste en considerar el asunto sujeto a la instrucción como un conjunto sistemático y reconstruir uno mismo los hechos, a medida que se va avanzando, conectando, y rectificando continuamente los datos obtenidos, de tal modo que resulte un todo coherente como un organismo vivo. Naturalmente, ese examen crítico, analítico y sintético, será más eficaz cuando el juez disponga de libertad de criterio y mucho menos si está sometido a una tarifa legal; pero, aun bajo el imperio de ésta, es indispensable abandonar el exagerado servilismo a la letra de los textos legales y buscar la sinceridad, la autenticidad y la exactitud de cada elemento de prueba, sacándole el máximo provecho a las atenuaciones que al rigor de la tarifa puedan encontrarse.

El mismo GORPHE observa en otro lugar<sup>80</sup>, que "no existe solución de continuidad entre los medios de prueba, y la crítica de uno se enlaza constantemente con la de otro": la de la confesión con la documental, la indiciaria con aquélla o la testimonial, etc., lo cual demuestra "la necesaria unidad de un método de conjunto", porque "los diversos medios de prueba analizados no constituyen, de manera alguna, compartimentos estancos". Unos y otros aparecen como elementos de un todo y será su conjunto lo que dará la prueba sintética y definitiva de los

<sup>78</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 141-144 y 158-163; FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 577; VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 134; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 122-123.

<sup>79</sup> HANS GROSS: *Manual pratique d'instruction judiciaire*, París, Marchal et Billard, 1899, t. I, pág. 69.

<sup>80</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 246 y 455-456.

hechos. Verdad elemental que tiende a esfumarse con el sistema de la tarifa legal, porque "al hipnotizarse con las categorías jurídicas de forma, se ha pronunciado el encastillamiento en el estudio separado de las pruebas". Creemos, sin embargo, que se debe a un defecto de interpretación de la tarifa legal, porque, aun en donde existe con todo su rigor, el juez debe examinar si las declaraciones de testigos o el dictamen de peritos o los indicios y documentos y aun la confesión, presentan la adecuada correlación entre sí y con los otros medios de prueba, que permita reconocer su sinceridad o autenticidad y darles credibilidad, para negarles mérito de convicción en el caso contrario, a menos que la ley le prohíba aceptar pruebas en contra de lo dicho en el documento o la confesión. Esto es más evidente en un sistema de tarifa legal atenuada como el de los códigos de procedimiento civil colombiano y español. En ocasiones los elementos probatorios pierden fuerza al ser apreciados en concurrencia con otros, inclusive en la tarifa legal<sup>81</sup>; forman "un todo que no se pueda desarticular o desintegrar en cada una de sus partes, por ser una totalidad concebida en sí misma, en la que no hay partes actuales, sino partes genéticas, como en el agua ya no hay oxígeno ni hidrógeno, sino su síntesis"<sup>82</sup>.

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

Esa crítica de conjunto de la masa de pruebas 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 la síntesis final afortunada<sup>83</sup>.

En igual sentido dice FRAMARINO<sup>84</sup>: "En este asentimiento seguro y definitivo de la voluntad, que, iluminada por la razón, rechaza definitivamente las posibilidades contrarias, hago consistir al *convencimiento racional*, que, en cuanto es necesario para juzgar, denomino también *convencimiento judicial*". Ese convencimiento "se funda en una serie indefinida y no previsible de pequeñas circunstancias"<sup>85</sup>.

Si el juez se abstiene deliberadamente de examinar las posibilidades contrarias a la hipótesis de su simpatía, incurrirá en arbitrariedad,

<sup>81</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 122 y 123.

<sup>82</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 130.

<sup>83</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., pág. 472.

<sup>84</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 47.

<sup>85</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., pág. 104.

y ésta, como dice COSSIO<sup>86</sup>, “es el error jurídico en su máxima potencia” o “el error inexcusable”. También MITTERMAIER<sup>87</sup> advierte que “el que desea adquirir la certeza, no cierra jamás la puerta a la duda, antes bien se detiene en todos los indicios que pueden conducir a ella, y sólo cuando la ha hecho desaparecer completamente, es cuando su decisión se hace irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa”. Mientras los motivos en contrario no hayan sido desvirtuados, no puede existir certeza.

Sin embargo, el juez debe concretar su estudio a los hechos que aparezcan relevantes y sólo está obligado a considerar las conclusiones que puedan deducirse de los hechos alegados (cuando la ley exija su alegación para que pueda tenerlos en cuenta) y probados en cuanto contengan, como advierte ROSENBERG “un argumento jurídico”<sup>88</sup>, es decir, que no se debe perder en divagaciones inútiles sobre cuestiones irrelevantes.

Cuando no hay certeza, sea porque las varias hipótesis resulten en definitiva igualmente posibles, o porque ninguna esté comprobada plenamente (sin que exista, como es obvio, presunción legal en favor de ninguna), para poder decidir el juez civil ha de recurrir al principio de la carga de la prueba y el penal debe absolver al sindicado.

### 83. 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 debe colocar cada material en su lugar preciso y en las posiciones adecuadas, con un acoplamiento perfecto, para que con los antiguos materiales resulte de nuevo el edificio derruido, en la forma más idéntica que sea posible conseguir<sup>89</sup>.

Otros lo conciben como una cadena, cuyos eslabones son los diversos hechos probados, que se apoyan mutuamente, en un orden suc-

<sup>86</sup> COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, pág. 445.

<sup>87</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, t. I, pág. 61.

<sup>88</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 207.

<sup>89</sup> ALEXANDER M. BURRIL: *A treatise on circumstantial evidence*, 1868, cita de WIGMOKE que reproduce GORPHE en *De la apreciación de la prueba*, pág. 476.



sivo; pero BENTHAM critica esta metáfora, porque no representa la unión de los diversos elementos, que a pesar de provenir de fuentes distintas forman un cuerpo homogéneo, y porque, agregamos nosotros, no 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, de un conjunto de hilos que forman un cable, pues "más bien que una línea de hechos continuos, la prueba forma líneas de conexión procedentes de puntos diversos, en posiciones colaterales", de modo que cierto número de líneas entrelazadas forman un nexo poderoso<sup>90</sup>.

También es correcto el ejemplo de Carlos COSSIO<sup>91</sup>, quien habla de un rompecabezas semi-elástico, cuyas piezas las acomoda el jurista, apretándolas unas a otras, basta que sus perfiles coincidan; pero 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.

#### 84. Crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca de los medios de prueba

Para que el examen de conjunto de la prueba conduzca a resultados satisfactorios y no aparezca una síntesis equivocada, es indispensable tener el máximo cuidado en examinar cada elemento de prueba, con el objeto de eliminar previamente los que no hayan sido practicados con las formalidades legales o que no reúnan los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, que examinaremos en el cap. XIV; sólo así el estudio comparativo y global se hará sobre bases firmes. Si entre los medios de prueba seleccionados para la síntesis final se encuentran algunos que por sí mismos carecen de valor, se corre el riesgo de que la conclusión resulte equivocada. Esto es evidente no sólo en lo tocante a la prueba indiciaria, sino cuando existen varias de diversa índole, pero que aisladas son insuficientes, y especialmente cuando hay contradicciones entre ellas.

Con buen acuerdo advierte GORPHE<sup>92</sup>, que "es muy fácil extraviar el camino al partir de una falsa idea y de un punto inexacto, y se debe tener cuidado de no dejarse llevar por las concordancias aparentes. Sólo existen concordancias verdaderas y probatorias entre las pruebas reconocidas como serias y que provengan de fuentes distintas. Si los elementos de prueba son en sí mismos inciertos, la concordancia apa-

<sup>90</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 476.

<sup>91</sup> COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, pág. 221.

<sup>92</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 471.

rente no les agrega valor alguno; y si carecen de una base independiente entre ellos, equivalen a una sola prueba: la concordancia es superficial y engañosa; basarse sobre ella equivale a edificar sobre arena y significa arriesgarse a acumular error sobre error”.

Lo anterior significaba también que en la reconstrucción de los hechos diversos que deben conducir a la conclusión final, cuando no existe una prueba completa por sí misma para deducirla sin vacilación, debe tenerse sumo cuidado de aceptar sólo aquéllos que aparezcan 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.

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 —falsedad material—, ni tenga firmas falsificadas o contenido alterado —falsedad formal—, y que las cosas o huellas no hayan sido deformadas o sustituidas por alguien). Las segundas significan que lo que espontáneamente se deduce de las pruebas corresponda a la realidad, es decir, que el testigo o el perito no se equivoque de buena fe, o que el hecho indiciario no sea aparente o no tenga un significado distinto ni haya sufrido alteración por la 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.

Este doble examen crítico se relaciona con la verificación del principio de la lealtad y prohidad o veracidad de la prueba (*cf.* núm. 31).

Como puede apreciarse fácilmente, no basta la autenticidad y sinceridad de la prueba, y fue precisamente un grave error el considerar que eran suficientes esos dos requisitos para que las declaraciones de dos testigos hicieran plena prueba, inclusive en los procesos penales. Se creía que como el hombre honrado dice la verdad, lo relatado por él debía considerarse como la realidad de los hechos; pero 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.

Es indispensable revisar la credibilidad o exactitud de la prueba, por medio de una crítica serena y cuidadosa, con ayuda de la sicología, la lógica y las reglas de experiencia, y aun recurriendo al concepto de expertos cuando sea conveniente. Ni siquiera la prueba de peritos está excluida de esta segunda fase de la valoración, porque si los fundamentos o explicaciones que den para sus conclusiones no dejan convencido

al juez de su exactitud, previa esa crítica rigurosa, debe negarle mérito probatorio; así lo han reconocido la Corte Suprema y los tribunales superiores colombianos, en muchas ocasiones<sup>93</sup>.

Para referirse a este doble examen de la prueba se ha bahlado de *crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca*. La primera varía según la clase de prueba a que se aplique y las normas legales de cada país; la segunda es más general y uniforme. FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>94</sup> distingue además un criterio genérico, relativo a la atestación misma, escrita u oral, que sirve para apreciar la fe que debe otorgarse a la persona y la credibilidad de lo afirmado, y un criterio específico relacionado con la forma propia de cada clase de prueba, por ejemplo, el examen de la integridad, regularidad y ausencia de vicios de forma de los documentos, y de la letra de las firmas o manuscritos.

Las reglas de experiencia (psicológicas, sociológicas, técnicas, lógicas) juegan un importantísimo papel en esta tarea, porque sin ellas es imposible apreciar la sinceridad y la autenticidad, lo mismo que la exactitud o credibilidad de las pruebas. En esa doble crítica es absolutamente indispensable el estudio de la razón de su dicho, expuesta por el testigo, para comparar sus conclusiones con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que afirma haberlas obtenido, lo mismo que la de los fundamentos del dictamen pericial y los antecedentes y hechos coetáneos a la redacción del documento.

Por ello tiene razón GORPHE<sup>95</sup> cuando afirma que la crítica judicial debe ser más intrínseca o subjetiva que la crítica histórica, razón por la cual se descartan las pruebas indirectas, cuando consisten en declaraciones de oídas o basadas sólo en la voz común, es decir, en lo que se ha oído decir a muchos.

## 85. 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>96</sup>.

<sup>93</sup> Cas., 30 abril 1942, "G. J.", t. LIV bis, pág. 198; 11 diciembre 1945, "G. J.", t. LIX, pág. 839; 29 mayo 1954, "G. J.", t. LXXVII, núm. 2141, pág. 714; 2 setiembre 1954, "G. J.", t. LXXVIII, núm. 2146, pág. 549; 3 mayo 1955, "G. J.", t. LXXX, núm. 2154, pág. 283, y 11 mayo 1955, *ibídem*, pág. 736; 20 octubre 1955, "G. J.", t. LXXXI, núm. 2159, pág. 451.

<sup>94</sup> FRAMARINO, cita de GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., págs. 204 y 205.

<sup>95</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 146.

<sup>96</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 199.

Por lo tanto, fuerza o valor probatorio es la *aptitud que tiene un hecho* (sólo o en concurrencia con otros) *para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado*. Si un medio aducido por las partes o el hecho que constituye carece totalmente de tal aptitud, no tiene fuerza o valor probatorio alguno; si por sí sólo demuestra el hecho investigado, tendrá un valor o una fuerza probatoria plena o completa; si apenas sirve para llevar al juez ese convencimiento, en concurso o colaboración con otros medios, su valor o fuerza probatoria será incompleto, considerado aisladamente, pero lo tiene de todas maneras. No todos los medios producen un mismo convencimiento por sí solos, y generalmente para llegar a él se requiere el concurso de varios; por eso una de las clasificaciones de la prueba es la de simple y compuesta. Otra cosa es hablar de prueba plena, en el sentido de que tiene valor suficiente para producir el convencimiento en el juez, porque entonces se contempla el acervo o la masa de pruebas allegadas al proceso. También se habla de plena prueba en relación con un medio determinado, cuando la ley le otorga fuerza probatoria o completa por sí solo, como sucede con la confesión judicial respecto de hechos que no exigen solemnidad escrita ni están exceptuados expresamente por norma legal, y con la escritura pública o el documento privado auténtico respecto de ciertos actos o contratos. Este punto de vista lo confirma ROSENBERG<sup>97</sup> cuando dice que la "capacidad del medio de prueba para influir en la convicción del magistrado, se denomina valor de la prueba o fuerza probatoria (material)".

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, sin los cuales la ley, previamente (en el sistema de tarifa legal) o el juez, conforme a su libre criterio (en cuanto a los de fondo) le niegan todo mérito probatorio.

Los *requisitos de forma* varían según el sistema legal imperante. En primer lugar, es indispensable que el medio mismo sea legalmente admisible como tal, ora porque se encuentra 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 (sistemas de la prueba legal y de la prueba libre, *cfr.*, núms. 26 y 27); si la ley los enumera exhaustivamente y el propuesto o presentado no está entre esos, es obvio que carece legalmente de valor probatorio. En segundo lugar, están las formalidades prescritas por la ley procesal para su producción (solicitud o presentación, decreto o admisión, recepción o práctica), que existen aun en los sistemas de prueba libre y de valoración libre (*cfr.* núm. 27) y que se refieren al tiempo y oportunidad, a la forma o modo y al lugar que rigen para cada medio y proceso, lo cual estudiaremos más adelante

<sup>97</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 204.

(*cf.* núms. 94-103). Estas formalidades varían según el medio y el proceso de que se trate, y son indispensables aun en los sistemas de libre apreciación, para una eficaz garantía de las libertades individuales, de la igualdad de las partes y de la contradicción o audiencia bilateral (*cf.* núms. 27 y 31).

Los *requisitos de fondo* atañen al contenido del medio, lo que él relata o indica o pone de presente al juez (su autenticidad y sinceridad, su exactitud y verosimilitud, que constituyen los diversos aspectos de la crítica objetiva o extrínseca y subjetiva o intrínseca, estudiados en el número 84; su conducencia y pertinencia o relevancia, su utilidad, la ausencia de prohibición legal, la legitimación y postulación y la capacidad para el acto de prueba, la competencia del juez y la ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos u órganos, que estudiaremos en el capítulo siguiente).

No deben confundirse los requisitos de forma con los extrínsecos, porque entre éstos existen varios de fondo, ya que son todos los que contemplan circunstancias separadas del medio, en oposición a los intrínsecos, que atañen al medio mismo; así son requisitos extrínsecos, pero de fondo, la legitimación o postulación para la prueba, la competencia del juez, la capacidad del funcionario y de los órganos de prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes) y la ausencia de impedimentos legales. Los requisitos intrínsecos son siempre de fondo (conducencia, pertinencia o relevancia, utilidad y ausencia de prohibición legal de investigar el hecho).

La conducencia, pertinencia y utilidad del medio se examinan previamente a su aceptación u ordenación por el juez; mas, como veremos (*cf.* núms. 95-99), en el momento de valorar ese medio para la sentencia o la providencia interlocutoria que resuelva el incidente, según el caso, debe revisarlas de nuevo para negarle mérito o valor probatorio si no reúne ambos requisitos. Lo mismo ocurre con la utilidad del medio, es decir, si éste puede prestar algún servicio para formar el convencimiento del juez, pues ella en definitiva se conoce en el momento de valorarlo, aunque es posible que su inutilidad aparezca tan manifiesta cuando el juez resuelve acerca de su admisión, que se decida a negarlo (*cf.* núm. 97). Los demás requisitos de fondo se deben exigir también para la admisión y la práctica del medio, pero, como los anteriores, si el juez, equivocadamente, cree que los reúne y en consecuencia lo admite y practica, en la sentencia o la providencia interlocutoria que resuelva el incidente debe corregir su error y negarle mérito probatorio; puede ocurrir que el vicio constituya nulidad del procedimiento, como sucede con la falta de competencia del juez que practicó la prueba o de capacidad de la parte que la adujo, y entonces será necesario decretarla, a menos que la ley permita su allanamiento y que éste se produzca. Pero si la nulidad se limita a la prueba, no hace falta que el juez la declare, sino que le basta con negarle valor probatorio.

KISCH<sup>98</sup> habla de fuerza probatoria formal y material; la primera se refiere a que el medio sea *apto* para ser aprovechado en el proceso (la declaración de un loco y el documento falso, por ejemplo, son medios ineptos para cualquier proceso); la segunda significa que el medio es *adecuado* para proporcionar en el caso concreto motivos de prueba del hecho investigado (que el testigo deponga con conocimiento del hecho y de manera fidedigna, y que del contexto del documento auténtico se deduzca lo que se quiere probar). Creemos, sin embargo, que ambos requisitos conciernen al fondo o el contenido de la prueba, por lo cual preferimos denominar *fuerza probatoria formal* al cumplimiento de los requisitos de forma ya explicados, y *fuerza probatoria material* la que se deduce del examen de los requisitos de fondo, es decir, que el medio no sólo sea formalmente completo y legal, sino que convenza por sí solo (valor probatorio absoluto o total) o en concurrencia con otros (valor probatorio relativo o incompleto) al juez que lo aprecia.

### 86. 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.*

Dicho en otros términos, los argumentos de prueba responden a la pregunta por qué el juez le da valor probatorio a tal medio o a cierto conjunto de medios.

ROSENBERG<sup>99</sup> los define diciendo que son "las circunstancias extraídas del debate de las partes y de la estimación de la materia de comprobación, sobre las cuales se construye la convicción del magistrado, los fundamentos que han sido decisivos para la convicción judicial". Con arreglo a este criterio, en Italia y en Alemania<sup>100</sup> se acepta que el juez puede deducir argumentos de prueba de la conducta adoptada por las partes durante el proceso, como una consecuencia del hecho investigado, o de sus modalidades.

No todo medio de prueba encierra argumentos de prueba; por consiguiente, es indispensable cuidarse de confundir los dos conceptos. Por

<sup>98</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, pág. 199.

<sup>99</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 204.

<sup>100</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, págs. 417-418; MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 23, págs. 149 y 152; SIRACUSANO: *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, pág. 236; LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, Morano Editore, 1962, págs. 198 y 199; MAURO CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Ed. Giuffrè, Milano, 1962, t. I, págs. 77-102.

ejemplo, toda declaración de testigo, cualquier documento privado o público, y todo indicio, son medios de prueba; pero si de ellos no deduce el juez razón o motivo alguno en favor de la existencia o inexistencia del hecho investigado o de sus modalidades, no contendrán argumentos de prueba.

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.

En cuanto a la naturaleza de esos argumentos de prueba y la forma como actúan para producir la convicción del juez, nos remitimos a lo expuesto en los núms. 78 y 84.

### 87. Grados y límites de la fuerza o el valor probatorio

De lo dicho en los dos últimos números se deduce que la fuerza o el valor probatorio que se encierra en los diversos argumentos de prueba que el juez encuentra en los medios aportados al proceso, no tienen siempre una misma intensidad, y, por lo tanto, sus límites varían en cada caso. En este sentido suele hablarse de *grados* de la eficacia probatoria o de la fuerza o el valor probatorio de la prueba.

La intensidad de la fuerza o eficacia probatoria que el juez encuentra en el proceso, una vez ejecutadas las operaciones mentales requeridas para su apreciación, será igual al efecto que ella producirá en su conciencia. FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>101</sup> resume admirablemente esas distintas situaciones en que puede quedar el juez, cuando dice: "En estado de *ignorancia*, es decir, de ausencia de todo conocimiento; en estado de *duda*, en sentido estricto, que es conocimiento alternativo, que encierra en sí por igual el sí y el no; en estado de *probabilidad*, o sea de predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de *certeza*, que es el conocimiento afirmativo triunfante". Luego advierte que es más correcto hablar de credibilidad que de posibilidad o de verosimilitud, y que "verosímil no es lo que puede ser verdad real, sino lo que tiene apariencia de serlo, no lo que se nos presenta simplemente como posible, sino lo que, por razones más o menos determinadas, nos inclinamos a creer que es real"; por lo cual hace coincidir la verosimilitud con el primer grado de la probabilidad, que tiene tres: lo verosímil, lo probable y lo probabilísimo. En el reverso de la probabilidad se encuentra lo improbable, y en el reverso de la certeza, lo increíble. Para llegar a esa conclusión hay que medir la *credibilidad objetiva y formal* de cada medio y su eficacia objetiva, lo cual representa una doble valoración, que en las pruebas personales se eleva a triple, debido a que tienen un

<sup>101</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 69-74.

sujeto distinto de la forma<sup>102</sup>. Es lo que hemos estudiado como crítica objetiva o extrínseca y subjetiva o intrínseca de la prueba (*cf.*, número 84).

Por su parte, Pietro ELLERO<sup>103</sup> dice que los únicos y verdaderos grados, persuasivos del hombre son la certeza, la probabilidad y la duda, y que puede aceptarse que los términos precisos son la primera y la última, porque si hay algo de duda, no hay certeza, y si existe ésta, no quedará nada de aquélla.

En los sistemas regidos por una tarifa legal estricta, los grados de valor de cada medio, lo mismo que los del conjunto de medios aportados al proceso, se encuentran fijados previamente por el legislador; sólo en cuanto a esos sistemas es cierto el concepto de Carlo Cossio de que "hay fuerza de convicción procediendo de acuerdo con las valoraciones jurídicas vigentes"<sup>104</sup>. Pero cuando la tarifa legal se encuentra atenuada y con mayor razón en una justicia con libre apreciación de la prueba, la fuerza de convicción o el valor probatorio de los distintos medios y de su conjunto, se aprecian mediante las distintas y complejas operaciones de naturaleza jurídica, lógica, psicológica, científica, técnica, moral y sociológica que hemos examinado (*cf.* núms. 27 y 77). Esas valoraciones jurídicas se limitan a medida que se amplía la libertad de apreciación del juez, pero subsisten aun en los sistemas que consagran esta libertad, para las solemnidades *ad substantiam actus* y para las normas legales adoptadas como simples guías del juez (*cf.* núm. 27).

#### 88. **Apreciación de la prueba de hechos imposibles, improbables o difíciles de probar**

Como oportunamente lo explicamos (*cf.* núms. 46, *e* y 96, *h*), la imposibilidad o inverosimilitud de un hecho nada tiene que ver con su pertinencia ni con la del medio de prueba con que aquél se pretende demostrar, pues de existir (por absurdo que parezca) puede influir en cualquier grado o forma sobre la decisión, y su pertinencia es evidente. Significa esto que no puede rechazarse la prueba en tal caso, con el pretexto de que no es pertinente.

La imposibilidad del hecho influye sobre la utilidad de la prueba, por cuanto si aquélla es metafísica, ésta resulta evidentemente inaceptable y el juez debe rechazar la solicitud de su práctica; pero si se trata simplemente de imposibilidad física o natural u ordinaria, en concepto del juez, ello no puede ser obstáculo para que la prueba se

<sup>102</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, pág. 133.

<sup>103</sup> ELLERO: *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, Edit. Reus, pág. 18.

<sup>104</sup> COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, pág. 245.



decretar, porque sólo en la sentencia y previa su valoración es aceptable decidir sobre tal hecho (*cf.* núm. 96, h).

La imposibilidad de probar *el hecho*, es razón para eximirlo de prueba, como ocurre con los de naturaleza indefinida, sean afirmaciones o negaciones (*cf.* núm. 46, f).

Pero es muy diferente el problema de la apreciación de las pruebas *practicadas* para demostrar hechos de esta naturaleza o cuya prueba era difícil aunque no imposible. La fuerza de convicción de esos medios es la misma que si se tratara de otra clase de hechos; por consiguiente, sólo en el supuesto de que la ley autorice al juez para no exigir su plena prueba y contentarse con que aparezcan verosímiles, puede aquél declararlos o basarse en ellos para su decisión, sin que esté convencido de su existencia, es decir, sin que tenga certeza de ellos. De suerte que 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: invertir la carga de la prueba, como sucede con las negaciones indefinidas (*cf.* núm. 46, f, y 132, p). Cuando el juez tenga conocimientos de una regla de experiencia aplicable al caso, puede servirle para formar su personal convencimiento, pese a la insuficiencia de la prueba, pero se trata de una regla general, como muchas veces lo hemos dicho, y no de aplicación exclusiva a los casos en que esa deficiencia se deba a dificultad en la prueba misma. En este sentido aclaramos el concepto de MICHELI<sup>106</sup>, cuando dice: "La simple dificultad de la prueba no es de por sí suficiente para desplazar la regla de juicio, porque, a lo más, la misma podrá sugerir al magistrado aquella regla de experiencia, en virtud de la cual él estará en condiciones de formar la propia convicción".

Otra cosa es la improbabilidad o imposibilidad física *del hecho* objeto de la prueba aducida para demostrar su existencia, porque entonces dicha circunstancia influye lógicamente en la apreciación de esa prueba, y para su apreciación debe utilizar el juez las máximas o reglas de experiencia o el concepto de peritos, cuando el carácter técnico lo requiera y disponga de facultades inquisitivas para ordenarlo de oficio. Acerca de este asunto decía BENTHAM<sup>106</sup>: "49 La improbabilidad de un hecho puede por sí sola servir de base a la decisión que lo rechaza, pese al testimonio en favor de ese hecho". Mas debe tenerse sumo cuidado de no confundir la improbabilidad real del hecho con la falta de conocimientos del juez sobre el particular, por lo cual es aconsejable asesorarse (dentro o fuera del proceso) por verdaderos expertos.

Debe existir una verdadera máxima de experiencia opuesta a las afirmaciones de los testigos o del documento (*cf.* núms. 40 y 49 y cap.

<sup>106</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, número 54, pág. 349.

<sup>106</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. I, cap. XVIII, pág. 98.

XXIV), o un dictamen de expertos, para negarles valor probatorio sin que existan otros medios que prueben en contrario; esta facultad del juez existe hasta en los sistemas de tarifa legal, ya que también en ellos es indispensable que las declaraciones convengan de acuerdo con las razones expuestas por los testigos para explicar sus afirmaciones y el juez conserva la libertad para apreciarlas (*cfr.*, cap. XXIV); además, por regla general puede probarse contra lo dicho en documentos públicos o privados. En la apreciación de la prueba indiciaria es más amplia la influencia del aspecto probable o improbable de los hechos indicados, ya que ella determinará la relación de causalidad que necesariamente debe reconocerse entre aquélla y éstos, para que se produzca la convicción del juez. Si éste considera improbable el hecho indicado, no podrá reconocerle mérito probatorio a los indicios, y lo mismo sucederá respecto del hecho declarado en los testimonios, porque es totalmente incompatible la certeza sobre la existencia del hecho y el creerlo improbable y con mayor razón imposible.

Explica a este respecto FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>107</sup>: “Certeza e incredibilidad son, pues, las dos caras del mismo conocimiento humano, pues son la cara positiva y la cara negativa. De lo cual se sigue que lo increíble presenta naturaleza subjetiva, como la certeza”. Y más adelante agrega: “Si existe un increíble absoluto que en ese carácter se presente a la conciencia humana, no puede consistir, lo repetimos, sino en lo contrario a las verdades generalmente aceptadas”<sup>108</sup>, esto es, aclaramos, a las verdaderas máximas de experiencia. No porque parezca imposible o increíble según los conocimientos personales del juez, porque, según explica luego, “cuando menor es el número de verdades de que el hombre está en posesión, mayor es el número de errores; errores que él toma por verdades comprobadas, de las cuales deduce, por lo tanto, falsas incredibilidades”<sup>109</sup>. Y el propio FRAMARINO aclara, por otra parte, que “creemos fácilmente en lo que descamos (*quod volumus facile credimus*)”, razón psicológica que justifica los impedimentos y recusaciones de los jueces cuyo parentesco, amistad, enemistad o interés económico puede influir en su decisión. “Por ello, el juzgador debe estar siempre en guardia, no sólo contra esa primera especie de error que induce a rechazar como increíbles ciertos hechos que en verdad pueden ser aceptados, sino también contra esa otra especie de error que nos conduce a admitir como creíbles algunos hechos que en realidad no lo son”<sup>110</sup>.

Sin embargo, es inevitable la influencia del concepto subjetivo que tenga el juez sobre la credibilidad o incredibilidad del hecho objeto

<sup>107</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 74.

<sup>108</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., pág. 77.

<sup>109</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., pág. 81.

<sup>110</sup> FRAMARINO: *Ob. cit.*, pág. 84.

de la prueba, respecto a la valoración de ésta, porque es un aspecto de la operación psicológica que en ella se encierra. Lo importante es que tal concepto tenga bases firmes objetivas, formadas por máximas de experiencia o con la asesoría de expertos, y no por la ignorancia, el fanatismo, los afectos o los deseos conscientes o inconscientes del juzgador. Sólo de esta manera se disminuye en lo posible la probabilidad del error judicial en la apreciación de esta clase de pruebas, como lo veremos más adelante (*cfr.* núm. 93).

### 89. Resultado final de la valoración de la prueba

Es muy importante evitar el error de creer que el juez puede basar su sentencia en cualquiera de los cuatro grados del valor probatorio de la prueba aportada al proceso; esto es, que el juez pueda decidir en favor de una de las soluciones que considera dudosas o de aquélla que cree más probable. De ninguna manera. 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, 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 absolver al sindicado, y si de proceso civil, recurrirá a la regla de la carga de la prueba, que le permite decidir en contra de la parte obligada a aportarla; 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. En lo penal puede decirse que opera, en consecuencia, una carga de la prueba, contra el Estado representado por el juez y a favor del sindicado, en cuanto a los hechos constitutivos del delito, y también de carga de la prueba para el sindicado respecto de los hechos exculpativos del delito, e, inclusive, atenuantes de su responsabilidad y de la pena, en el sentido de que si bien el juez y el ministerio público deben procurar su prueba oficiosamente, aquél corre el riesgo de que si no la obtienen por falta de colaboración suya, no serán tenidos en cuenta para el fallo que lo perjudicará, a pesar de que existan. El principio *in dubio pro reo* sustituye el de la carga de la prueba en el primer caso, pero no en el segundo; mas, sin embargo, lo complementa, puesto que bastaría que la prueba del hecho exculpativo o atenuante de la pena suministre la duda sobre su existencia, para que sea necesario absolverlo<sup>111</sup>. Hace más de un siglo

<sup>111</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 577; SIRACUSANO: *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, págs. 19

escribió a este respecto MITTERMAIER <sup>112</sup>: "La sentencia es el resultado del examen concienzudo de todas las razones en pro y en contra, alegados en el curso de los procedimientos, y todas las dudas deben ser esclacidas, descartados todos los motivos de verosimilitud negativa, antes que la certeza, base esencial de la condena, pueda formarse en la conciencia del magistrado". Y para que esa certeza pueda existir, es indispensable haber rechazado, mediante un examen crítico imparcial, sin cerrar jamás las puertas a la duda, todas las posibilidades en contrario que puedan deducirse de las pruebas, utilizando los motivos acreditados por la razón y las máximas de experiencia, que puedan servir de base a la convicción <sup>113</sup>.

Esa convicción o certeza es necesaria tanto para el proceso penal como para el civil. Si el último está regido por la tarifa legal, se tratará de una convicción o certeza formal, impuesta por el legislador al juez (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. Claro está que debiera ser siempre subjetiva y real, para lo cual debe eliminarse la tarifa de los códigos que todavía la consagran. Incurre en grave error el juez civil que condena o absuelve al demandado con base en lo que cree más probable, sin tener certeza de su conclusión (*cf.*, núm. 90), porque su deber consiste en recurrir, como hemos dicho, a la regla sobre carga de la prueba <sup>114</sup>. Tampoco vale la falta total de prueba, ni la prueba incompleta (entendida en conjunto, naturalmente, porque varios medios incompletos, considerados aisladamente, pueden formar certeza o prueba completa ya reunidos).

Cuando el juez se encuentra en el estado negativo de ignorancia sobre los hechos, existirá falta absoluta de prueba, y, por ello, deberá absolver al reo (en el proceso penal) y rechazar la pretensión o la excepción que tengan fundamento en tales hechos (en el proceso civil); en estos casos estará aplicando también la regla sobre carga de la prueba.

Al tratar sobre la carga de la prueba, en el cap. XVII volveremos a estudiar esta materia.

La certeza judicial no es la metafísica, que se aplica únicamente a las ideas puras por obra exclusiva de la inteligencia, ni es puramente

y 238; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1959, págs. 115 y 120. Entre los civilistas que aceptan la carga de la prueba en el proceso penal se cuentan ROSENBERG, GOLDSMITH, GLASER; en contra CHIOVENDA.

<sup>112</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, t. I, pág. 158.

<sup>113</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1959, pág. 61.

<sup>114</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 61; MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1951, pág. 152; ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 204.

física, vale decir, basada sólo en las sensaciones, 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 (*cf.*, núms. 55-56). Por consiguiente, la certeza judicial es histórica (*cf.*, núms. 2 y 55), porque se trata de reconstruir hechos pasados o de llevar al proceso la exacta representación de los presentes, para lo cual se utilizan los sentidos, el razonamiento, la crítica psicológica y científica<sup>115</sup>. El juez depende no solamente de sus sentidos y de su inteligencia, sino de la colaboración de otras personas (partes, testigos, peritos), de cosas creadas por éstas (documentos, huellas o rastros de actos humanos) y de cosas o hechos naturales. Por esto debe examinar no sólo la autenticidad y sinceridad de las pruebas, sino su credibilidad, como antes lo explicamos (*cf.*, núm. 84). Disentimos en este punto de ELLERO<sup>116</sup>, quien considera que cuando los hechos ocurren en presencia del juez o dejan rastros materiales, tiene lugar la certeza física; nos apoyamos en los autores citados atrás (*cf.* núm. 77), que incluyen la operación mental o el razonamiento en toda apreciación de hechos, así sea directa del juez.

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 demostrado la verdad y no en probar ésta, pues bien puede suceder que tal convencimiento no corresponda a la realidad (*cf.* núm. 55).

## 90. Efectos de la no convicción o ausencia de certeza, en el proceso civil

Sea que el proceso civil esté dominado por los caducos principios dispositivo y de la tarifa legal respecto a la actividad probatoria, o que, por el contrario, se orienta hacia la investigación inquisitiva y la libre apreciación del juez (*cf.* núms. 21-27), éste debe limitar el fundamento de sus decisiones a los hechos que aparezcan plenamente probados en el respectivo proceso, esto es, respecto de los cuales tiene la relativa certeza judicial (formal o personal, según el sistema que consagre la ley), de que ya hemos hablado (*cf.* núm. 55) o que gocen de presunción legal no desvirtuada con plena prueba en contrario. Las facultades inquisitivas le permiten al juez suplir la inactividad o la ignorancia y

<sup>115</sup> Sobre la tendencia del derecho moderno a reconocer la analogía del juez y el historiador, véase a GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, pág. 250; DELLEPLANE: *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 7 y 66; *cf.* núms. 627 y 628.

<sup>116</sup> ELLERO: *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, Edit. Reus, pág. 22.

los errores de las partes en materia de pruebas, pero no basar su decisión en el conocimiento privado de los hechos (*cf.* núms. 23 y 31); ese conocimiento puede servirle, sin embargo, para ordenar oficiosamente las pruebas conducentes a establecerlos en el proceso, y entonces su decisión se basará en éstas y no en aquél.

Consecuencia de este principio elemental y fundamental del derecho probatorio, es que aun en el proceso civil inquisitivo existe una carga de la prueba para la parte cuya pretensión o excepción necesita fundarse en un hecho discutido o simplemente no aceptado por la otra, según la normativa local sobre el particular; porque si el juez no obtiene oficiosamente su prueba, la decisión le será desfavorable si ella tampoco la ha suministrado (*cf.* núm. 126). En este sentido puede hablarse también de carga de la prueba para el sindicado de los hechos exculpativos en el proceso penal (*cf.* núm. 127).

Debe tenerse buen cuidado de no confundir el proceso inquisitivo (civil, penal o de otra naturaleza), con la facultad de decidir sin existir la plena prueba del hecho en que base su decisión y sin que éste se presume, es decir, mediante una especie de fallo en conciencia (*cf.* núm. 26, b), pues en aquél está sometido el juez a las mismas limitaciones que en el proceso dispositivo, en cuanto a la necesidad de la prueba (*cf.* núms. 27 y 31). En ambos, cuando falta la prueba de un hecho no presumido, ni notorio ni de carácter indefinido (*cf.* núm. 31 y 44), el juez debe considerarlo como no existente o como si no hubiera existido en el momento histórico examinado; en consecuencia, deberá basar su decisión en la inexistencia de ese hecho, a falta de certeza sobre su existencia, para deducir las consecuencias que la ley consagre de tal circunstancia, de acuerdo con la regla de la carga de la prueba, que le indicará cuál de las partes debe sufrir el perjuicio de la falta de su prueba, como lo indicamos en el número anterior y como lo explicaremos con mayor amplitud en el capítulo destinado a este tema.

Esta conclusión es admitida por la generalidad de la doctrina y las legislaciones. Citaremos sólo la opinión de algunos autores.

“En lo civil, la falta de certeza —dice FRAMARINO— se resuelve con el principio de la carga de la prueba, debido a que no se puede absolver al demandado sin negar el derecho pretendido por el actor.”<sup>117</sup> Un concepto similar expone GENTILE<sup>118</sup>.

Por su parte, FENECH afirma: “Al tratar de la valoración de las pruebas hemos de tener en cuenta dos problemas diversos, a saber: el de la valoración en general, con una referencia a los principios de prueba tasada y prueba libre, y el de la carga de la prueba, o, mejor dicho,

<sup>117</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, pág. 61.

<sup>118</sup> FRANCESCO SILVIO GENTILE: *La prova civile*, Roma, Jandi Sapi Editore, 1960, págs. 13-16 y 26-28.

el de la influencia de la carga de la prueba en la valoración, en cuanto determina la apreciación, por el titular del órgano jurisdiccional, encargado de enjuiciar y declarar, de los hechos inciertos.”<sup>119</sup>

“En palabras distintas —opina MICHELI—, también en la hipótesis en que el juez tiene el poder de convertir en concreta la regla de juicio, no debe aplicar una regla probatoria al juzgar en defecto de elementos de prueba, sino una regla (funcionalmente) diferente, la cual, prescribiéndole juzgar en todo caso, le impone que formule un juicio, el cual agota el contenido de la decisión, precisamente en defecto de pruebas. Juicio que el legislador, respecto del proceso civil, formula autoritativamente, indicando el criterio normativo que se ha de seguir en el caso (art. 1312, y arts. 1, R. D. L. del 7 de agosto de 1936, cit., y 54, cit.), ya sea en forma general, ya sea respecto de una hipótesis particular (por ejemplo, las presunciones).” Tal es la función de la regla sobre carga de la prueba. “La verdad es, en cambio, como se ha visto, que tal regla entra en función precisamente cuando la prueba falta o es insuficiente.”<sup>120</sup>

Y ROSENBERG opina: “No es la presión ejercida sobre la actividad procesal de las partes la que constituye el punto esencial de la carga de la prueba, sino la instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia en caso de no probarse una afirmación de hecho importante.”<sup>121</sup>

A su vez, Giuseppe CHIOVENDA conceptúa: “Aunque, como ya se ha dicho con anterioridad, no se puede hablar propiamente de un deber de probar, sino tan sólo de una necesidad o carga, éste es el lugar adecuado para tratar de la materia, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba.”<sup>122</sup>

E. BONNIER afirma: “La insuficiencia de la prueba, de parte del que está encargado de producirla, lleva consigo la denegación de su pretensión.”<sup>123</sup>

“Concluyendo, pues, afirma LESSONA, diremos que si la parte a la cual corresponde la obligación de la prueba no la satisface, el juez debe absolver al adversario, con sentencia definitiva, de fondo, y no

119 FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 613.

120 MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, números 29 y 32, págs. 192 y 212.

121 ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, núm. 7, pág. 71.

122 CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, pág. 92.

123 BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Ecus, 1913-1914, t. I, núm. 50, pág. 64.

puede ni absolver de la observación del juicio o en el estado de los autos, ni ordenar a las partes una anterior instrucción de la causa." 124

Por su parte, Adolf SCHÖNKE opina: "Tan sólo si no se ha aportado prueba alguna para hechos discutidos y de significación, adquiere importancia la cuestión de la carga de la prueba. La parte a quien incumbía dicha carga, resulta perjudicada por la no determinación de un hecho." 125

Finalmente, F. LENT dice: "La carga de la prueba asume importancia decisiva sólo cuando la instrucción termina sin un resultado claro y no permite al juez formarse un convencimiento seguro (en otras palabras, cuando nos hallamos frente a un *non liquet*). En este caso no es posible evitar una decisión de fondo; la sentencia debe ser dictada en favor de una de las partes, y debe fundarse sobre inexistencia del hecho que quedó sin prueba." 126

#### 91. 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"

Hemos visto que el grado de convicción o eficacia de la prueba puede variar, en formar de producir en la mente del juez la certeza o simplemente una opinión de probabilidad o verosimilitud y también de ignorancia sobre el hecho objeto de aquélla (*efr.*, núms. 56 y 87). También hemos dicho que el juez sólo puede declarar un hecho sobre la base de la certeza o el convencimiento que tenga de él, tanto en materias civiles como penales o de otro orden, y cuando falta ese grado de eficacia probatoria debe recurrir a la regla sobre carga de la prueba para adoptar su decisión, pues no les es lícito basarla sobre la simple verosimilitud o probabilidad del hecho.

Pero esa regla general, que respecto a la sentencia no debe tener excepciones (si opera una presunción o se exige legalmente de prueba al hecho, su declaración se basa en aquélla o en la norma que consagra lo último, mas no en su mayor o menor probabilidad), puede sufrir 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 adueido 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. Es lo que se llama prueba sumaria documental. El carácter de sumaria

124 LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 124, pág. 158.

125 SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 203.

126 LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, Morano Editore, 1962, pág. 204.



se refiere a la falta de autenticidad o de controversia si se trata de testimonios extrajuicio; pero en su contenido debe reunir los requisitos necesarios para producir la convicción del juez (*cfr.*, núms. 89-90).

Sobre este tema dice Friedrich LENT<sup>127</sup>: "Se habla de *attendibidad* (*Gaubhaftmachung*, núm. 294) a propósito de un tipo menos fuerte de prueba. Con ella no se hace surgir en el juez un convencimiento pleno, sino simplemente se hace verosímil el hecho afirmado sin excluir del todo la posibilidad de que no sea cierto." "Como ocurre en ciertas cuestiones procesales preliminares, en casos especiales determinados en la ley. Los medios de prueba son los mismos autorizados en la ley para la prueba verdadera y propia; pero no hace falta que produzcan el pleno convencimiento."

Confirmando la misma idea, CHIOVENDA<sup>128</sup> dice que la prueba debe ser más rigurosa para los extremos de la sentencia que constituirán la cosa juzgada y menos para la "justificación de la demanda de una resolución en el curso del proceso o de la omisión de una actividad (fuerza mayor justificada, art. 47; impedimento legítimo justificado, arts. 210 y 245; impedimentos de comparecer)" y otros.

DE LA PLAZA<sup>129</sup> expone también esta posibilidad procesal y habla de exigir la prueba "con mayor o menor rigor, según los fines que está llamada a cumplir". "Si se trata de los hechos del pleito, la prueba que se encamina a demostrarlos tiene que ser más rigurosa, porque constituye la materia sobre la que ha de ejercitarse, a los fines de la decisión, la actividad lógica del juzgador; e indudablemente a este rigor probatorio se refieren las leyes españolas cuando exigen que los hechos se justifiquen cumplidamente. En cambio, en otros supuestos, cede a esa exigencia, por la importancia subalterna que en el proceso tiene el hecho que ha de ser objeto de la probanza, cual ocurre en todos los casos en que ha de justificarse un impedimento para comparecer; pues en ellos, apenas si ejercita el juzgador sus facultades analíticas de la probanza, limitándose a aceptarla por lo que *prima facie* resulte del medio empleado para hacerla. Puede, pues, establecerse un matiz entre la prueba *stricta sensu*, y la justificación." En el mismo sentido se pronuncian L. PRIETO CASTRO<sup>130</sup> y GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA<sup>131</sup>.

Creemos que tal debe ser el criterio para apreciar la prueba del

127 LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, Morano Editore, 1962, pág. 197.

128 CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 282.

129 DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 464.

130 L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, parte general, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, págs. 396 y 397.

131 GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1959, pág. 236.

“caso fortuito” o la “fuerza mayor” exigido por la ley procesal para pedir restitución de términos o justificar la no comparecencia a absolver unas posiciones y en otros casos 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 instancia.

## 92. Diferencia entre eficacia probatoria y fuerza obligatoria de ciertos medios, según la persona contra quien se oponen

Como acertadamente lo expresa Antonio ROCHA<sup>132</sup>, una cosa es el efecto o la eficacia probatoria de un medio, y otro muy distinto su eficacia o fuerza obligatoria. Es decir, un medio, escritura pública o privada, por ejemplo, puede probar ante 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 caso de litigio. 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 le da valor previo 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. En 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 entendidos). 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 aduce su copia auténtica, aunque por regla general la decisión contenida en ella obliga sólo a quienes fueron partes en ese proceso y sus sucesores a título universal o singular.

No existen límites o grados de la eficacia probatoria en consideración a las personas, como cree COUTURE<sup>133</sup>, sino límites de su fuerza

<sup>132</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 287-290.

<sup>133</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, pág. 95.

obligatoria. Aquélla es igual siempre, y por eso para el juez existe o no el acto o hecho, según la fuerza de convicción que encuentre en el medio o los medios aducidos, sin que importe su origen ni su autoría; pero cuando entre a deducir sus consecuencias obligatorias, deberá distinguir la situación jurídica de la parte contra quien se pretenden imponer en relación con el acto o hecho demostrado.

Como el ilustre jurista colombiano Antonio ROCHA lo explica <sup>134</sup>, en el instrumento público se distinguen claramente esas dos eficacias: a) su existencia, o sea el haberse otorgado en cierta fecha y lugar por quienes figuran en él, se prueba con la copia auténtica, frente a todo el mundo; b) las declaraciones que en él aparecen, en cuanto a haber sido hechas, esto es, el contenido del documento, se prueban también con esa copia frente a todo el mundo, y c) en cambio, la *verdad* de esas declaraciones, con los consiguientes derechos y obligaciones que de ellas puedan deducirse, sólo se prueba plenamente con esa copia (aunque admite prueba en contrario (*cfr.*, t. II), respecto de quienes fueron partes en él y sus causahabientes, no obstante que los terceros pueden atenerse a ese contenido y aducirlo en su favor frente a esas partes; es decir, el contenido no obliga a los terceros, aunque prueba contra los declarantes, bien sea en juicio entre éstos o con aquéllos (C. C. colombiano, arts. 1759 y 1934).

Sólo aparentemente varía la eficacia probatoria de los instrumentos públicos en cuanto el instrumento prueba entre partes la verdad de 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 hicieron.

Lo mismo cabe decir de los documentos privados pero auténticos y de los reconocidos judicialmente.

SILVA MELERO <sup>135</sup> distingue también claramente la "fuerza probatoria" y la "fuerza de obligar", en los documentos, y dice que a veces coinciden, pero en otras ocasiones no se produce aquella coincidencia, como sucede con la exactitud de las manifestaciones contenidas en ellos.

Dice el citado jurista español: "Una cosa es que la escritura pública pruebe que los otorgantes hicieron aquellas manifestaciones que en ella se consignan, pero otra cosa distinta es que sean ciertas en cuanto a su contenido"; en lo último, la escritura pública no prueba contra terceros, o mejor dicho, su contenido no los obliga. CARNELUT-

<sup>134</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 287-288.

<sup>135</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 263, 264, 267 y 268.

TI<sup>136</sup> distingue igualmente la veracidad del documento y su eficacia probatoria. El punto será estudiado con mayor detenimiento al examinar este medio de prueba (*cfr.*, t. II).

**93. La inevitable posibilidad de error judicial en la apreciación de la prueba y el necesario carácter objetivo y social que debe tener**

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 su asunción, descuidos en su estudio de conjunto, afectos o desafectos por las partes o las tesis, ignorancia de conocimientos psicológicos, jurídicos, morales, técnicos y de las máximas de 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.

Como varias veces lo hemos afirmado, la tarifa legal no elimina estos riesgos ni la libertad de apreciación los aumenta; es el elemento humano, o sea la calidad de los funcionarios judiciales, lo que determina su acierto o su fracaso. Pero el primer sistema agrega, al defecto de funcionarios incapaces, las limitaciones e inconvenientes de contemplar abstractamente el valor de convicción de los medios de prueba, alejándolos de la realidad en muchos casos concretos, esto es, los errores contenidos en la norma legal. Si el juez es competente y cumple con celo riguroso su deber, la valoración que haga de la masa probatoria será eficiente y posiblemente acertada, así goce de completa libertad de criterio; si es incompetente o irresponsable en el ejercicio de su cargo, la más rigurosa y detallada tarifa legal no impedirá sus desaciertos, que se verán aumentados con los defectos intrínsecos del sistema (*cfr.*, núms. 26-27).

Por otro aspecto, las facultades inquisitivas del juez disminuyen también las posibilidades de error judicial, y su inactividad por imposición del sistema dispositivo que deja en manos de las partes toda la iniciativa probatoria, las aumenta en grado considerable. Por eso hemos defendido la necesidad de dotar al juez moderno de facultades inquisitivas para procurarse la prueba de los hechos que considere relevantes para la causa (*cfr.*, núm. 23).

Otra fuente común de errores judiciales por deficiencia del material probatorio es la incorrecta producción de los medios, es decir, su incompleta ordenación o allegación, su práctica incorrecta, su relación defectuosa cuando el secretario vierte en acta las versiones de testigos y de partes. Aquí aparece la gran importancia de la inmediación (*cfr.*,

<sup>136</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 39, pág. 170.

núm. 31) y de la iniciativa del juez para subsanar los errores o la negligencia de los litigantes.

Pero ahora nos limitamos a examinar el problema del error judicial en la valoración de las pruebas allegadas al proceso, sea por las partes, sea por iniciativa del juez.

No existen reglas ni métodos que descarten la posibilidad de ese error judicial, sino apenas para disminuirla. De ahí la necesidad de las dos instancias, para que un superior revise la apreciación del juez de la causa, y la importancia de admitir casación por error manifiesto de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que por fortuna existe en Colombia<sup>137</sup>.

Con toda razón dice CARNELUTTI<sup>138</sup>: "El proceso quizás no sea más que un sistema de precauciones contra el error".

Pero hay una importantísima regla general en esta materia, que ningún juez debe ignorar: la apreciación debe hacerse en conjunto y no con un criterio puramente subjetivo o personal, sino objetivo y social, o sea, en forma que la interpretación y valoración que el funcionario les dé a las pruebas, puedan ser compartidas por las personas que las conozcan, y siempre que sean capaces y cultas.

Para conseguir ese objetivo dispone el juez de las *reglas de la sana crítica*, basadas en las máximas de experiencia y las enseñanzas de la sociología, la psicología, la moral, el derecho y la técnica (la última respecto de ciertos hechos que exigen conocimientos especiales y mediante la colaboración de peritos expertos). Por esto enseña COUTURE<sup>139</sup>, que las reglas de la sana crítica rebasan el ámbito de la prueba testimonial y se aplican a todas; son como una especie de *standard jurídico*, de soluciones flexibles, basadas en los modos de comportamiento social e individual que el juez debe conocer y apreciar, pero que no se originan en su inventiva personal, ni en su caprichosa interpretación.

Naturalmente, en los sistemas regidos por la tarifa legal, como el colombiano, esas normas jurídicas que preestablecen el valor de los distintos medios de prueba, son también criterios objetivos generales, es decir, formales y no reales, que evitan la apreciación puramente subjetiva y caprichosa del juez, y fue este aspecto el que condujo y sostuvo su implantación histórica (*cfr.*, núm. 26)<sup>140</sup>. Pero aun así se

137 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado de derecho procesal civil*, Edit. Temis, Bogotá, 1964, t. IV, núms. 511-512.

138 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, página XVIII.

139 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, págs. 196 y 224.

140 FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, pág. 159; GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1961, página 236.

requerirá el estudio personal del juez sobre el valor de convicción de esos medios en los casos concretos, porque se le deja en libertad de apreciar ciertos aspectos que influyen decisivamente en su conclusión, como la razón del dicho de los testigos, la fundamentación del dictamen de peritos, la redacción del documento, el alcance de la confesión y su indivisibilidad, la conexión y fuerza de los indicios, la contradicción de varios medios distintos o similares; y ese estudio debe hacerse también con un criterio objetivo y social, con ayuda de las reglas de la sana crítica (*cfr.*, núms. 40 y 49).

La ignorancia, la pereza intelectual y la pretensión de no necesitar asesoría de la doctrina y jurisprudencia y, en ocasiones, de expertos, son tan perjudiciales como el dejarse llevar de la simpatía o antipatía, el contentarse con la primera impresión que dejan las pruebas o el deseuidar su examen de conjunto, y el omitir una adecuada clasificación de ellas (*cfr.*, núms. 82 y 89).

Es quizás en el examen de la prueba en donde radica principalmente el concepto de justicia o injusticia que deja la sentencia en un lector imparcial, porque las discusiones sobre aspectos meramente jurídicos o de interpretación de normas materiales son menos frecuentes. Con agudeza advierte Carlos Cossio<sup>141</sup> que a veces tropezamos con sentencias que nos convencen y a veces con sentencias que no nos convencen. Cuando nos convencen "la verdad toma el modo de fuerza de convicción como una intrínseca calidad de la sentencia misma"; y cuando no nos convencen, decimos: "esta sentencia es un error". Es, pues, una verdad estimativa. Si se duda de la imparcialidad del juez, ese concepto se traduce en arbitrariedad judicial, y ésta es el error inexcusable o el "error jurídico en su máxima potencia". De ahí la importancia de que toda sentencia tenga "algún fundamento objetivo, científicamente expresable"; porque "las valoraciones, siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal, que regirse por valores objetivos". El juez debe obrar en forma que los demás comprendan lo que él comprende. "Objetivar quiere decir hacer ver que otros y no solamente el juez valoran y piensan igual que el juez que hace uso de una ley al sentenciar". Estas sabias palabras del ilustre filósofo del derecho tienen aplicación exacta a la valoración probatoria, no obstante haber sido escritas principalmente para el tema de la valoración o interpretación de la ley; si para ésta es indispensable razonar con criterio objetivo, con mayor razón cuando se trata de valorar hechos concretos a través de medios específicos de prueba.

Esta manera de interpretar el mandato legal, y por lo tanto, el contenido de la prueba, con un criterio social, es compartida por muchos autores modernos. Por esta razón los profesores argentinos AFTA-

<sup>141</sup> COSSIO: *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, págs. 224, 225, 230, 237 y 248.

LIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA<sup>142</sup>, dicen que la ley debe ser interpretada objetivamente, con una valoración de contenido racional, intersubjetivamente, es decir, como lo harían los demás sujetos.

SILVA MELERO<sup>143</sup> examina las causas calificadas de "personales" que conducen al error judicial, y advierte que es necesario estudiar los problemas temperamentales del juzgador, los problemas de integración inconsciente del convencimiento judicial, el llamado subjetivismo o concepto favorable que el hombre tiene de sí mismo y que conduce a muchas falsas opiniones, para lo cual aconseja un examen sicotécnico en la selección de los funcionarios, que ponga de relieve sus aptitudes y cualidades, lo mismo que sus deficiencias. Este mismo autor distingue cinco fases del error judicial<sup>144</sup>: la fase llamada *étnica*, en la cual las pruebas estaban abandonadas al empirismo e impresiones personales; la fase *religiosa o mística*, de los juicios de Dios y medios similares, que TARDE denominó "las peritaciones divino-legales del pasado"; la fase *legal*, de la tarifa rigurosa, con la confesión como reina de las pruebas y la tortura para obtenerla a toda costa; la fase *sentimental*, que le dio libertad de apreciación al juez, confundiéndola con su convicción íntima; y, por último, la fase *científica*, la del porvenir, pero en la cual ya hemos entrado, cuya prueba por excelencia es la pericial, "que no pretende tan sólo establecer los hechos, sino explicarlos al mismo tiempo por medio de la experiencia". Critica, con razón, la fase sentimental de las llamadas pruebas morales, tan exaltadas por el iluminismo "que las generalizó en Europa, basadas en una fe ciega en el instinto natural y en la infalibilidad de la razón o el sentido común, en el veredicto humano, emanación al mismo tiempo de la razón y de la soberanía popular, que no dejaba de ser una superstición de la época. Convicción subjetiva, que LOCARD calificó de hermana caprichosa de la fe, y que sólo ofrece, en su sentir, "una parodia de justicia". Y concluye: "Si el juez se decide, de acuerdo con su íntima convicción, y si la apreciación se forma como resultado de un examen crítico de los elementos de prueba, perderá ese carácter de impresión subjetiva creadora de un peligro que interesa evitar".

FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>145</sup> nos pone en guardia contra las "predisposiciones de nuestro espíritu" que pueden ejercer influjo sobre la convicción induciendo en error a nuestra inteligencia, ya que "es la voluntad la que llama la atención del pensamiento más hacia una consideración que hacia la otra", y la que descarta "sin examen

<sup>142</sup> AFTALIÓN, GARCÍA OLANO, VILANOVA: *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1960, págs. 463-466.

<sup>143</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, pág. 136.

<sup>144</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, págs. 136-137.

<sup>145</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, págs. 50 y 51.

un argumento y hace que el pensamiento se afirme sobre el contrario". Y agrega: "La fuerza de nuestro temperamento, de nuestras inclinaciones, de nuestros hábitos y de nuestros prejuicios, todo ello puede fácilmente hacernos incurrir en falsos juicios". Por eso deben examinarse cuidadosamente las razones que nos llevan a la convicción, pues "muy a menudo los preconceptos y los prejuicios subjetivos de la persona les dan tal importancia a fútiles motivos, que los hacen tener como razones suficientes". Y concluye: "Es importante agregar, en cuanto al concepto de la convicción judicial, que las razones que la han determinado deben ser de tal naturaleza, que puedan originar convicción en cualquier otro hombre racional a quien haya de ser expuestas"; es decir, "que si los hechos y pruebas sometidos a su conocimiento se propusiesen al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, deberían producir, también en éste, la misma convicción que produjeron en el juez. Este requisito, que yo creo muy importante, es lo que llamo la *calidad social* de la convicción".

Sin embargo, no se debe tomar al pie de la letra la opinión anterior, en cuanto se habla de obtener el convencimiento de cualquier otro hombre racional, porque es inevitable la disparidad de criterios, no sólo en esta materia sino en cuestiones de psicología y de lógica en general. Ese carácter social del convencimiento existirá cuando el juez deje de lado sus preconceptos, sus prejuicios, sus inclinaciones subjetivas determinadas por simpatías o antipatías, ignorancia o pretensión de sabiduría y recurra a las máximas generales de experiencia que en su medio social y cultural son reconocidas, a los antecedentes jurisprudenciales, a las enseñanzas de la doctrina y a los expertos, si es conveniente, es decir, a una sana crítica de la prueba, de suerte que aplique, no su subjetivo y caprichoso criterio, sino un criterio objetivo debidamente fundamentado. Como el mismo ilustre autor expone en otro lugar<sup>146</sup>, "cuando menor es el número de verdades de que el hombre está en posesión, mayor es el número de sus errores, que él toma por verdades comprobadas". De ahí la necesidad de que estudie, consulte, se asesore y examine la realidad social, con ánimo sereno y con la sola ambición de obtener la verdad.

COUTURE<sup>147</sup> se expresa así sobre la posibilidad del error judicial: "La sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano". Luego insiste en la necesidad de recurrir a las reglas de la sana crítica para valorar la prueba, como una especie de

<sup>146</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 81.

<sup>147</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, págs. 192, 224 y 226.



“*standard jurídico*”, que comprende “una línea de conducta general susceptible de abarcar numerosas situaciones, representativas de cierta medida de comportamiento social”.

MITTERMAIER<sup>148</sup> llama la atención contra las opiniones preconcebidas, la costumbre, la falta de imaginación o la imaginación demasiado viva y la carencia de habilidad práctica del juez, que pueden influir en la valoración de la prueba.

GORPHE<sup>149</sup>, luego de advertir que la arbitrariedad y el peligro de equivocaciones falsea la justicia, dice que la valoración del material probatorio no debe estar abandonada a la impresión personal, a la intuición y al sentimiento del juez, sino que debe estar regida por leyes lógicas, psicológicas y físicas, lo mismo que por un método adecuado. Además, opina que deben tenerse en cuenta todas las posibilidades, y no olvidarse de que los hechos entrañan más de una interpretación, por lo cual deben excluirse previo examen todas las posibilidades contrarias; recuerda que no existe un método que enseñe cómo debemos razonar y concluir sin equivocarnos, y que el razonamiento sirve para el error como para llegar a la verdad; aconseja al juez prudente observar una actitud de desconfianza y de duda provisional, para no fundar su convicción sino sobre los resultados de un examen suficiente; por último, concluye que con un método técnico que reduzca los riesgos del error, se llega a una “certidumbre razonada y positiva, pero relativa”, y agrega: “Un paso importante se daría si el espíritu científico, que tantas experiencias ha realizado en otros terrenos, consiguiera introducir en el examen de las pruebas una disciplina más estricta, al sustituir una apreciación subjetiva y arbitraria, fruto de la convicción íntima, por un fallo positivo y crítico, basado en principios rectores, y que aspirara a una verdadera certidumbre”. Así y todo, no puede eliminarse por completo su carácter falible.

MICHELI<sup>150</sup> exige que el juez se someta no sólo a las normas jurídicas (instrumentales) que la regulan, sino a aquellas reglas de la experiencia y a los cánones de la lógica, “que aseguran la correspondencia del resultado conseguido por el juez con el derecho objetivo”; insiste, además, en que la valoración debe basarse en cánones lógicos y reglas de experiencia, que el juez puede valorar según su poder discrecional, pero observa que “no está, sin embargo, *vinculatus solutus*, en cuanto las exigencias de la lógica y de la experiencia se imponen también al juez lo mismo que a cualquier otro hombre”. De ahí que, en su concepto, la violación de esas reglas “puede fundar también un

<sup>148</sup> MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, Edit. Beus, 1959, t. I, págs. 49 y 50.

<sup>149</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, págs. 8 y 10.

<sup>150</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, número 49, pág. 199.

recurso de casación”<sup>151</sup>. Así, pues, exige un criterio objetivo y no puramente subjetivo.

Friedrich LENT<sup>152</sup> es claro también al recordar que la libertad de apreciación no equivale a la arbitrariedad, ni a que el juez pueda decidir de acuerdo con sus simples sensaciones, por lo cual en la motivación de la sentencia debe aparecer el criterio que haya tenido para valorar la prueba.

En conclusión: la doctrina moderna acoge en general la exigencia de un criterio objetivo, interpersonal o social, basado en las máximas de experiencia que son patrimonio del grupo social y en los principios comunes de la lógica, la psicología, la física y de las otras ciencias experimentales que sirven de auxiliares valiosos e imprescindibles para la valoración de la prueba judicial.

De ahí que hayamos afirmado que es lo mismo hablar de apreciación razonada o de sana crítica y de libertad de apreciación, porque lo último implica lo primero (*cfr.*, núm. 427, a).

<sup>151</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, número 50, pág. 311.

<sup>152</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, Morano Editore, 1962, pág. 199.

## CAPÍTULO XIV

### REQUISITOS INTRINSECOS Y EXTRINSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

#### 94. Cuáles son estos requisitos

Al tratar de las diversas fases de la actividad probatoria, en el capítulo anterior, vimos que 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. Estos requisitos rigen en su totalidad para la averiguación de las pruebas cuando se hace dentro del proceso o previamente, pero ante funcionarios judiciales, para su proposición o presentación, su admisión u ordenación y su práctica y recibimiento (es decir, para la fase general de producción, de la prueba) y parcialmente para su asunción o valoración.

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 para la prueba de quien la pide o la presenta y la legitimación 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 y parcialmente para la asunción y valoración, pero en ésta debe revisarse su cumplimiento.

Estos requisitos son consecuencia de los principios generales de la prueba judicial estudiados en el capítulo VI y rigen por igual en el proceso civil o penal o de otra naturaleza. Como hemos dicho, se aplican en su totalidad a las varias subfases de la producción de la prueba;

en cuanto a la asunción por el juez, rigen los de oportunidad, competencia y capacidad e idoneidad de éste, ya que por tratarse de operaciones sensoriales y mentales no están sujetas a requisitos de forma, y nada tienen que ver con los intrínsecos del medio mismo ni con los propios de las partes y órganos; por su parte, la valoración o apreciación se sujeta también a los requisitos extrínsecos de oportunidad, formalidad escrita u oral, clase de providencia en que debe efectuarse, legitimación e idoneidad y competencia del juez que la hace (sea el de la causa o un comisionado).

No hablamos de legitimación para la asunción, porque el juez que recibe o practica la prueba y tiene comunicación subjetiva con ésta necesariamente la asume, en el sentido técnico que le hemos dado a este vocablo (*cfr.*, núms. 60, *h*, y 74). Por ello no existe ese requisito especial para tal actividad. En cambio, como no todo juez que la practica o recibe y que inclusive la asume está facultado para apreciar las pruebas, sino el que debe decidir la causa o el incidente, existe una legitimación para este acto. Los requisitos intrínsecos del medio mismo no rigen para la valoración, porque ésta es una actividad mental subjetiva del funcionario; esto no significa que en el ejercicio de tal actividad no pueda revisar el juez si se cumplieron o no aquellos requisitos, propios de la fase de producción para negarle valor al medio en el último caso (*cfr.*, núm. 68). Lo mismo sucede con la revisión que hace el juez, en el momento de valorar la prueba, acerca de los requisitos extrínsecos que debía reunir para su admisión y práctica. Por consiguiente, una cosa son los requisitos propios de la actividad valorativa y otra el alcance y contenido de ésta.

El derecho subjetivo de probar (*cfr.*, núm. 12) 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<sup>1</sup>, siempre que se cumplan también los requisitos extrínsecos. Este es precisamente el sentido del brocárdico *probationis non sunt coartandae*.

Si la prueba propuesta o presentada por la parte legitimada para ello reúne los requisitos intrínsecos y extrínsecos, no puede el juez rebazarla con el pretexto de que dispone de otros medios mejores por practicar para demostrar el mismo hecho; por el contrario, tiene obligación de admitirla<sup>2</sup>. Como observa LESSONA<sup>3</sup>, "las restricciones en el

<sup>1</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 4, págs. 15 y 16; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 229-232, págs. 276 y 277.

<sup>2</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 4, pág. 17.

<sup>3</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 229, pág. 276.

ejercicio del derecho no se aplican sino en virtud de ley" (habla del derecho de probar). Pero este principio tiene una excepción que la doctrina acepta y algunas legislaciones consagran, esto es, que si la prueba resulta inútil, porque el hecho está suficientemente demostrado, o goza de notoriedad pública o de presunción legal o de cosa juzgada, puede el juez rechazarla en defensa de la economía procesal (*cf.*, núm. 97).

Tampoco puede el juez negarse a recibir o a practicar la prueba porque considere claramente infundada la pretensión o excepción que el peticionario deduzca del hecho sobre que recae, porque esto equivaldría a prejuzgar la causa<sup>4</sup>. Una cosa es la conducencia de la prueba, su utilidad y la pertinencia del hecho que se va a probar, e inclusive la eficacia plena que aquélla tenga para convencer al juez de la existencia de éste, y otra muy diferente que la pretensión o excepción tenga fundamento en derecho; la existencia de prueba suficiente sobre el hecho de la demanda o la excepción no significa que de él se deduzcan los efectos jurídicos perseguidos por esa parte; pero ésa es cuestión que debe resolverse en la sentencia (o en la providencia que decida el incidente, si es el caso).

En los números siguientes estudiaremos los diversos requisitos que acabamos de enunciar.

#### 95. La noción de conducencia de la prueba. Diferencias con su admisibilidad y su eficacia

La conducencia de la prueba 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, así sea en concurrencia con otros, el hecho a que se refiere; b) proteger la seriedad de la prueba, en consideración a la función de interés público que desempeña, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso (*cf.*, núm. 31, punto 5º)<sup>5</sup>.

La conducencia exige dos requisitos: 1º) que el medio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley (cuando rige el sistema de la prueba legal; *cf.*, núm. 26) o que el juez lo considere lícito cuando goce de libertad para admitir los

<sup>4</sup> RICCÍ: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., pág. 17.

<sup>5</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 232, pág. 277.

que considere revestidos de valor probatorio (existe prohibición tácita, cuando el medio o el procedimiento para obtenerlo esté reñido con la moral o viole derechos tutelados por la ley, como sucede con el tormento, el hipnotismo y el narcoanálisis para la consecución de confesiones o testimonios); 2º) que el medio solicitado o presentado, válido en general como instrumento de prueba no esté prohibido en particular por la ley, para el hecho que con él se pretende probar, es decir, que no exista expresa prohibición legal para el caso concreto. Entendida la conducencia de esta manera restrictiva, toda prueba inconducente será ilícita por estar legalmente prohibida o resultar moral y jurídicamente inaceptable (*cf.*, citas en el núm. 98). Puede pensarse que existe también inconducencia cuando la ley exija para la demostración de un hecho un medio distinto (como escritura pública o documento privado, porque entonces existe una ineptitud legal implícita respecto de los demás medios (el testimonial, por ejemplo), pero como esa sola exigencia no significa que esté prohibido llevar otros, creemos que entonces se trata más bien de una posible inutilidad de la prueba, cuya apreciación es más difícil y pocas veces será manifiesta, porque puede servir para aclarar o complementar el medio legal (*cf.*, núm. 97, punto *d*). Cuando la ley procesal no contemple expresamente el requisito de la utilidad de la prueba, como sucede en nuestros códigos de procedimiento, será necesario ampliar el concepto de conducencia para incluir en éste los casos que ahora comentamos, pero entonces se tratará de una inconducencia relativa muy difícil de apreciar en el momento de resolver sobre la admisión, que, por lo tanto, será más bien requisito para su eficacia y debe postergarse su examen para la sentencia o el auto que falle el incidente. Puede incluirse en la inconducencia los casos de prohibición legal de investigar el hecho, cuando no se contemple como requisito separado (*cf.*, núm. 98).

Pero para la admisibilidad de la prueba no basta su conducencia, porque ésta es apenas uno de los requisitos de aquélla, por lo cual, a pesar de cumplirse, puede resultar inadmisibile por faltarle la pertinencia o existir prohibición legal de investigar el hecho sobre que recae, o por aparecer inútil o no cumplir los requisitos intrínsecos<sup>6</sup>.

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 legalmente puede recibirse o practicarse. La decisión favorable que adopte el juez y la práctica de la prueba no sanean la inconducencia que efectivamente exista, y, por lo tanto, en la sentencia puede negársele valor por ese motivo, como vimos al tratar de la apreciación como última fase de la actividad probatoria (*cf.*, núm. 80). El error en que el tribunal pueda incidir en esa materia, al proferir la sentencia de

<sup>6</sup> Le hacemos esta observación a RODRÍGUEZ y PEÑA: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1956, pág. 67.

segunda instancia, es acusable en casación como error de derecho según lo observa RICCI<sup>7</sup> y lo admite la ley colombiana<sup>8</sup>.

En doctrina no pueden identificarse la conducencia de la prueba con su eficacia, porque aquélla es sólo uno de los requisitos de ésta ya que existe también la pertinencia del hecho que se quiere probar con ella, lo mismo que la ausencia de prohibición legal para investigarlo, y que su resultado concuerde con el fin perseguido de darle al juez la necesaria convicción sobre ese hecho (*cfr.*, núms. 55-56). La eficacia no es requisito para la admisión de la prueba. Claro está que si la prueba propuesta no es admisible, resulta lógicamente ineficaz; pero también lo es, a pesar de su admisión, si en su práctica no se cumplen las formalidades procesales, o si aun cumpliéndose no se obtiene con ella un resultado positivo. *Prueba eficaz es la admisible, conducente y legalmente practicada, que por su resultado sirve para darle al juez la convicción que necesita.* La eficacia de la prueba se aprecia en definitiva cuando se hace su valoración o apreciación<sup>9</sup>.

En relación con este punto nos queda por estudiar cuándo debe examinar el juez la conducencia de la prueba y si debe rechazar la admisión de las inconducentes, o dejar para la sentencia (o la providencia que decida el incidente) la apreciación de su eficacia.

En todos los códigos de procedimiento se encuentra consagrada la inadmisibilidad de la prueba inconducente. La doctrina, en general, le reconoce al juez, por obvias razones de economía procesal, el poder de rechazar la prueba presentada o solicitada, esto es, de no acceder a que sea agregada o practicada, si su inconducencia es evidente, porque aparece *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 puede y debe volver a examinar aquel requisito, para negarle todo valor en el supuesto de que falte<sup>10</sup>.

Por nuestra parte no vacilamos en adoptar la tesis expuesta, como lo dijimos al comienzo de este número y por las dos razones expresadas allí. Nos parece absurdo que el juez admita un medio probatorio que

<sup>7</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 5, pág. 18.

<sup>8</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. IV, núm. 512-513.

<sup>9</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pág. 363, y ed. 1962, págs. 350-351.

<sup>10</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núms. 60-64, págs. 80-84; RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núms. 4-7, págs. 15 y 28; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 230-232, págs. 276-277; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 184; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 362; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, págs. 531-532; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, Paris, Librairie du Journal des Notaires, 1960, pág. 35, pero la califica de falta de pertinencia.

es claramente inconducente y, por lo tanto, ilegal e inservible. Si se separan adecuadamente, como nosotros lo hacemos, las nociones de conduencia, pertinencia y utilidad de la prueba, y se limita aquélla a los dos requisitos que dejamos expuestos, resulta más claro que el juez debe rechazar la inconducente, porque la solicitud o presentación será ilegal, por existir prohibición legal general para esa clase de medio, o especial para utilizarlo respecto al hecho que debe probarse. Las dudas se presentan generalmente sobre la pertinencia o relevancia de la prueba, que se refiere a la relación que pueda tener el hecho por probar con el litigio o la causa, y a la utilidad del medio propuesto, como veremos en el número siguiente. Si se acepta que existe inconduencia, y no inutilidad como creemos nosotros, cuando la ley exige un medio distinto para demostrar el hecho, sea como simple requisito *ad probationem* o como formalidad *ad substantiam actus*, el juez estará generalmente en incapacidad de apreciar si puede haber algún interés al proceso, en el momento en que se le pide su admisión, porque puede servir para aclarar o complementar algunos aspectos que en la prueba requerida por la ley (la escritura pública, por ejemplo) no aparezcan, o se presten a dudas y discusiones o sean antecedentes que de alguna manera influyan en el caso.

#### 96. La pertinencia o relevancia de la prueba, o, mejor dicho, del hecho objeto de ésta

Sucede con frecuencia que autores y jueces hablen de pertinencia o relevancia de la prueba y de su inconduencia como si se tratara de conceptos idénticos, creando confusión en esta materia, cuando en realidad son dos requisitos intrínsecos diferentes.

La conduencia se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar, como explicamos en el número anterior; la pertinencia o relevancia, en cambio, contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente según el caso.

Si se entiende por prueba el medio utilizado para llevarle al juez el conocimiento de los hechos que son objeto de aquélla (testimonio, documento, etc.), es claro que la pertinencia o relevancia se refiere a éstos y no a aquélla. Si, por el contrario, se entiende por prueba los hechos que sirven para demostrar otros hechos, su pertinencia o relevancia se vincula a los segundos. Si desde un punto de vista subjetivo se considera como prueba la convicción que con ella se produce en la mente del juez respecto a los hechos del proceso, la pertinencia o relevancia radica igualmente en éstos. Y si se adopta la noción general y amplia de la prueba, que predomina en la doctrina y que nosotros hemos acogido, en la cual se combina el aspecto subjetivo con el objetivo, para considerarla como los medios o instrumentos que la ley per-



mite utilizar a fin de obtener las razones que conduzcan al convencimiento del juez sobre los hechos del proceso, resulta también que la pertinencia o relevancia tiene que ver con estos hechos y no con los medios para establecerlos ni con las razones que de ellos se deducen. Estos diversos sentidos de la noción de prueba fueron estudiados ampliamente en el capítulo II (*cfr.*, núms. 7-8).

Explicado lo anterior, aparece muy sencilla la noción de prueba no pertinente o irrelevante, pues no será otra que aquélla que se aduce con el fin de llevar al juez el convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o el incidente, y que, por lo tanto, no pueden influir en su decisión. Y a *contrario sensu*, se entiende por pertinencia o relevancia de la prueba, la *relación entre el hecho objeto de ésta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, que permite a aquél influir en la decisión*, sea de las pretensiones o excepciones del proceso contencioso, de las declaraciones pedidas en el voluntario, o de la cuestión debatida en el incidente, según el caso. De esta noción resultan los principios *inútil est probare quod probatum non relevat y frustra probatum non relevat*.

Con este requisito se persigue el mismo doble fin que explicamos al tratar de la conducencia de la prueba (*cfr.*, núm. 95).

La doctrina está de acuerdo en esta materia. LESSONA<sup>11</sup> dice que “el juez debe admitir los medios legales de prueba, cuando tengan objeto idóneo” y “rechazar las que... no tengan objeto idóneo, a pesar de que su admisión sea consentida por las partes”, porque en el último caso “por la cualidad especial del hecho que ha de probarse no llenan su objeto”. RICCI<sup>12</sup> separa adecuadamente las nociones de conducencia y pertinencia de la prueba en el siguiente párrafo: “Aun cuando el medio de prueba esté determinado y admitido por la ley, no basta para que el juez tenga, sin más, que admitirlo; es necesario que se convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma (idoneidad).” BONNIER<sup>13</sup> sostiene que el hecho debe ser *concluyente*, es decir, “de tal naturaleza que haga triunfar a la parte que lo alega”, y considera que en esta noción entra evidentemente la de pertinencia; le observamos que es exagerado exigir que el hecho deba conducir al triunfo de quien lo alega, si se prueba, porque basta que pueda influir en la decisión, inclusive en forma adversa a esa parte, dada la unidad y la comunidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31); pero estamos de acuerdo con el célebre profesor francés, en que no hay razón para distinguir entre hecho con-

<sup>11</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 229-232, págs. 276-277.

<sup>12</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 5, pág. 18.

<sup>13</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núms. 60-61, pág. 81.

cluyente o pertinente. PLANIOL y RIPERT<sup>14</sup> dicen en el mismo sentido: "El derecho de probar sólo existe a condición de que la prueba sea útil, es decir, de la pertinencia de los hechos que vayan a probarse", y más adelante agregan: "Aquellos hechos cuya prueba es admisible, han de ser pertinentes, esto es, de tal naturaleza, que influyan de modo más o menos decisivo en la solución del litigio en que se aleguen"; pero es mejor decir que influyan en cualquier grado, sea o no decisivo. ROSENBERG<sup>15</sup> y FENECH<sup>16</sup> hablan de hechos pertinentes o relevantes para el proceso; lo mismo DE LA PLAZA<sup>17</sup>, ARAGONESES<sup>18</sup>, CLARO SOLAR<sup>19</sup>, ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA<sup>20</sup>, ANTONIO ROCHA<sup>21</sup>, COUTURE<sup>22</sup>, ALSINA<sup>23</sup>, y RODRÍGUEZ y PEÑA<sup>24</sup>.

Como explicamos en el número anterior, la eficacia o ineficacia de la prueba es una noción más amplia que las de conducencia y pertinencia, porque incluye cualquiera otra causa que impida que la prueba obtenga el resultado de darle convencimiento al juez sobre los hechos del proceso, por ejemplo los defectos de contenido del testimonio o documento, o la insuficiencia de los hechos observados en la inspección judicial.

Fijado el verdadero contenido de la noción de pertinencia o relevancia de la prueba, se obtienen fácilmente varias conclusiones de suma importancia:

a) ES REQUISITO PARA QUE EL HECHO PUEDA SER OBJETO CONCRETO DE PRUEBA, EN UN PROCESO DETERMINADO (pero no para ser objeto abstracto de prueba, porque todo hecho puede serlo), en cuanto el derecho de probar está limitado a aquellos hechos que tengan alguna relación

<sup>14</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, págs. 756-757. El mismo criterio se encuentra en SICARD: *La preuve en justice*, París, Librairie du Journal des Notaires, 1960, págs. 33-38.

<sup>15</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, págs. 210-211.

<sup>16</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 596.

<sup>17</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 449-451.

<sup>18</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 531.

<sup>19</sup> CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, pág. 658.

<sup>20</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 464.

<sup>21</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 38-39; *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 89; pero habla de "prueba pertinente o conducente", refundiendo las dos nociones.

<sup>22</sup> COUTURE: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. De Palma, 1958, págs. 238-239.

<sup>23</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1912, t. II, pág. 184.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ y PEÑA: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1956, pág. 67.

con la cuestión debatida o examinada (lo último en los procesos voluntarios), como lo vimos al estudiar su naturaleza (*cfr.*, Tratado I, núms. 67-74). Al explicar el objeto de la prueba examinamos las relaciones que existen entre el objeto concreto en cada proceso y las nociones de conducencia y pertinencia de la prueba (*cfr.*, núm. 38).

b) ES REQUISITO PARA QUE EL HECHO ESTÉ INCLUIDO EN EL TEMA DE PRUEBA DE CADA PROCESO, puesto que se trata de la necesidad de probarlo y es obvio que, si no se relaciona con la causa, es indiferente que deje de establecerse; sólo los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión o excepción deben ser probados, y, por lo tanto, forman el tema de prueba (*cfr.*, núms. 43-44).

c) NO SE CONFUNDE CON LA UTILIDAD DE LA PRUEBA, porque si bien desde un punto de vista práctico la prueba no pertinente resulta inútil, puede suceder que a pesar de la pertinencia del hecho sea inútil la prueba, porque aquél esté suficientemente acreditado con otras, o porque goce de presunción legal o de notoriedad pública, o porque no pueda investigarse.

d) CORRESPONDE AL JUEZ APRECIARLA Y ES CUESTIÓN DE HECHO, no de derecho, por lo cual en casación no puede atacarse la decisión que declaró admisible una prueba por ser pertinente, mientras que la cuestión de saber si el medio propuesto es legal o conducente, es punto de derecho<sup>25</sup>.

e) EN QUÉ MOMENTO DEBE EXAMINARSE. Como ya dijimos, se trata de un requisito para la admisibilidad de la prueba en concreto, y, por lo tanto, debe examinarse por el juez en el momento de formularse la solicitud para que agregue al expediente el medio que se le presenta o proceda a practicarlo. Por eso, para la validez de la prueba practicada es requisito el que haya sido admitida, entendiéndose esto en la forma amplia que explicamos atrás (*cfr.*, núm. 72). Naturalmente, como para poder apreciar el mérito de las pruebas se debe examinar en la sentencia la pertinencia del hecho probado (o cuando se decide el incidente para el cual se alegó), el punto es necesariamente reexaminado en esa segunda oportunidad, pero, no estando el juez vinculado por esa primera decisión, como no lo está respecto a la conducencia y a la admisibilidad de la prueba, puede negarle mérito probatorio a tal hecho, si no lo encuentra de algún interés para las cuestiones sobre las cuales debe resolver, al dictarse sentencia<sup>26</sup>.

Igualmente, el rechazo de una prueba por impertinente no impide al juez ordenarla más tarde de oficio en los procesos inquisitivos o por auto para mejor proveer en los dispositivos como el nuestro, si en ese

<sup>25</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núms. 5-6, págs. 18-19.

<sup>26</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 7, pág. 27.

momento posterior encuentra que puede ser útil para la correcta decisión del litigio, a menos que exista una norma legal expresa que lo prohíba.

f) LA PERTINENCIA PUEDE SER MEDIATA O DIRECTA E INMEDIATA O INDIRECTA, Y DEBE APRECIARSE CON UN CRITERIO AMPLIO. Hay hechos cuya pertinencia aparece en forma clara y mediata, porque constituyen un requisito para la existencia o la validez misma del acto que trata de probarse, como la entrega del dinero en el mutuo, o de la cosa en la compraventa de muebles; o como el acuerdo de voluntades en el contrato, o del hecho ilícito en la responsabilidad extracontractual<sup>27</sup>. Otros hechos también son importantes de manera directa, porque se refieren a la existencia o cumplimiento de las obligaciones emanadas de ese acto o de un hecho jurídico, como la entrega material del inmueble vendido, o el pago del precio estipulado, o la ejecución de la obra contratada, o el daño sufrido y su valor en la responsabilidad extracontractual. En cambio, hay otros que sólo tienen "importancia mediata para el establecimiento de la verdad de la circunstancia directamente importante"<sup>28</sup>, como los antecedentes de la escritura pública, las circunstancias que rodearon el hecho ilícito, la confesión extrajudicial de paternidad, el principio de ejecución del contrato, la interpretación que las partes le dieron antes del desacuerdo y cualesquiera otros hechos que puedan servir de indicios para precisar la realidad, el verdadero contenido o las características, las consecuencias u otros puntos que de cualquier manera puedan interesar para decidir sobre las pretensiones y excepciones del proceso.

Por consiguiente, la pertinencia 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 no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibles las pruebas; 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 voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba.

Cuando se trata de decretar oficiosamente pruebas, si el juez tiene facultades inquisitivas o en autos para mejor proveer, el criterio debe ser más riguroso, porque la economía procesal y especialmente el tiempo limitado de que el funcionario dispone para esa actividad probatoria,

<sup>27</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 211.

<sup>28</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pág. 211.

hacen aconsejable que sólo ordene aquellas pruebas que le parezcan importantes para la causa.

Ese criterio amplio se justifica también, porque en la sentencia o providencia que resuelva el incidente debe examinarse de nuevo la pertinencia del hecho, razón por la cual ningún perjuicio jurídico se le causa a la parte contraria por la admisión y práctica de un medio que luego resulte impertinente; habrá sólo una pérdida de tiempo para el juez y para la contraparte, y en algunos casos ésta perderá dinero, pero esto se puede subsanar al fijar indemnización en la regulación de las costas. En cambio, es irreparable el perjuicio que puede causarse por la inadmisibilidad de una prueba que a la postre puede resultar importante, cuando no existe oportunidad procesal para insistir en ella durante la segunda instancia (*cf.*, núm. 72).

Los autores están generalmente de acuerdo en ese criterio amplio para la admisión de la prueba. ALSINA<sup>29</sup> dice que "en caso de duda, es decir, cuando *prima facie* no se advierte su impertinencia, debe recibirse la prueba ofrecida, sin perjuicio de apreciar su procedencia en la sentencia definitiva". ROSENBERG<sup>30</sup> considera que basta la posibilidad de ser el hecho medianamente importante. BONNIER<sup>31</sup> estima que "antes de denegar o desechar la prueba, deberá examinarse con cuidado a qué resultados puede conducir, considerando estos hechos, no aisladamente, sino en su conjunto porque hay tales circunstancias, que aunque insignificantes, si se las considera por separado, pueden, por su concurrencia, producir la convicción, así como se origina el fuego del contacto de diversas sustancias, que puestas separadamente, no serían susceptibles de producir este fenómeno". Antonio ROCHA considera también que "sólo que la inconducencia sea muy burda y notoria, los jueces rechazan por tal la prueba"<sup>32</sup>.

g) NO SE REQUIERE QUE EL HECHO HAYA SIDO ALEGADO EN LA DEMANDA O EN LOS ESCRITOS DE EXCEPCIONES. Hugo ALSINA<sup>33</sup> y RODRÍGUEZ Y PEÑA<sup>34</sup> consideran, respectivamente, que no debe admitirse la prueba de hechos que no hayan sido afirmados en la demanda o en su contestación, y que no es pertinente la prueba de aquellos que no han sido articulados en tales actos. En contra de esta opinión se pronuncia

<sup>29</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, págs. 184-185.

<sup>30</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, pág. 211.

<sup>31</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 61, pág. 81.

<sup>32</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 39-40; *Derecho probatorio*, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 90-91.

<sup>33</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 184.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ Y PEÑA: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1956, pág. 67.

pueda servir de fundamento para una decisión favorable al demandante, porque la pertinencia no significa que el hecho conduzca a una sentencia favorable a quien lo alega, sino que puede influir en cualquier sentido en la decisión, como ya lo explicamos; se trataría más bien de una prueba posiblemente inútil, pero el juez no está en capacidad de conocer en el momento de resolver sobre su admisión, si esa prueba puede servir para aclarar o precisar otros hechos que hayan sido alegados en la demanda o que oponga el demandado como excepciones (precisamente constituye excepción perentoria de ineptitud sustancial de la demanda, el estar basada en hechos distintos de los que debían servirle de fundamento, y no importa que su prueba sea aportada por el demandante, pues en eso consiste el principio de la unidad de la prueba [cfr., núm. 31]). Esto resulta más evidente en el sistema procesal colombiano sobre excepciones perentorias, ya que el juez puede y debe declarar las que aparezcan probadas en virtud de los medios aportados por el demandado o por el mismo demandante, y aun cuando el primero no las haya alegado, salvo las de prescripción y compensación<sup>39</sup>.

h) EL CASO DE LOS HECHOS IMPOSIBLES O INVEROSÍMILES. La pertinencia del hecho por probar se refiere a la existencia de alguna relación entre éste y la causa (contenciosa, voluntaria o incidental), de modo que establecido aquél, pueda influir de alguna manera en ésta; por consiguiente, el carácter inverosímil o la aparente imposibilidad de tal hecho, nada tienen que ver con la pertinencia, sino con la utilidad de la prueba. Aun cuando sea o parezca ser imposible la prueba de un hecho porque en sí mismo es imposible o inverosímil, o porque a pesar de que puede existir, no pueda ser demostrado en concreto, teóricamente puede resultar una estrecha vinculación con la cuestión debatida en el proceso, si de él pretende deducir una de las partes el fundamento de su pretensión o excepción. Las pruebas pedidas para tratar de acreditar un hecho de éstos son admisibles desde el punto de vista de su pertinencia. En este sentido dice Ricci<sup>40</sup>: "Afirmado por el juez el influjo de los hechos sobre los cuales la prueba se ha propuesto, no se puede rechazar ésta aduciendo el pretexto de que los hechos son inverosímiles o difíciles de probar; puesto que, decidiendo el juez en tal sentido, prejuzgaría los resultados de la prueba antes que éstos se hubiesen producido."

En el número siguiente estudiaremos su admisibilidad desde el punto de vista de su utilidad.

i) EL CASO DE LOS HECHOS INMORALES Y DE PROHIBIDA INVESTIGACIÓN. Tampoco se relaciona con la pertinencia de la prueba la inmoralidad del hecho que se pretende probar o la existencia de una prohibi-

<sup>39</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 428.

<sup>40</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 7, pág. 28.

ción legal de investigarlo, porque no obstante tales circunstancias, ese hecho puede tener relación más o menos estrecha con la cuestión debatida y, de ser posible su prueba, puede influir en la decisión. Por este motivo los autores incluyen como un requisito intrínseco aparte de toda prueba, la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho. En el número 98 estudiaremos el punto.

### 97. El requisito de la utilidad de la prueba

Significa este requisito que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que *debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente* para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, 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 (*cfr.*, núms. 95-96).

En un sentido general puede decirse que la prueba inconducente o no pertinente 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. En estos requisitos deben incluirse también los de pertinencia y utilidad. La ausencia de norma legal expresa no es obstáculo para que el juez tenga en cuenta el principio elemental de que es inadmisibile la prueba manifiestamente inútil; 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 las pretensiones formuladas o con las excepciones opuestas o que puedan surgir del debate.

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, sea porque sus diversos elementos constitutivos se excluyan entre sí, o porque la causa que se le imputa lo excluya radicalmente<sup>41</sup>, la segunda consiste en que el hecho se oponga a las que creemos leyes cons-

<sup>41</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 594.

tantes de la naturaleza<sup>42</sup>, 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<sup>43</sup>.

FENECH y BONNIER opinan que debe rechazarse la prueba de los hechos metafísica y físicamente imposibles (el último habla también de imposibilidad matemática), pero aclaran que la llamada imposibilidad ordinaria o común implica sólo una relativa improbabilidad, que únicamente debe apreciarse al estudiar el resultado de la prueba practicada. Con todo, la tesis no es absoluta, porque, como el segundo lo reconoce, "la imposibilidad física no es otra cosa que una improbabilidad extrema", por lo cual debe procederse con mucha cautela para rechazar las pruebas de esos hechos, siendo prudente no declarar a primera vista imposible un hecho, por sólo parecer extraordinario<sup>44</sup>. Por ello advierte FENECH que "en cuanto se refiere a los hechos inverosímiles, hay que proceder con suma cautela para decidir si pueden ser o no objeto de prueba, ya que muchas veces la inverosimilitud, concebida como improbabilidad, condiciona la intensidad de la prueba, pero no excluye su necesidad"<sup>45</sup>.

CARNELUTTI<sup>46</sup> se muestra adverso a la exclusión del hecho imposible como objeto de prueba, a juzgar por el siguiente párrafo: "La exclusión de los hechos *imposibles*, del campo de la prueba, se funda en la confusión entre *prueba* y *posición de los hechos en la sentencia*: puede suceder que el juez tenga siempre el poder de excluir el hecho imposible, es decir, contrario a una regla segura de experiencia (*cfr.*, STEIN, *Das privat Wissen*, cit., núm. 3, págs. 37 y sigs., y núm. 6, págs. 97 y sigs.), sea cual fuere la fuente de prueba ofrecida para demostrarlo (*infra*, parte segunda); pero ello no significa en manera alguna que tal hecho no sea objeto de prueba; por el contrario, precisamente mediante el proceso de prueba, es decir, mediante la apreciación de las fuentes de prueba adquiridas, el juez actúa para excluir su existencia. Lo último significa que deben practicarse las pruebas pedidas y que de su resultado deducirá el juez la posibilidad o imposibilidad del hecho afirmado.

42 BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, núms. 25, 60, 63; FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, pág. 594; BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. II, libro 8, cap. VII.

43 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 4, pág. 17, n. 20; FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, página 594.

44 BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, núms. 25, 60, 63.

45 FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, páginas 594-595.

46 CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 17.



Manuel DE LA PLAZA<sup>47</sup> cita el anterior concepto de CARNELUTTI y lo acoge.

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, porque en ese caso los medios propuestos serán necesariamente inconducentes para demostrarlo. Puede incluirse esta hipótesis entre los casos de inconducencia de la prueba. Lo que creemos físicamente imposible, puede parecer posible a otra persona de mejores conocimientos o en otra época. La imposibilidad matemática no existe sino en relación a los conocimientos subjetivos de cada persona o a la manera como se plantee la cuestión.

Cuando el hecho le parezca al juez física o comúnmente imposible, debe decretar la prueba y reservarse para el momento de apreciar su resultado la conclusión que debe sacar al respecto. Por ello dice RICCI<sup>48</sup>: "Afirmado por el juez el influjo de los hechos sobre los cuales la prueba se ha propuesto, no se puede rechazar ésta aduciendo el pretexto de que los hechos son inverosímiles o difíciles de probar; puesto que, decidiendo el juez en tal sentido, prejuzgaría los resultados de la prueba antes que éstos se hubiesen producido."

Se relaciona este punto con el de exclusión de tales hechos del tema de la prueba, noción ésta distinta a la de admisibilidad (*cfr.*, núm. 43).

b) IMPOSIBILIDAD DEL MEDIO PROBATORIO PROPUESTO EN RELACIÓN AL HECHO POR PROBAR. Se trata de una hipótesis muy diferente a la anterior: el hecho puede ser posible o parecer imposible, y el medio propuesto (inspección judicial, testimonio, confesión, dictamen de peritos) puede ser manifiestamente ineficaz para establecerlo. Se trata también de un caso de inconducencia en cuanto al medio, ya estudiado. 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 sobre el cuerpo de una mujer, para establecer el hecho de la concepción de un hijo por un hombre determinado, porque es un fenómeno biológico no observable (pero es conducente para establecer el embarazo). En estos casos nos parece indudable que el juez debe rechazar la prueba.

c) IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL HECHO EN RAZÓN DE UNA PRESUNCIÓN DE DERECHO EN CONTRARIO O DE UNA COSA JUZGADA. Este caso es equivalente al de imposibilidad metafísica en cuanto a la clara inadmisibilidad de la prueba pedida, pues sería un atentado contra la economía procesal la inversión de tiempo, trabajo y dinero en practicarla, ya que de antemano se tiene la certeza de su inutilidad. Un ejemplo es la testimonial o dictamen pericial para tratar de establecer que la con-

<sup>47</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 453.

<sup>48</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 8, págs. 28-29.

cepción de un hijo ocurrió con anterioridad superior a los trescientos días que la ley señala como máximo presumible, o antes de los ciento ochenta que fija como mínimo, o para destruir la presunción de derecho de que hubo mala fe en ciertas circunstancias (otra cosa es la prueba de que esas circunstancias ocurrieron o no, perfectamente conducente, pertinente y útil). Cuando existe cosa juzgada sobre el hecho, la situación es igual.

d) PROHIBICIÓN LEGAL PARA INVESTIGAR EL HECHO O UTILIZAR EL MEDIO PROPUESTO EN RELACIÓN CON EL HECHO POR PROBAR Y EXIGENCIA DE UNO DIFERENTE. Si bien el primer caso corresponde al último requisito intrínseco de prueba, que en el número siguiente examinaremos, evidentemente también es un ejemplo de inutilidad de la prueba y debe rechazarse. El segundo es un caso de inconducencia (*cfr.*, núm. 95) y contempla la hipótesis de normas que prohíban admitir ese medio, por ejemplo, oír testigos o aceptar confesión, y entonces el juez debe rechazar la prueba propuesta.

Cuando la ley se limite a decir que cierto hecho sólo puede probarse por un medio determinado, como escritura pública, la situación es diferente, porque, como lo indicamos, si bien con medios distintos no se obtiene la fijación del hecho para la sentencia, puede suceder que éstos contribuyan a precisar detalles o antecedentes útiles para el mejor entendimiento del acto o contrato, por lo cual su inconducencia e inutilidad no pueden apreciarse en ese momento. Más clara aparece esta última afirmación cuando la prueba exigida por la ley para ese hecho tiene un valor simplemente *ad probationem*, como el documento privado en razón del valor del contrato; pero también es valedera cuando se exige *ad solemnitatem*.

e) MEDIOS DIFERENTES PARA PROBAR EN CONTRARIO DE LO QUE APARECE EN EL EXIGIDO POR LA LEY PARA ESE HECHO. Ya no se trata de probar el hecho por medios distintos del exigido en la ley, sino, por el contrario, de desvirtuar lo que en éste aparece (documento público o privado, confesión). Es el caso de la prueba de la simulación de un contrato otorgado por escritura pública y que requería ese medio para su validez. Hay dos situaciones: la ley permite o no prohíbe probar en contrario por otros medios, como sucede con la simulación de compraventa de inmuebles, o la ley exige una prueba especial (sin que exista una prohibición expresa de admitir u oír el medio pedido, pues entonces estaríamos en el caso estudiado en el punto d); en el primero, la utilidad y conducencia de esos medios es muy clara, y en el segundo, si bien no aparece a primera vista, tampoco en el momento de resolver sobre su admisión se puede saber si podrá tener alguna utilidad como indicio o para precisar circunstancias relacionadas con ese acto, razón por la cual debe admitirse (*cfr.*, núm. 72).

f) PRUEBAS PEDIDAS PARA DEMOSTRAR UN HECHO QUE GOZA DE PRESUNCIÓN LEGAL O DE DERECHO. La diferencia entre estas dos clases de

presunciones radica en la posibilidad de probar en contrario, pero en ambas el hecho presumido no requiere prueba de ninguna clase. Por lo tanto, resulta claramente inútil la práctica de medios para corroborar lo presumido, y el juez debe rechazarlas por economía procesal; a menos que, si la presunción es legal, la parte contraria aduzca pruebas para desvirtuarla.

En este sentido dice FENECH<sup>49</sup> que el hecho no debe estar exento de prueba, y PLANIOL y RIPERT manifiestan que es inútil la prueba cuando la ley reputa como ciertos determinados hechos en virtud de presunciones generales<sup>50</sup>.

Los hechos presumidos legalmente pueden ser objeto abstracto de prueba, y así entendemos la observación de CAENELUTTI en contra de su exclusión del campo de la prueba<sup>51</sup>; pero es inútil incluirlos en el tema de prueba, porque sin ella debe declararlos el juez (*cf.*, núms. 43-44) y la práctica de las pedidas es manifiestamente inútil.

g) PRUEBAS PARA ESTABLECER O DESVIRTUAR HECHOS DECLARADOS EN SENTENCIA ANTERIOR CON VALOR DE COSA JUZGADA. Sin que se trate de una presunción o ficción de verdad<sup>52</sup>, el hecho declarado en sentencia previa con valor de cosa juzgada entre quienes son partes en el nuevo litigio, no requiere más prueba que la copia de dicha sentencia y de su notificación y ejecutoria. Por lo tanto, resulta claramente inútil practicar otras con el mismo fin tal como ocurre en el caso anterior, o para que se niegue su existencia, por lo cual el juez debe rechazarlas por economía procesal. En el núm. 46, punto d), vimos que precisamente estos hechos están excluidos del tema de prueba.

h) PRUEBAS DE HECHOS NOTORIOS E INDEFINIDOS. Como lo advertimos en el núm. 46, punto g), y 47, la doctrina acepta, no sin discusión, que los hechos notorios están exentos de prueba, y en forma unánime los que tienen la condición de indefinidos, sean negaciones o afirmaciones. En el primer caso la prueba es posiblemente inútil; pero, a menos que la ley consagre el procedimiento de una declaración previa del juez sobre su notoriedad, con fuerza vinculativa para la sentencia, resulta prudente y por tanto útil aducir pruebas sobre tal hecho, de manera que el juez no puede rechazarlas, en especial el de primer grado, porque existe la posibilidad de que en la segunda instancia el tribunal adopte un criterio distinto sobre dicha notoriedad y, por consiguiente, quede faltando la prueba. El caso de los hechos indefinidos es más claro, porque la prueba resulta entonces imposible y para la apii-

<sup>49</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 596.

<sup>50</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, ed. cit., t. VII, núm. 1413, pág. 736.

<sup>51</sup> CAENELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 4, pág. 17, n. 20.

<sup>52</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núms. 452-453, y *Nociones generales de derecho procesal*, núms. 255-256.

cación del principio que los exime de prueba basta que el juez reconozca que ésa es su naturaleza, cuestión relativamente sencilla de apreciar.

En estos dos casos no existe presunción legal sobre el hecho, sino simples reglas jurídicas originadas en la doctrina y la lógica, que, aun cuando no estén incluidas en la ley procesal, debe aplicarlas el juez.

i) **HECHOS PROBADOS YA PLENAMENTE POR OTROS MEDIOS.** En principio parece clara la inutilidad de la prueba para estos hechos; por ello L. PRIETO CASTRO<sup>53</sup> dice que el juez debe rechazarla si no produce ningún resultado apreciable cuando ya la convicción del juez esté formada; pero no siempre resulta así en el momento de resolver sobre su admisión. Cuando se trata de hechos o actos que están sometidos a una prueba solemne y ésta existe, como escritura pública o acta de estado civil, no hay dificultad en rechazar, por innecesaria, la práctica de otras (como testimonios o dictámenes parciales), a menos que se trate de establecer circunstancias o modalidades de tales hechos o de desvirtuar la prueba que en contrario aduzca la otra parte. Por esta razón, si se piden declaraciones de testigos para que digan simplemente que se celebró la compraventa del inmueble, cuya escritura pública registrada obra en el proceso, sin que se esté discutiendo su realidad ni afirmando su simulación, es evidente la inutilidad de la recepción de esas declaraciones y por ello deben rechazarse. Cuando la prueba aducida no es *ad solemnitatem* y el juez la considera suficiente, como la confesión o varias declaraciones o un dictamen de peritos, ante la posibilidad de que el superior le encuentre deficiencias, resulta muy difícil rechazar la que para mayor abundamiento pida el interesado, y por esto creemos que debe admitirse.

Sin embargo, cuando la ley procesal consagre la declaración judicial previa de los hechos confesados o admitidos, para excluirlos del tema de prueba y dejarlos como definitivamente fijados, sin que las partes ni el mismo juez o su superior puedan luego discutirlos, la inutilidad de otros medios resulta evidente y su rechazo es imperativo. Esto no ocurre en nuestro procedimiento civil.

j) **HECHOS ADMITIDOS O CONFESADOS POR AMBAS PARTES.** Cuando ha existido admisión expresa por el demandado de un hecho afirmado en la demanda o por el demandante de uno afirmado como excepción, que sea susceptible de prueba por confesión, como aquélla tiene el valor de ésta (C. de Pr. C. colombiano, art. 607), tal hecho queda probado para efectos del proceso. Esto hace que algunos autores consideren inadmisibles la práctica de pruebas para el mismo fin en razón de su inutilidad<sup>54</sup>. Otros dicen que el hecho admitido queda excluido del tema

<sup>53</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Parte general, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, pág. 409.

<sup>54</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 450; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, t. VII, núm. 1413, pág. 756; ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, págs. 531-532.

de prueba, porque la admisión la dispensa <sup>55</sup>, lo cual no implica necesariamente su inadmisibilidad, a menos que una norma legal la consagre expresamente o en forma tácita, por ejemplo, estipulando que el hecho admitido queda excluido del debate probatorio; es decir, el hecho admitido queda fuera del tema de la prueba en el sentido de que la parte que lo afirma no necesita aducir ninguna para establecerlo si es susceptible de prueba de confesión (*cfr.*, núm. 46 *a*), pero esto no significa que sean inadmisibles las pruebas que a pesar de ello quieran aportarse, a menos que una norma legal lo estatuya, como parece ser el caso de los arts. 549 y 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, citados por DE LA PLAZA y ARAGONESES.

k) HECHOS NO ALEGADOS EN LA DEMANDA NI EN SU CONTESTACIÓN O EN LOS ESCRITOS DE EXCEPCIONES. Al tratar sobre la pertinencia de la prueba (*cfr.*, núm. 96, punto *g*), estudiamos este aspecto y llegamos a la conclusión de que, salvo norma expresa en contrario, no debe rechazarse la prueba por motivo de que el hecho a que se refiera no aparezca en esos escritos. Nos remitimos a lo expuesto allí.

l) PRUEBAS SIMULTÁNEAS PARA UN MISMO FIN U OPCUESTAS ENTRE SÍ. RICCI se pregunta si son admisibles simultáneamente dos medios encaminados a un mismo fin y a continuación se decide por la solución negativa, aun sin norma expresa que la consagre, cuando uno de ellos es suficientemente decisivo, porque el otro resultaría inútil <sup>56</sup>. Tampoco aceptamos esta tesis, pues para rechazar una de las pruebas sería menester un prejuzgamiento sobre el mérito de la otra y por lo tanto, sobre el hecho que se quiere probar, aun antes de practicarla, lo que nos parece injurídico; además, 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 pierda su valor de convicción. Sería una peligrosa limitación al derecho de probar y al más general de defensa.

RICCI <sup>57</sup> sostiene que el juez debe negar la admisión de la prueba solicitada si está convencido de que con otras ya practicadas el hecho a que se refiere "resulta ya excluido de un modo cierto de los resultantes del litigio" y existe, por lo tanto, oposición entre ellas, puesto que "es inútil proponerse probar lo que por otros medios legales resulta ya excluido o rechazado". No compartimos esta opinión, porque conduce a un prejuzgamiento sobre la inexistencia del hecho y desconoce el derecho de contradicción que puede ejercitarse no solamente discutiendo las pruebas del adversario, sino produciendo otras que traten de desvirtuarlas; sólo cuando se califique el acervo común probatorio

<sup>55</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 340, y ed. de 1956, págs. 353-354.

<sup>56</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., núm. 10, págs. 31-32.

<sup>57</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 88, pág. 30.

está el juez en condiciones de dar por definitivamente excluido o rechazado un hecho.

Sólo la existencia de una presunción de derecho o de una cosa juzgada sobre la existencia o inexistencia del hecho que se trate de probar, autoriza al juez para negar la admisión de las pruebas pedidas en sentido contrario, como lo vimos en los puntos *f* y *g* de este número.

El caso similar de la admisibilidad de dos medios de prueba opuestos entre sí, es decir, de prueba y contraprueba no presenta dificultad. LESSONA lo estudia<sup>58</sup> y concluye aceptándola, porque juzga conveniente prevenir contra la eventualidad del resultado de la prueba aducida por la parte contraria, aun antes que se practique. Estamos de acuerdo con esta tesis, y opinamos que es hasta necesario pedir las pruebas que puedan desvirtuar las del adversario, antes de su práctica, sea por existir un término previo para su solicitud y otro posterior para su práctica, o porque se otorgue un término común, pero relativamente breve, tanto para la solicitud como para el decreto y la práctica de las pruebas. Si no se obra de esa manera, se perderá la oportunidad procesal para solicitar las pruebas.

Cuando los dos medios de prueba cuyo contenido aparece opuesto son solicitados por la misma parte, tampoco puede el juez rechazar su admisión, porque mientras no se practiquen le será imposible conocer cuál de ellos corresponde a la realidad, o si debe negarles todo mérito de convicción en virtud de esa contradicción.

#### 98. Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho

Quienes confunden la conducencia con la no pertinencia o irrelevancia de la prueba, necesitan agrupar en el requisito intrínseco de la ausencia de prohibición legal, además de la prohibición de investigar el hecho, los casos que nosotros consideramos como propiamente de inconducencia (*cfr.*, núm. 95), a saber: *a*) que el medio aducido esté prohibido en general por la ley; *b*) que dicho medio, válido en general como instrumento de prueba, esté prohibido en particular por la ley, respecto al hecho que quiere probarse, o sea, que exista expresa ineptitud legal de tal medio para el caso concreto; es decir, los casos de prohibición legal para utilizar el medio propuesto con cualquier fin probatorio o sólo respecto al hecho concreto que se pretende demostrar. Pero si se le da al concepto de inconducencia el sentido estricto que le corresponde y que comprende los dos casos enunciados, en este nuevo requisito se contempla únicamente la posibilidad legal de investigar o probar el hecho, independiente de los medios utilizados para ello, cuestión que estudiamos al tratar el tema de la prueba (*cfr.*, núms. 43-44).

<sup>58</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 235, págs. 280-282.

A la inversa, 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 (*cfr.*, núm. 95). No importa que la ley procesal no diga expresamente que es inadmisibles la prueba cuando exista esta prohibición, porque ella implica tal requisito.

En materia civil se prohíbe investigar algunos hechos en defensa de la moral<sup>59</sup>. Ejemplos de estas prohibiciones encontramos en materia de investigación civil de paternidad, cuando se trata de relaciones sexuales incestuosas o adulterinas en cuanto a la mujer se refiere (la presunción de paternidad del marido no puede ser impugnada por terceros, en vida de aquél), y de filiación natural después de muerto el padre o aun en vida de éste, en algunos países (prohibición injustificable); los últimos casos no se justifican y no se encuentran en el derecho romano ni en la antigua jurisprudencia francesa, como observa BONNIER<sup>60</sup>. También en materia penal existen algunas prohibiciones, por lo cual se incluye éste entre los requisitos de la prueba penal<sup>61</sup>.

Siempre que exista prohibición legal debe rechazar el juez la prueba, por razones de economía procesal y porque su admisión sería un acto ilegal e ilícito<sup>62</sup>.

### 99. 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 (*cfr.*, núm. 31, punto 12) y del procedimiento<sup>63</sup>.

Es obvio que el derecho de probar correspondiente a las partes y que el poder oficioso del juez para decretar y practicar pruebas, deben ser ejercitados en las oportunidades que la ley procesal señala, so pena de ineficacia e inclusive de nulidad en cuanto a los actos del juez<sup>64</sup>. De lo contrario, se afectaría el derecho de defensa y la adecuada contra-

<sup>59</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 64, pág. 83.

<sup>60</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1913-1914, t. I, núm. 64, pág. 83.

<sup>61</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 596.

<sup>62</sup> BONNIER y FENECH: Citas anteriores y autores citados al tratar de la inconducencia, en el núm. 704.

<sup>63</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 42 F, y *Nociones generales*, número 19 F.

<sup>64</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núm. 547, y *Nociones generales*, número 314.

dicción de la prueba, al mismo tiempo que se facilitaría la improbidad y deslealtad de las partes (*cfr.*, núm. 31, puntos 6 y 7).

La prueba aducida inoportunamente, así sea documental, no puede ser considerada por el juez, "so pena de violar el principio de que debe juzgar *justa allegata et probata*" según concepto de LESSONA<sup>65</sup>, porque lo probado se entiende con las formalidades y requisitos establecidos en la ley. En cambio, si la prueba ha sido pedida y decretada en tiempo, su práctica fuera del término especial que para ello se establezca en cada instancia no debe impedir que el juez la considere en todo su valor, porque se satisfacen los requisitos de publicidad y contradicción.

### 100. 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 una 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 immaculación del medio y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del funcionario, que estudiamos en el capítulo VI (*cfr.*, núm. 31), y no se oponen al sistema de la libertad de apreciación de las pruebas en el proceso civil (*cfr.*, núms. 27 y 94).

Estas formalidades son de marcado interés público, porque representan requisitos procesales que son ritualidades de orden público<sup>66</sup> y garantizan la obtención del fin de la prueba, que es igualmente de interés público (*cfr.*, núms. 31 y 55). Por esto consideramos un error de LESSONA decir<sup>67</sup>, que la intervención de las partes "en cuanto pueda garantizar mejor la veracidad de los testigos o de los peritos, es cosa de puro interés privado"; por el contrario, hay un claro interés público en que exista una adecuada publicidad y contradicción de la prueba, para que gracias a ella pueda cumplir el proceso el fin público a que está destinado (*cfr.*, núm. 31).

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 ejercitar su derecho a conocerlas oportuna-

<sup>65</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., núm. 194, pág. 236.

<sup>66</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, página 43.

<sup>67</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 253, pág. 299.



mente y contradecirlas. En el proceso penal es más elástico este requisito en la etapa investigativa; pero en el civil, inclusive inquisitivo, debe ser cumplido rigurosamente<sup>68</sup>.

En cuanto al modo, pueden mencionarse estas formalidades: a) la exigencia del escrito en papel oficial, para la petición, la ordenación y su práctica, en el procedimiento escrito, o de la solicitud y decreto verbal en la audiencia; b) ciertas explicaciones y detalles de redacción en la solicitud, para que el juez y las partes puedan apreciarla y éstas además contradecirlas; c) la intermediación del juez de la causa cuando la exige la ley, que debiera ser imperativa para todos los medios, mientras no sea necesaria la comisión (*cfr.*, núm. 31, punto 13); d) atestación de ciertas personas distintas del juez, como el secretario generalmente y los peritos y testigos actuarios en las inspecciones judiciales; e) el idioma nacional o su traducción por personas oficialmente autorizadas o por peritos designados en debida forma<sup>69</sup>.

Dice SCHÖNKE<sup>70</sup>: "Es inadmisibles cualquier petición inquisitiva de prueba, esto es, una proposición de prueba en la que no se determinen los hechos que han de averiguarse o los medios de que se vaya a servir; no cabe, por ejemplo, la petición de que se interrogue como testigo a una persona porque sabe algo importante sobre el tema probatorio." En el proceso penal, sin embargo, pueden solicitarse pruebas en esa forma, porque al juez le basta saber que tienen algún interés para la investigación y oficiosamente formula los interrogatorios o señala los puntos de las diligencias o partes de los documentos. Cuando el juez civil o laboral tenga facultades inquisitivas, puede también completar la deficiente solicitud de las partes, como lo hace el juez penal, puesto que oficiosamente podría ordenar esas pruebas; cuando rige un sistema dispositivo (como el actual colombiano para el proceso civil), la deficiente solicitud del medio conduce a su rechazo y a la pérdida de la oportunidad procesal de practicarlo o aducirlo, pero debe tenerse un criterio amplio.

Como sucede con la preclusión de la etapa procesal respectiva, las informalidades de día y hora hábiles, lo mismo que de modo y lugar para su ordenación y práctica, afectan de invalidez el acto del juez, pero 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.

Se incluyen en estas formalidades y resultan implícitos en las de tiempo, modo y lugar, los requisitos fundamentales de la publicidad, contradicción, igualdad de oportunidades para las partes e imparcia-

<sup>68</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 158; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1902, pág. 344.

<sup>69</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núm. 159.

<sup>70</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 207.

lidad del juez, estudiados en el número 31. Y el principio de la inmaculación de la prueba, que allí mismo enunciamos, significa que debe procurarse que resulte libre de vicios e informalidades.

La contradicción adecuada se cumple otorgándole a las partes la oportunidad procesal para ejercitarla, pero en la práctica su eficacia depende de la actividad e inteligencia de aquéllos o de sus apoderados. La colaboración de las partes es fundamental y definitiva para la suerte de la prueba; en el inquisitivo tiene menos importancia, pero la conserva, porque en muchas ocasiones es indispensable esa colaboración para que el juez conozca los hechos y las pruebas que puede ordenar oficiosamente, por lo cual muchos autores aceptan que en el proceso penal existe para el sindicado una verdadera carga de prueba, cuando sólo por su intermedio pueden establecerse ciertos hechos o circunstancias que lo favorecen (*cfr.*, núm. 126).

El conjunto de estas formalidades constituye el procedimiento de la prueba en todas sus fases, de orden público e interés general, como hemos dicho, y está sometido a un orden especial, de acuerdo con la ordenación del proceso, que GUASP cataloga en seis etapas<sup>71</sup> y que corresponde a las distintas fases estudiadas en el capítulo XII (*cfr.*, números 67-74), a saber: petición genérica de la prueba (para que se abra a pruebas el juicio, que en muchos procesos no es necesaria, *cfr.*, núm. 71); petición específica de los medios de prueba; práctica de las pruebas, y apreciación o valoración de éstas. Puede agregarse la etapa previa del aseguramiento de la prueba (*cfr.*, núm. 70).

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, como de un dictamen de peritos o de testimonios o de una inspección judicial. LESSONA<sup>72</sup> considera que los jueces no pueden establecer el orden con que bayan de practicarse las pruebas, a menos que la parte interesada lo solicite, sino que deben practicarlas simultáneamente, cualquiera que sea su naturaleza y objeto, aunque parezcan contradictorias; nosotros creemos, por el contrario, que en ocasiones hay cierto orden lógico que debe respetarse, para garantía de la eficacia de las pruebas, y que el concepto de LESSONA es aceptable sólo cuando esto no ocurre.

La ordenación de las pruebas tampoco se somete a un orden determinado; por el contrario, el juez debe ordenarlas a medida que las partes se lo soliciten o que lo considere conveniente si dispone de facultades inquisitivas<sup>73</sup>. Es obvio que la ordenación debe preceder a la

<sup>71</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 348.

<sup>72</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 239, págs. 282-283.

<sup>73</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 239, págs. 282-283.

práctica o ser simultánea con ella; pero la última lleva implícita la primera, cuando se trata de pruebas recibidas en el curso de diligencias (*cfr.*, núms. 72-73).

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 extrajudicial o aseguramiento previo. Las copias expedidas sin la autorización del funcionario o con ésta pero ilegalmente, carecen de valor, lo mismo que las pruebas extrajudiciales que no reúnan los requisitos necesarios; las últimas deben ser, además, ratificadas en el curso del juicio cuando no se practicaron con citación de quien es parte en el proceso, pues de lo contrario se violaría el principio fundamental de la contradicción (*cfr.*, núm. 31, 7<sup>o</sup>)<sup>74</sup>.

### 101. 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 valen únicamente para el incidente o la cuestión específica que motiva su intervención y deben referirse a ésta. Esto lo estudiamos al tratar el derecho subjetivo de probar (*cfr.*, núm. 12), del principio general de la legitimidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31) y de la proposición y presentación de pruebas (*cfr.*, núm. 71). Por consiguiente, si quien solicita o presenta la prueba no tiene la adecuada legitimación para hacerlo, el juez debe rechazarla.

Pero, como sucede con todos los derechos procesales, la ley exige que se ejercite por quien sea abogado inscrito en el despacho judicial respectivo o por conducto de apoderado que tenga esa calidad; es lo que suele denominarse derecho de postulación<sup>75</sup>. 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 inscrito que le sirva de apoderado, se cumple el requisito.

Por otra parte, la prueba debe ser admitida u ordenada de oficio 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 refiera a puntos concretos materia de ella (*cfr.*, núm. 44). La legitimación del juez puede calificarse de competencia específica para el acto de prueba: admisión, recepción, práctica,

<sup>74</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 78.

<sup>75</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núm. 377, y *Nociones generales*, número 218.

valoración; puede haber para uno y para otro, por ejemplo, para recibir un testimonio y no para admitir nuevos o aceptar documentos, o para admitir, mas no para valorar pruebas, como cuando las admite un comisionado que no debe adoptar decisión alguna con base en ellas. Pero el juez puede ser competente para conocer del proceso y carecer de legitimación para un acto de prueba, verbigracia, para decretarla oficiosamente o a solicitud de parte (lo último es frecuente en la segunda instancia, cuando la ley limita las pruebas que pueden admitirse, como sucede en los procesos ordinarios y especiales nuestros)<sup>76</sup>. Por consiguiente, la legitimación del juez para la prueba no se confunde con su competencia general.

Tanto la legitimación de las partes e intervinientes, como la del juez, está limitada por los demás requisitos extrínsecos que estudiamos en este capítulo.

## 102. 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 implique, como es obvio. Esa competencia general es, por lo tanto, otro requisito para todas las fases de la prueba.

Cuando el juez tiene competencia general para el proceso o la comisión, es indispensable que además disponga de facultad legal para ejecutar el acto concreto de prueba (admisión, ordenación, práctica, valoración), lo cual constituye una especie de competencia específica, que es mejor denominar legitimación para el acto, como lo indicamos en el número anterior (*cfr.*, núm. 68).

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 y el decreto en segunda instancia, fuera de los casos autorizados en la ley u oficiosamente en ambas instancias cuando no dispone de facultad inquisitiva o para mejor proveer (*cfr.*, núms. 22, 58 y 94). El juez comisionado sólo adquiere competencia para el objeto preciso de la comisión, mas cuando se trata de diligencias de inspección judicial o entrega y sequestro 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 valor, sin que sea necesario declarar su nulidad.

La competencia es necesaria inclusive para la práctica extrajudicial de pruebas, con un propósito de aseguramiento (*cfr.*, núm. 70); no obstante, su ratificación en debida forma y en el curso del proceso

<sup>76</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núms. 485-487.

sanea el vicio que pueda existir. Si el juez es incompetente, mas no se alega la nulidad en el curso del proceso, el vicio se sana con la sentencia final, y, por lo tanto, quedan válidos los actos de prueba que allí se ejecutaron, sin que sea posible alegar tal nulidad en juicio posterior. Si la parte interesada reclama oportunamente la falta de competencia o el juez la observa oficiosamente, pero la ley mantiene su validez 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 ratifica o allana legalmente la nulidad o se revalida a pesar de haberse ya declarado <sup>77</sup>.

Más adelante veremos el valor que pueden tener las pruebas practicadas en un proceso nulo por falta de competencia del juez, tanto en el mismo proceso como en otro posterior (*cfr.*, núm. 109).

### 103. 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 órganos auxiliares de la prueba, esto es, a sus sujetos y órganos (*cfr.*, núms. 57-60).

La capacidad del funcionario judicial tiene dos aspectos: en sentido estricto es la capacidad jurídica general y la capacidad procesal, esto es, ser persona o sujeto de derechos, ser mayor de edad, gozar de las facultades mentales, no ser sordomudo que no pueda hacerse entender por escrito, no estar en interdicción por otros motivos; en sentido amplio comprende además la competencia y la habilidad para los actos de prueba y para cada uno en particular, estudiadas en el número anterior <sup>78</sup>.

La capacidad jurídica general debe ser examinada para el nombramiento del juez o magistrado y se requiere para la subsistencia del cargo. Un interesante y difícil problema puede presentarse respecto a los actos procesales, entre éstos los probatorios, realizados por un juez en estado de demencia o incapacidad mental de cualquier género, antes de ser removido del cargo; si son impugnables y se ejercitan los recursos legales, el remedio se tiene con la revocatoria del superior o de quien lo reemplaza, en apelación o reposición (teóricamente puede contemplarse la casación, pero es inverosímil que se presente esa incapacidad en todos los magistrados del tribunal que intervienen en la sentencia de segundo grado); si no hubo impugnación o sólo correspondía reposición y fue negada por el mismo juez, cuando lo actuado

<sup>77</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núms. 544, 552 y 559.

<sup>78</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, núms. 154-155.

resulte ilegal debe aceptarse el remedio de la nulidad, a pesar de que ésta no se halle expresamente contemplada en la ley procesal<sup>79</sup>.

La ausencia de impedimentos legales para el funcionario constituye la capacidad subjetiva y como rige para los actos del proceso en general, por consiguiente rige para los de prueba en particular, por ejemplo, cuando se trata de juez comisionado. El parentesco, la calidad de acreedor o deudor y la amistad o enemistad del funcionario con el testigo o perito no constituyen impedimento para el acto de prueba, porque no se trata de juzgar su conducta ni sobre sus intereses, ni las decisiones que se adopten los vinculan u obligan. Quien está impedido para el proceso lo está para los actos de prueba, y el comisionado que estaría impedido para aquél, resulta inhabilitado para la comisión que tenga por objeto practicar o recibir pruebas.

La capacidad de las partes se requiere para ser sujetos del proceso (capacidad en general) y para comparecer por sí mismas 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 y deben ser examinados por el juez en el momento de resolver sobre su admisibilidad, para rebazar las peticiones de quien carezca de ella, pues de lo contrario se incurre en nulidad de su actuación por ilegitimidad de personería adjetiva<sup>80</sup>.

La capacidad es necesaria como regla general para los actos de prueba de los órganos o auxiliares, aunque hay excepciones.

Tanto los testigos como los peritos están sujetos a impedimentos o inhabilidades por parentesco y otras causas que hacen posible su parcialidad. Para los primeros se exige también la capacidad moral, que consiste en no haber sido condenados en sentencia ejecutoriada por perjurio o falsedad; por ello, cuando falta esa capacidad están impedidos para toda clase de declaraciones en juicio.

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, o por dolo, por lo cual incluimos entre los principios fundamentales de la prueba judicial el de su naturalidad o espontaneidad (*cf.*, núm. 31) y entre las causales de nulidad procesal en general la violencia o el dolo<sup>81</sup>. Estos vicios pueden afectar los actos de las partes, del juez y de los testigos, peritos e intérpretes, pero son vicios que 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 para su nulidad

<sup>79</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núms. 540, 547 y 557, y *Nociones generales*, núms. 314 y 316.

<sup>80</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núms. 373-375, y t. IV, núms. 545 y 550; *Nociones generales*, núms. 215, 216 y 314-322.

<sup>81</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núm. 364, y t. IV, núm. 540 d.

posteriormente cuando se trate de actos de partes o del juez, y éste debe proceder de oficio cuando tenga conocimiento procesal de ellos o se hayan ejecutado sobre su persona, como explicamos en los números citados; el dolo de testigos o peritos puede alegarse en incidente de la falsedad o como objeciones al dictamen.

La violencia del juez para obtener la confesión o testimonio, hace que la prueba sea ilícita e inexistente o nula, como lo veremos (*cf.*, núm. 137, *m*).

Explica claramente FLORIAN<sup>82</sup> que, si bien para muchos actos de prueba no se requiere una voluntad madura y normal (testimonios, por ejemplo), sí es indispensable en el sentido de que deben ser ejecutados voluntariamente, sin imposición ni coacción. De ahí la carencia de valor formal de los medios de prueba afectados de dolo, violencia o error. El dolo vicia el acto del testigo o perito y transforma su acto en delito, pero no lo afecta de nulidad, sino que lo hace ineficaz para el fin propuesto, e inclusive da acción de revisión de la sentencia final, en recurso extraordinario, cuando ha sido decisivo para su contenido (*cf.*, t. II). El dolo causa además error en el acto del sujeto que lo sufre. La violencia, según FLORIAN, no anula el acto, pero debe tenerse en cuenta al apreciarlo, y, si es el caso, se debe repetir el interrogatorio (en esto discordamos de FLORIAN, pues para repetir ese interrogatorio es necesario declarar la nulidad de la prueba, como nosotros sostenemos; además, para probarlo es necesario un incidente, si el término de pruebas está vencido, lo cual ocurrirá generalmente). El error de la parte o del testigo o perito puede ser corregido por ellos y no causa nulidad (en esto estamos de acuerdo, también puede probarse el del testigo o perito por la parte perjudicada, en incidente de objeciones al dictamen y mediante las pruebas que aporte en sentido contrario a la declaración del primero; la corrección del error por el mismo perito o testigo está sujeta a preclusión del momento procesal oportuno, como veremos al examinar estos medios en particular).

Para que la prueba sirva, es indispensable que esté libre de estos vicios, por lo cual uno de los principios generales que rige es el de su imaculación (*cf.*, núm. 31).

La nulidad procesal de los actos de prueba puede extenderse a otros actos del proceso, como en los vicios de incompetencia del juez de la causa e incapacidad general de las partes, pero puede afectar únicamente ese acto, como cuando se trata de incompetencia de un funcionario comisionado para decretar o practicar una prueba determinada. No siempre el acto nulo contamina el proceso<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 156.

<sup>83</sup> DEVIS ECHANDIA: *Tratado*, t. IV, núms. 540 H y 555; *Noiones generales*, núm. 320.

## CAPÍTULO XV

### DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SUS REQUISITOS ESPECIALES

#### 104. 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 la ley lo permite.

Varias situaciones pueden presentarse en relación con esta prueba.

#### 105. Pruebas practicadas en juicios 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 opone, 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>1</sup>; en cambio, en la segunda hipótesis debe distinguirse si la parte contra quien se opone la prueba es o fue parte en el juicio en que se practicó o admitió, o si, por el contrario, estuvo ausente de él; en el primer caso, tampoco se requiere su ratificación, aun cuando quien la aduzca no haya sido parte en dicho proceso por haber cursado o estar tramitándose entre ese ponente y varias personas, en razón de que tal circunstancia no altera la debida contradic-

<sup>1</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núms. 15 y 16, págs. 44 y 49; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 12-13, págs. 12 y 15; ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, págs. 108-112; ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Bosario, 1962-1963, págs. 85 y 143.



ción que allí tuvo por aquél; en el segundo, como la prueba no puede producir efectos contra quien no fue parte en el proceso donde se admite o practica, por prohibirlo el principio de la contradicción, es indispensable proceder a su ratificación<sup>2</sup>.

Sin embargo, no necesitan ratificación los documentos auténticos, ni los documentos privados no reconocidos, aunque éstos conservan esa condición si provienen del oponente que no fue parte en el otro proceso, a pesar de que allí no hayan sido objetados ni 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, ni opera el reconocimiento tácito cuando la parte obligada con el documento no está presente en el juicio. En cambio, si el obligado con el documento es un tercero y fue parte en el otro proceso y no lo objetó o lo reconoció, adquiere autenticidad *erga omnes* y, por lo tanto, debe ser aceptada en el nuevo proceso, sin necesidad de ratificación, porque el reconocimiento es un acto personal del obligado; pero si en el primer proceso se declaró auténtico en virtud de otras pruebas, a pesar de haber sido objetado o tachado de falso, como esa decisión sólo obliga a quienes fueron partes en él o a sus causahabientes<sup>3</sup>, en el nuevo proceso contra un tercero debe considerarse como no auténtico mientras no se demuestre lo contrario, lo cual puede establecerse ratificando las pruebas practicadas en el anterior o por otras.

## 106. 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 manifieste si es cierto lo que entonces dijo o si ratifica lo dicho; no es necesario repetir la declaración ni copiarla de nuevo, ya que su texto obra en el expediente.

Para que sea posible la ratificación de dictámenes de peritos, es necesario que la ley procesal le otorgue al juez y no a las partes la facultad de designarlos, de suerte que el oponente en el nuevo juicio no pueda alegar que se le desconoce su derecho a participar en su nombramiento (como sucede en nuestro derecho laboral), y que además se otorgue en el último proceso la oportunidad para solicitar aclaraciones y objetarlo, pues de otro modo no se cumpliría el requisito esencial de su contradicción.

<sup>2</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 11-12, pág. 13.

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDIA: *Tratado*, t. III, núm. 458, y *Nociones generales*, número 262.

Los hechos observados por el juez en una inspección judicial y relacionados en el acta hacen fe, pero entre las partes del juicio en que se practica; la practicada en otro proceso, tiene la misma calidad para quien fue parte en él. La ratificación de estas diligencias no es posible, porque equivale a practicarlas de nuevo por el juez de la causa, y, por tanto, lo procedente es solicitar nueva inspección; no obstante, frente a terceros constituyen un indicio más o menos grave en el nuevo proceso, según la naturaleza de los hechos examinados y la convicción que de ellas resulte, de acuerdo con el criterio del juez de la causa.

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. Cuando la confesión judicial es de un tercero, tiene en el nuevo juicio valor de testimonio y debe ratificarse por el confesante (*cfr.*, núms. 152, 155 y t. II).

Naturalmente, contra la prueba trasladada puede aducirse nueva prueba, conforme a los principios generales.

#### 107. 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<sup>4</sup>; de ahí que se deban trasladar las pruebas en copias o desgloses, para que las pueda estudiar y apreciar, pues otra cosa es que no necesiten ratificación por tratarse de pruebas ya controvertidas por el oponente en ese proceso<sup>5</sup>.

#### 108. Pruebas practicadas extrajuicio

Cuando la prueba extrajuicio se haya practicado 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 no necesita ratificación; cuando se trata de declaraciones extrajuicio sin citación de la parte contra quien se aducen es indispensable pedir su ratificación. Las inspecciones judiciales sin citación de esa parte contraria apenas tienen el valor de indicios, como lo acabamos de explicar.

<sup>4</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 13, págs. 13-14.

<sup>5</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núm. 467, y *Nociones generales*, número 270.

Estas últimas actuaciones son simples “informaciones judiciales”, como las califica LESSONA <sup>6</sup>.

### 109. Pruebas practicadas en un juicio anulado

La cuestión de saber qué valor tiene la prueba practicada en un juicio anulado en su totalidad o parcialmente, pero desde un momento procesal anterior a la etapa probatoria, es interesante y de difícil solución. A primera vista parece que la prueba debe sufrir la misma suerte de los demás actos procesales afectados por la nulidad, y que, por lo tanto, queda sin ningún valor para ese proceso y para otros posteriores; sin embargo, la doctrina ha vacilado sobre el particular, y, al ahondar en el estudio del problema, ya no resulta tan fácil su solución.

LESSONA <sup>7</sup> dice al respecto: “Si es evidente que estas pruebas pierden todo su valor en el juicio anulado, es discutible, en cambio, si lo conservan en otro juicio. Nosotros creemos necesaria una distinción. Si la nulidad se produce por falta de elementos esenciales en el juicio o por violación de la ley en la admisión o ejecución de la prueba, entonces la prueba pierde toda su eficacia, mientras la conserva cuando la nulidad ocurre por otros motivos.” Y más adelante agrega <sup>8</sup>: “Las pruebas simples practicadas en un juicio precedente conservan su eficacia inicial en otro juicio posterior entre las mismas partes: ... b) también en el caso de que el juez se declare o sea declarado incompetente”; de modo que para este ilustre profesor la nulidad por falta de competencia está dentro de los casos de excepción que contempla en la frase final del primer párrafo transcrito, y no impide que la prueba conserve su valor.

RICCI <sup>9</sup> comparte el concepto de LESSONA sobre la validez de la prueba practicada en el juicio anulado por falta de competencia del juez. En efecto, plantea la cuestión así: “Si el juez que, con intervención de las partes y habiendo observado las formalidades legales, ha practicado las pruebas, se declara luego incompetente, o bien el juicio se anula por el tribunal superior por razón de incompetencia, ¿conservan su eficacia las pruebas practicadas?” Y responde categóricamente: “Ahora bien, ¿la incompetencia del juez impide la intervención de las partes, o hace considerar como no observadas las formalidades legales? Claro es que no; por lo tanto, es lógico que no

<sup>6</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, número 18, pág. 21.

<sup>7</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, número 48, pág. 53.

<sup>8</sup> LESSONA: Ed. cit., t. I, núm. 48, pág. 53.

<sup>9</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 17, págs. 49 y 51.

debe quitar eficacia a la prueba misma." Más adelante agrega que en la misma forma opina el Tribunal de Casación de Nápoles.

ALZATE NOREÑA<sup>10</sup> es de igual opinión, pero va más adelante y extiende su tesis a todo caso de nulidad del juicio, si no se refiere a la prueba, advirtiendo que existe jurisprudencia contraria de nuestros tribunales.

Observamos, en primer lugar, que cuando LESSONA dice que la prueba practicada en un juicio anulado pierde todo su valor en ese juicio, parece referirse a cuando la nulidad es total y el juicio concluye por esa causa, sin que se reponga en el mismo expediente el trámite anulado, lo cual nos parece evidente e indiscutible; pero si el demandante formula de nuevo su demanda y se inicia el proceso otra vez, se tiene el caso de la prueba en otro proceso, cuya validez depende de la causa que motivó la nulidad, de acuerdo con la distinción que hace dicho tratadista. No contempla expresamente el caso de una nulidad parcial del juicio, que comprenda la etapa probatoria o una parte de ésta, cuya declaración retrotrae el proceso pero no lo termina, y no creemos que pueda aplicarse entones su concepto sobre invalidez de la prueba en el mismo juicio anulado, porque la situación resulta de este modo idéntica a la que se presenta en el nuevo proceso entre las mismas partes.

Nos parece contradictorio e inaceptable reconocerle validez a la prueba de un juicio anulado, en otro posterior entre las mismas partes o entre otras con el requisito de la ratificación, cuando ésta es procedente, y negarla dentro del mismo proceso cuando deba reponerse la parte anulada, si las causas que motivaron esa nulidad son unas mismas. 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, 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 y es inválida.

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

<sup>10</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 110.

prueba, por pretermisión grave del procedimiento diferente del trámite de la prueba misma o por violación de garantías constitucionales en perjuicio de quien aduce la prueba o de terceros, debe reconocérsele validez para el mismo juicio o para otro posterior, entre las mismas partes (o entre terceros con el requisito de la ratificación, si es procedente); en cambio, si la nulidad se decretó por falta de citación o emplazamiento legal o de capacidad o representación adecuada o postulación, o por violación de garantías constitucionales de la parte contra quien se opone la prueba (en estos casos falta la debida contradicción) o por pretermisión del trámite procesal de las mismas pruebas u otros vicios que las afectan en forma directa (como la incapacidad por demencia del juez que las ordenó y practicó ilegalmente, estudiada en el número 103), las pruebas quedan inexorablemente afectadas por la nulidad y son inválidas para cualquier proceso. Como lo dijimos en otro lugar, al estudiar los efectos de la nulidad, ésta no siempre afecta todos los actos posteriores al momento en que ocurre el vicio, sino sólo a aquellos que no pueden subsistir a pesar de él<sup>11</sup>.

En el primer supuesto, bastará pedirle al juez del mismo proceso, cuando nuevamente se abra la etapa probatoria y deban solicitarse las pruebas que tenga en cuenta, las 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 aparezca quiénes eran partes (la demanda, su aceptación y notificación; intervenciones de terceros, su 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, a menos que se trate de testimonios, porque entonces basta con su ratificación; en cuanto a la confesión hecha antes por una de las partes, sea en la contestación de la demanda, en ésta o en posiciones, bastará citarla para que bajo juramento manifieste si son ciertos los hechos que afirmó o aceptó en esos actos, determinándolos claramente; pero no se trata de una ratificación, sino de una nueva prueba.

#### 110. El caso de la acumulación de procesos

Una especie de 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 prac-

<sup>11</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núm. 555, y *Nociones generales*, número 320.

ticó, como resultado de la nulidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31), y porque se cumplen a cabalidad los principios de publicidad y contradicción necesarios para su eficacia. Es un caso de litisconsorcio sucesivo que estudiamos en otro lugar; por lo tanto, debe aplicarse la misma doctrina que rige para éste, y bien sabido es que los hechos del proceso se declaran o niegan de manera uniforme respecto de todos los litisconsortes<sup>12</sup>. No hace falta llevar copia de las pruebas a los procesos en que no se practicaron, porque sería una exigencia absolutamente innecesaria, ya que forman un solo negocio.

Al respecto, MICHELI dice que: "Bajo este aspecto, es todavía más interesante la cuestión de la prueba litisconsorcial, especialmente en relación a aquellos procesos acumulados o acoplados, donde se forman varias providencias, cuyo contenido queda influido, sin embargo, por la acumulación o el acoplamiento. En tales hipótesis, la actividad procesal de cada parte, dirigida a formar la convicción del juez, produce efectos respecto de todos, en el sentido de que siendo única dicha convicción sobre los puntos comunes o idénticos, la misma debe formarse sobre la base de la actividad procesal de todas las partes." Nuestra Corte acepta esta doctrina<sup>13</sup>.

### 111. 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, etc., siempre que haya sido pública y controvertida por la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso.

Por consiguiente, 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 es válido sin necesidad de ratificación, mientras que el de la primera equivale al de prueba practicada extrajudicialmente y debe ratificarse o repetirse si aquello no es procedente, con la salvedad de que las inspecciones judiciales o diligencias análogas tienen el valor de indicios más o menos graves, como las practicadas de manera extrajudicial sin citación de la parte opositora (*cfr.*, núm. 70).

Respecto a lo anterior, dice LESSONA<sup>14</sup>: "Las pruebas simples,

<sup>12</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. II, núms. 336 y 338.

<sup>13</sup> Corte, cas. civ. 12 febrero 1947, 6 diciembre 1954 y 27 sept. 1955, G. J., t. LXI, núms. 2042-2044, pág. 738; t. LXXIX, núm. 2149, pág. 220; t. LXXXI, núms. 2157-2158, pág. 164.

<sup>14</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Bous, 1928, núms. 28 y 48, pág. 32-35.

recogidas en un juicio criminal en Italia, o en los tribunales consulares o coloniales en el extranjero, conservan su eficacia inicial; pero es necesario para eso que se trate de un verdadero juicio penal y no de una instrucción criminal." Mas, como sucede con todas las pruebas trasladadas, el juez civil de la causa conserva su facultad de apreciar su valor libremente y las partes el derecho a contraprobar<sup>15</sup>. LESSONA les niega a las pruebas del periodo instructorio el valor de presunciones simples<sup>16</sup>; creemos que esto es correcto si se trata de testimonios, como sucede en cuanto a los recibidos extrajudicialmente sin citación del oponente, pero no cuando sean inspecciones o visitas del funcionario instructor, ya que éstos tendrían el valor de indicios más o menos graves, según la naturaleza de los hechos examinados.

También Ricci<sup>17</sup> acepta que la "prueba practicada en un juicio penal, con asistencia de las partes, debe conservar su eficacia en otro juicio, aunque sea de distinta índole, pendiente entre las mismas partes"; porque "lo que da valor a las pruebas practicadas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes y previa la observancia de las formalidades establecidas por la ley a modo de garantía de la verdad y de la justicia".

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, como explican los autores citados.

Nuestra Corte tiene doctrina en igual sentido<sup>18</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 las solicita; ello significa que durante esa etapa no deben expedirse tales copias con destino a su traslado a un proceso civil. Si, a pesar de esto, se llevan esas copias al proceso civil, ¿tienen valor legal en éste? Creemos que sí 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, etc.; tienen el mismo valor que las tras-

<sup>15</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, págs. 28 y 34.

<sup>16</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, núm. 29, pág. 35.

<sup>17</sup> Ricci: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 15, pág. 44, y núm. 16, pág. 48.

<sup>18</sup> Corte, 3 mayo 1952, 17 julio 1951 y 30 enero 1960, G. J., t. LXXII, núm. 2115, pág. 42; t. XCI, núm. 2214, pág. 33; t. XCII, núms. 2221-2222, pág. 274.

ladadas de otro proceso civil, es decir, que no requieren ratificación siempre que la parte opositora haya sido legalmente citada y representada y que se trate, por lo tanto, de prueba contradicha por ella; de lo contrario, será necesaria esa formalidad.

## 112. Pruebas de proceso caducado

La caducidad como uno de los medios de ponerle término al proceso, por el abandono que de él haya hecho durante un cierto tiempo la parte obligada a impulsarlo, y sus efectos varían según se trate de la primera o de la segunda vez que ocurre en juicio entre unas mismas partes y por un mismo objeto y una misma causa: en Colombia, si es la primera vez, impide iniciarlo de nuevo antes de dos años a partir de la fecha de la notificación del auto que la declara, y la demanda anterior no interrumpe la prescripción; si es la segunda vez, se producen los efectos de sentencia absoluta definitiva, o de cosa juzgada si la del juicio hubiera tenido tal calidad<sup>19</sup>.

Es claro que la prueba practicada en el juicio cuya caducidad se declaró es válida, porque no se trata de nulidad ni de algo similar. La primera caducidad deja sin efectos la demanda, pero no afecta la validez del trámite, y la segunda desata el litigio con fuerza de sentencia, lo cual implica la validez de su actuación. En consecuencia, se aplican al traslado de la prueba de estos procesos las reglas generales estudiadas para el caso de procesos válidamente tramitados; según que el nuevo se adelante entre diferentes o idénticas partes, será necesaria la ratificación o repetición de las pruebas o su simple traslado. En este sentido se expresa LESSONA<sup>20</sup>. En derecho francés (C. de P. C., art. 401) se prohíbe "oponer en juicio ninguno de los actos del procedimiento extinguido" por la caducidad; esto ha llevado a la doctrina a rechazar el valor de la prueba practicada allí, como el mismo LESSONA comenta; en el código colombiano no existe una norma similar y, por consiguiente, rigen los efectos normales de la caducidad, que acabamos de explicar. De la misma opinión es ALZATE NOREÑA<sup>21</sup>. El art. 237 del C. de P. C. y Co. de la provincia argentina de Santa Fe, le da pleno valor a esas pruebas trasladadas.

GUASP<sup>22</sup> se decide por la tesis contraria, pues dice que sobre la posibilidad de hacer valer la prueba en un proceso posterior, "debe

<sup>19</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núm. 537.

<sup>20</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 15, 16 y 48, págs. 17, 20 y 53.

<sup>21</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 108.

<sup>22</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, ed. de 1956, pág. 584; pero en la ed. de 1962, no aparece este concepto, por lo cual debe presumirse que lo modificó.



resolverse en un sentido más bien negativo”, pero no explica la razón de su concepto; en cambio, LESSONA considera que, conforme a la legislación española, se produce, por la caducidad y respecto a las pruebas, el mismo efecto que para Italia, ya mencionado<sup>23</sup>. En esto estamos de acuerdo con el maestro italiano.

### 113. 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 el proceso judicial se suspende porque las partes dispongan concluirlo ante árbitros, en realidad hay una transformación de la relación jurídica procesal, pero no su extinción<sup>24</sup>, 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 trascurrido ante jueces del Estado, y se aplican las reglas generales para su traslado.

### 114. Pruebas de proceso extranjero

Según LESSONA<sup>25</sup>, “las pruebas simples, practicadas en un juicio sustanciado en el extranjero, conservan su eficacia inicial, si el juicio se tramitó ante la jurisdicción consular o en los tribunales coloniales del país; y no la conservan, si se sustanció ante una autoridad judicial extranjera”. En otro lugar les reconoce el valor de presunciones<sup>26</sup>, y dice que puede suceder que la ley nacional les dé mérito diferente o no exija las garantías que para su práctica se requieren en la ley propia. ALZATE NOREÑA<sup>27</sup> acoge la opinión de LESSONA.

No estamos de acuerdo con los ilustres autores que acabamos de citar, porque consideramos que, como LESSONA lo enseña, lo que da

<sup>23</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 19.

<sup>24</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núm. 200, y *Nociones generales*, número 294.

<sup>25</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., núm. 48, pág. 53.

<sup>26</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., núm. 22, pág. 25.

<sup>27</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 110.

valor a las pruebas practicadas en juicio es que lo hayan sido con la intervención de las partes y previa la observancia de las formalidades establecidas por la ley, esto es, que haya publicidad y contradicción<sup>28</sup>. Por lo tanto, 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 quieren aducir en el proceso civil nacional, se les debe negar valor, aun entre las mismas partes, a menos que sean ratificadas si se trata de testimonios, con la salvedad de las inspecciones judiciales que tienen entonces el valor de indicios; pero cuando la prueba corresponde a un proceso en que fue previamente citada, en la forma que la ley local autorice, la parte contra quien se aduce en el civil 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 tratara de un proceso nacional, porque se cumplen los requisitos de publicidad y contradicción.

En otro lugar estudiamos el valor de la sentencia extranjera como prueba<sup>29</sup>.

#### 115. 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<sup>30</sup>. Por esta razón es conveniente, pero no 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 opone 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, si es el caso) o de la providencia que aceptó la intervención de esa persona posteriormente, y su notificación y constancia de ejecutoria.

Es costumbre aceptar esas copias con la sola constancia inicial de que fueron expedidas del juicio de fulano contra zutano; mas se trata

<sup>28</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., núms. 13 y 29, págs. 15 y 30.

<sup>29</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núm. 447, y *Nociones generales*, número 275.

<sup>30</sup> "G. J.", t. LXXIX, núm. 2150, pág. 516; t. LXXXI, núms. 2157-2158, pág. 429.

de una negligencia en su apreciación, porque eso no demuestra que el demandado (si es la persona contra quien se opone la prueba en el nuevo proceso) fue debidamente notificado o emplazado, personalmente o por representante acreditado, para que esa prueba aparezca legalmente contradicha; si la prueba se aduce contra quien fue demandante, esa sola circunstancia basta para que resulte que hubo contradicción legal por éste, y no es necesaria la copia de su notificación. En cambio, no hace falta que se certifique que el proceso de donde se expiden las copias fue tramitado válidamente o que se encuentra en curso y no existe ninguna nulidad que afecte el trámite de las pruebas.

Cuando se trata de copias de un proceso anulado la situación es distinta, porque si hubo esa nulidad, es obligación del secretario que expide las copias hacerlo constar y es cuestión de fácil observación; pero nos parece muy improbable que ese funcionario revise los expedientes cada vez que expide una copia, para cerciorarse de si, a pesar de no haberse declarado ninguna nulidad, faltó la debida notificación de la demanda a los demandados. Por este motivo, quien tenga interés en impugnar el traslado de pruebas por no haber sido notificado, ni emplazado legalmente o haber estado mal representado en ese juicio, aun sin haberse declarado la nulidad, debe solicitar copias o certificaciones o inspección judicial sobre el expediente para acreditar esa circunstancia, cuando de las copias presentadas por la otra parte no aparezca.

## CAPÍTULO XVI

### VIGENCIA DE LA LEY SOBRE PRUEBAS EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

#### 116. La vigencia de la ley sobre pruebas no es siempre la de la ley procesal en general

En otro lugar<sup>1</sup> estudiamos la vigencia de la ley procesal en el tiempo y el espacio. Vimos que se aplica la ley procesal vigente en el momento de ejercitarse el respectivo derecho procesal, como la demanda, el recurso, el incidente, etc., 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.

Pero, como allí mismo enunciamos, 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 curse el juicio o en otro, además de la exigencia de cierto medio para algunos actos celebrados en el exterior.

Es, pues, importante, estudiar ahora estos dos aspectos de las leyes sobre pruebas.

#### 117. Vigencia en el tiempo de la ley sobre pruebas

Puede decirse que en general existe acuerdo en la doctrina moderna sobre este punto, pese a los equívocos debidos al mal empleo de ciertos términos (verhigracia, el de *admisibilidad*, cuando se quiere hablar de valor de convicción del medio o requisito para la validez de un acto).

Es necesario distinguir varios aspectos de esta cuestión:

a) la admisibilidad; b) la formalidad para la presentación, decreto y práctica de la prueba; c) el valor de convicción de cada medio

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núms. 36-37, y *Nociones generales*, números 15-16.

y del conjunto llevado al juicio; *d*) la regulación de los medios necesarios para probar ciertos actos o hechos; *e*) la exigencia de un medio como requisito para la validez o existencia de un acto jurídico material, y *f*) el caso de la regla sobre la carga de la prueba.

*a*) LEYES SOBRE ADMISIBILIDAD PROCESAL DE LOS MEDIOS DE LA PRUEBA. Entendida la admisibilidad de la prueba en su sentido estrictamente procesal (*cfr.*, núms. 67 y 72), como su ingreso al proceso, es decir, la atendibilidad de un medio propuesto por las partes y el ministerio público o la pertinencia de su decreto oficioso por el juez, o, dicho de otra manera, la licitud de la aceptación de cada medio como tal, sin que implique el reconocimiento de un valor de convicción en el caso de ser admitido, que sólo al apreciarlo puede determinarse (*cfr.*, núm. 80), es obvio que se trata de un acto exclusivamente procesal, que forma parte de la regulación del proceso y que, por consiguiente, se sujeta sin excepciones a la ley que rige el proceso en general. Esto significa que la ley nueva se aplicará siempre que esté vigente en el momento de ocurrir el acto procesal de solicitarla o decretarla oficiosamente, sea que autorice medios antes no contemplados o que prohíba algunos que antes estaban permitidos.

No se trata de permitir o prohibir demostrar cierto acto o hecho con una clase de prueba, cuestión que corresponde a los puntos *d*) y *e*), sino de que simplemente se pueda admitir o practicar el medio, con prescindencia de su valor demostrativo o de convicción. Lo primero no contempla su admisión, sino su valoración. Por no distinguir bien estos dos fenómenos, inciden en error LESSONA<sup>2</sup> y RICCI<sup>3</sup>, pues hablan de admisibilidad en el sentido de que con el medio practicado pueda demostrarse el hecho objeto de la prueba.

Muy distinto es el caso de que la ley vigente, cuando un acto jurídico tiene nacimiento o ejecución, permita demostrarlo con testimonios, por ejemplo, pero una nueva ley disponga que se requiera la prueba escrita, sin que prohíba la recepción en general de aquéllos, del caso de una nueva ley que prohíbe sin excepciones aceptar una prueba, por ejemplo, la testimonial en esa clase de procesos. En el primer caso, el juez debe admitir la prueba y recibir las declaraciones de testigos, aunque se trate de actos ocurridos después de la vigencia de la ley nueva, porque su utilidad no podrá ser apreciada debidamente en ese momento (*cfr.*, núms. 80 y 97), y con mayor razón si se trata de hechos ocurridos antes de regir esta ley aun cuando estime (y esto sería un error) que esa prueba no sirve para tales fines. Pero en el segundo caso no puede admitirla, aun tratándose de hechos anteriores a la ley, porque violaría la ley procesal, además de que sería absurda e injusta

<sup>2</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 32, págs. 36 y 37.

<sup>3</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 11, págs. 34 y 35.

(ya que equivaldría a dejar sin prueba ese hecho cuando las partes se atuvieron a la ley entonces vigente y no adoptaron ninguna otra precaución, por lo cual es improbable que haya un legislador capaz de emitir una ley en tal sentido, sin hacer excepción en favor de los hechos sucedidos antes de su vigencia). Si se produce un mandato legal que prohíba, sin excepciones, un medio de prueba antes permitido, para una clase de proceso o para todos en general, el juez tendrá que obedecerlo.

Por otra parte, si la ley nueva incluye entre los medios de prueba judicial uno nuevo, tiene aplicación inmediata a los procesos en curso o iniciados antes de su vigencia, por lo cual siempre será admisible, no obstante que con ellos se trate de probar hechos ocurridos antes y que exijan otro medio para demostrarlos o para su validez o existencia, materia que el juez debe examinar cuando vaya a resolver el litigio o el incidente, que corresponde a los puntos c) y d). Es una cuestión igual a la admisión de medios que no sirven para demostrar el acto, sin que haya habido cambio en la ley vigente cuando se celebró, como testimonios para compraventa de inmuebles en Colombia; la inutilidad del medio no aparece en forma clara e indudable en el momento de resolver sobre su admisibilidad y el juez debe aceptarlo para hacer su valoración en la sentencia o la providencia que falle el incidente (*cfr.*, núms. 80 y 97). Lo mismo ocurre si la ley nueva deja en libertad al juez para admitir los medios que considere pertinentes o útiles, eliminando la fijación taxativa que de ellos hacía la ley anterior. Como lo hemos dicho varias veces, la admisión de un medio no significa el reconocimiento de que pueda tener fuerza o valor demostrativo respecto del hecho investigado o que pretenda probarse (*cfr.*, núms. 72 y 80).

Sin embargo, cuando se trate de pruebas aducidas o decretadas en una segunda instancia (ésta se considera iniciada con la formulación del recurso) o en un incidente, iniciados o propuestos antes de entrar a regir la ley nueva, como se rigen entonces por la ley anterior, debe aplicarse ésta también respecto a la admisibilidad de los medios de prueba.

b) LEYES SOBRE FORMALIDADES PARA LA PRESENTACIÓN O SOLICITUD, 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>4</sup>.

<sup>4</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 11, pág. 35; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 32, págs. 36 y 37; CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal*, Madrid, Edit. Reus, t. I, págs. 155 y 156; CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, núm. 33; PEDRO PINEDA LEÓN: *Lecciones elementales de derecho procesal civil*, Mérida, Venezuela, 1964, t. I, pág. 35.

c) LEYES REGULADORAS DEL VALOR DE CONVICCIÓN DE CADA MEDIO, O DEL CONJUNTO LLEVADO AL JUICIO. 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 al que existía, por ejemplo, de libertad para el juez en lugar de tarifa legal o viceversa, o lo hace más amplio o lo restringe, y 2º) la ley nueva varía ese sistema únicamente respecto de cierto medio, como los testimonios.

En el primer caso, 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 a procesos en curso y aun cuando hayan sido practicadas antes de entrar a regir. Se trata, advertimos, de simples medios de prueba y no de requisitos para la validez o la existencia del acto. Sería absurdo que el juez estuviera obligado a sujetarse al sistema anterior en aquellos casos.

Comentando esta hipótesis, dice RICCI<sup>5</sup>: "Si la nueva ley vigente en el momento del juicio aprecia la misma prueba con más amplitud de la que la apreciaba la ley precedente, bajo cuyo imperio se originó la obligación, ¿a cuál de las dos leyes se debe entender? Supongamos que la ley anterior disponía que no hace fe sino el dicho de dos testigos contestes; ahora bien, si la ley nueva quita semejante restricción, permitiendo al juez fundar su convencimiento sobre el dicho hasta de un solo testigo, que conceptúe merecedor de fe, ¿cuál de las dos leyes deberá aplicarse? En pro de la ley vigente en la época del contrato se ha declarado el Tribunal de Apelación de Suecia. No participamos de semejante opinión." Más adelante agrega: "Pero desde el momento en que la ley posterior, esto es, el Código italiano, amplía en vez de restringir la facultad de apreciar los resultados de la prueba oral, no parece que se vulnere ningún derecho adquirido, reconociendo como eficaz el testimonio de un solo testigo digno de fe, que la ley anterior conceptuaba como ineficaz."

Estamos de acuerdo con RICCI, pero creemos que en el caso inverso, de que la ley nueva restringe el mérito de convicción de un medio (no que lo prohíbe 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 aceptaba dos o uno. Nadie puede alegar derechos adquiridos sobre el mérito de convicción de una prueba exigida simplemente *ad probationem*, porque con eso

<sup>5</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 13, págs. 41 y 43.

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 fundamenten.

En el mismo sentido dice FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>6</sup>: "Sean las que fueren las normas que tienden a imponer la ley en materia probatoria, ellas no pueden tratar sino de garantizar la correcta formación del convencimiento, puesto que presume garantizado en su legitimidad por las normas que impone la ley vigente en el tiempo y en el lugar del juicio. Por lo tanto, es la ley del tiempo y del lugar en donde se juzga la que debe tener siempre primacía en cuanto a las pruebas en materia penal, en la cual es la verdad objetiva la que se busca, por encima de todo, y el convencimiento de la verdad no debe presumirse garantizado contra errores sino por la ley en vigor en el tiempo y en el lugar donde se realiza."

FLORIAN<sup>7</sup> reclama también "la inmediata aplicación procesal de las normas jurídicas sobre pruebas", excepto cuando contemplen los elementos constitutivos del delito, que equivalen a los requisitos *ad substantiam actus* en lo civil.

LESSONA<sup>8</sup> acoge la misma tesis. Dice que de las varias teorías expuestas "no debe estimarse fundada más que la que siempre acepta el imperio de la ley posterior".

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 un medio antes aceptado, o, por el contrario, que permita una prueba antes no suficiente o la exima de ciertos requisitos. La situación entonces es muy 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 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 exigidas por las normas legales existentes en ese momento.

<sup>6</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 108.

<sup>7</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 12.

<sup>8</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 34 y 37, págs. 38 y 42.



LESSONA<sup>9</sup> acoge esta conclusión cuando dice que los medios de prueba no puestos aún en práctica, permitidos por la ley antigua, no pueden ser retroactivamente prohibidos en la ley nueva; y más adelante repite que las formalidades exigidas en la nueva ley no pueden impedir que se pruebe el derecho pretendido de acuerdo con la ley vigente cuando se adquirió, porque las formalidades probatorias, una vez establecidas, conservan en todo tiempo el valor probatorio que les atribuyó la ley bajo cuyo imperio fueron puestas en vigor; por ejemplo, la prueba escrita, aunque no exigida para la validez de un hecho jurídico, una vez existente conserva siempre el valor que le dio la ley bajo cuyo imperio quedó constituida<sup>10</sup>.

Considera LESSONA que su opinión está asistida "de una alta razón moral", e invoca la autoridad del Tribunal de Turín, del cual cita el siguiente párrafo, que corresponde a una de sus decisiones favorables a esta tesis: "El demandado no puede alegar el *aliter non contraxissen* sin revelar el perverso desigmo de engañar a otra parte litigante que, descansando en la buena fe, consideró superfluo valerse de una prueba escrita." Es decir, que el demandado no puede exigirle al demandante la prueba escrita que la nueva ley consagra, para los actos jurídicos celebrados antes de su vigencia, que no la requerían conforme a la ley anterior.

En el mismo sentido opina RICCI<sup>11</sup>, pues dice: "La jurisprudencia, fundándose en el principio de la retroactividad de las leyes, está conforme en sostener que la prueba, en cuanto a la admisibilidad, no en cuanto a la forma procesal con arreglo a la cual se practica, está regulada por las leyes en vigor en el tiempo en que la obligación se contrajo o en que se verificó el hecho jurídico sobre que se litiga, y no por las leyes en vigor en el tiempo en que el juicio se desarrolle." Y en la página siguiente agrega: "Dado que la ley de la prueba es la que está en vigor cuando la obligación haya surgido o se ha contraído, se infiere que si tal ley admite un medio de prueba que la nueva ley, vigente al verificarse el juicio, ya no admite, dicho medio se puede invocar, aunque aparezca excluido por la ley posterior." Como ya lo advertimos, RICCI le da al término *admisibilidad* el sentido de valor probatorio o de convicción.

También PLANIOL y RIPERT comparten la opinión anterior<sup>12</sup>, en estos términos: "Los medios de prueba autorizados por la ley antigua bajo cuyo imperio la obligación nació, siguen siendo admisibles aun

<sup>9</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 36, págs. 36 y 37.

<sup>10</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, núm. 37, pág. 41.

<sup>11</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 11, pág. 33.

<sup>12</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, núm. 1430, pág. 772.

después que una ley nueva les haya derogado." Lo mismo opina Pedro PINEDA LEÓN<sup>13</sup>.

En materia penal la solución es diferente, porque sólo cuando se trate de una prueba que forme parte del contenido del ilícito debe regir la ley que la exija cuando el hecho se comete, para que exista el delito; pero por regla general sólo son admisibles los medios consagrados en la ley vigente en el tiempo y el lugar del juicio<sup>14</sup>.

RICCI dice al respecto: "Por la misma razón, en los juicios penales la prueba, en vez de regularse por la ley vigente en el instante de cometerse el delito, se ajusta a las normas de la ley imperante cuando se produce el juicio: pues la prueba, en materia penal, no se refiere al derecho privado, sino al público, y siendo la materia de interés público y de derecho público". Es más bien la naturaleza peculiar de los hechos ilícitos lo que obliga a aplicar los nuevos medios de prueba y a rechazar los prohibidos en la ley actual, a pesar de que estuvieran consagrados en la vigente al tiempo de cometerse el delito.

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 requisitos *ad substantiam actus*, no pueden alegarse derechos adquiridos ni situaciones oponibles contra la nueva ley. Se puede exigir que se permita probar un acto jurídico en el proceso civil, por los medios de prueba aceptados por la ley vigente cuando se celebró, por las razones expuestas, y hay poderosos motivos de conveniencia general en favor de su aceptación, pero resulta descabellada la pretensión de que la verdad sólo pueda establecerse con esos medios como si formaran parte de la relación jurídica sustancial objeto de ellos. Más clara aparece todavía en lo penal esta conclusión, porque los hechos ilícitos se cometen sin consideración alguna a los medios legalmente aptos para probarlos.

Con toda razón dice sobre el particular FRAMARINO DEI MALATESTA<sup>15</sup>: "El convencimiento de la verdad no debe presumirse garantizado contra errores sino por la ley en vigor en el tiempo y en el lugar donde se realiza el juicio." Sólo cuando la prueba sea un elemento constitutivo del delito debe regir legalmente cuando éste se cometa<sup>16</sup>.

Refiriéndose a ambos procesos, asevera en el mismo sentido RICCI<sup>17</sup>:

<sup>13</sup> PINEDA LEÓN: *Lecciones elementales de derecho procesal civil*, Mérida, Venezuela, 1964, t. I, pág. 35.

<sup>14</sup> FLOBIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 12; FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 108.

<sup>15</sup> FRAMARINO: *ob. cit.*, t. I, pág. 108.

<sup>16</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, ed. cit., t. I, núm. 12.

<sup>17</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núms. 12 y 13, págs. 41-43.

“Sin duda la nueva ley encuentra un obstáculo para ser aplicada, cuando su aplicación vulnera u ofende algún derecho adquirido. Pero en el caso indicado, ¿cuál es el derecho adquirido que puede considerarse ofendido con la aplicación inmediata de la nueva ley? Si el legislador reconoce un medio de prueba adecuado para descubrir la verdad, y como tal lo admite, ¿puede decirse que el deudor tenga en ningún caso el derecho adquirido a que la luz no se haga sobre la existencia de su deuda? Responder afirmativamente equivaldría a sentar como derecho adquirido el hacer triunfar la mentira y la mala fe, pero esto es tan absurdo que no hay quien lo vea así.” Más adelante trae el párrafo citado en el punto c), que es plena confirmación de lo dicho en el anterior.

LESSONA comparte esta opinión, pues considera inaplicable la ley nueva sólo cuando se trate de eliminar requisitos formales impuestos por la ley antigua como condición para la validez del acto, y para los demás casos reclama el imperio de la ley posterior<sup>18</sup>. Luego transcribe y acoge el siguiente párrafo de GABBA: “Weber, con el cual coincide sustancialmente Lassalle, observa que por el solo concepto de la adquisición de un derecho, no se consigue el derecho de probar del mismo modo la propia pretensión con los medios probatorios admitidos por la ley bajo cuyo imperio fue perfeccionada la adquisición.”<sup>19</sup>

Es importante tener en cuenta que la ley nueva sobre admisibilidad 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, como lo vimos en los puntos a), b) y c), pero otra cosa es que, practicada la prueba, sirva ésta siempre para demostrar los hechos o actos jurídicos a que se refiera, pues entonces debe distinguirse si se trata de simple medio *ad probationem*, en cuyo caso el medio nuevo tendrá valor de convicción, inclusive respecto a los hechos ocurridos antes de entrar a regir o de solemnidades para su validez o existencia que deben tener 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. Cuando se trata de demostrar el hecho jurídico, como la concepción y correspondiente filiación natural o la posesión notoria tanto para ésta como para la legítima, se aplican siempre los medios nuevos o la mayor amplitud de los antiguos, que consagre una nueva ley, así sea que los hechos hayan tenido lugar antes o después de su vigencia; en cambio, si se exigen nuevas formalidades o medios diferentes, como para probar el matrimonio o el nacimiento, sólo se aplica la nueva ley a los hechos sucedidos con posterioridad. Pero su valor

<sup>18</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 32-35, págs. 37 y 39.

<sup>19</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, núm. 36, pág. 40.

de convicción se rige por la ley nueva (*cfr.*, punto c); es decir, si esta ley estatuye que los testigos no hacen fe, a menos que den razón de ciertas circunstancias que la ley anterior no precisaba o que la posesión notoria o las relaciones sexuales se demuestren con un número mínimo de testigos mayor o menor del que antes se requería, el juez debe negarle mérito de convicción a la prueba que no cumpla estos requisitos, y reconocerlo si los reúnen, sin que importe cuándo fueron practicadas ni cuándo ocurrieron los hechos sobre que versan. Por otra parte, las formalidades para la validez del acto, como la celebración del matrimonio ante un juez o un ministro de la Iglesia, se rigen por la ley vigente al tiempo de ocurrir el acto. 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 vicien un principio constitucional y que esté facultado para darle preferente aplicación a éste, como por fortuna ocurre en Colombia. La Corte colombiana tiene doctrina en el mismo sentido<sup>20</sup>.

e) LEYES QUE DETERMINAN LOS MEDIOS NECESARIOS PARA LA VALIDEZ O EXISTENCIA DE CIERTOS ACTOS JURÍDICOS MATERIALES, ES DECIR, "AD-SUBSTANTIAM 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 y 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 durante su vigencia no adquieren existencia jurídica ni validez en virtud de la nueva ley.

La misma doctrina se aplica a los medios de prueba contemplados como elementos constitutivos del delito, como se concluye de la cita de FLORIAN, que hicimos en el punto anterior.

RICCI expone esta doctrina, así<sup>21</sup>: "Al dirimir la contienda sobre la aplicación de la ley anterior o la posterior, no debe confundirse lo que constituye la prueba con lo que, según la ley vigente cuando se verificó el contrato, se conceptúe como formalidad necesaria para la existencia jurídica del contrato mismo." Y explica: "De ahí que si la ley nueva exige como forma esencial la escritura, no requerida ésta por la ley imperante cuando se realizó el convenio, no debe considerarse

<sup>20</sup> Corte, 7 abril 1953 y 23 sept. 1954, G. J., t. LXXIV, núm. 2127, págs. 598 a 618, y t. LXXVIII, núm. 2146, pág. 655.

<sup>21</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 14, págs. 43 y 44.

el convenio como no existente por la falta de la escritura, y la prueba del mismo se hará aplicando el principio más arriba expuesto. Por el contrario, si la nueva ley no requiere para la validez del acto, la formalidad exigida cuando el acto se cumple, la falta de tal formalidad hará que el acto se reputa como no existente, por más que hubiese sido válido de realizarse bajo el imperio de la nueva ley."

LESSONA dice lo mismo<sup>22</sup>: "Cuando no se trate de medios de prueba, sino de formas requeridas *ad substantiam*, evidentemente la ley reguladora es la del tiempo en que tuvo lugar el acto, cualesquiera que sean las formas análogamente requeridas por leyes posteriores."

Observa ROCHA que "de nada vale aceptar el medio probatorio antiguo si con él se pretende hacer valer un derecho contrario al orden público sobreviniente, dada la ya anotada conexión del derecho y de la prueba", esto es, si por razones de orden público la ley nueva prohíbe el goce o ejercicio de los derechos emanados del acto que se celebró válidamente bajo el imperio de la ley anterior. Esto es evidente, pero aclaramos que, a menos que la nueva ley prohíba investigar o probar el hecho, el juez no puede negar la admisión de la prueba, basándose en que ningún efecto jurídico sustancial puede deducir de ella la parte, porque tal conclusión debe declararla en la sentencia. Sería un caso de posible inutilidad de la prueba (*cf.*, núm. 97): las consecuencias jurídicas materiales son diferentes de la admisión y el valor demostrativo del medio de prueba.

Puede ocurrir también, como lo recuerdan PLANIOL Y RIPERT, citados por el mismo ROCHA<sup>23</sup>, que la ley antigua que regulaba la situación contractual esté descartada por una disposición nueva de orden público que, por ejemplo, le niegue validez a los actos que no cumplan determinadas formalidades o se la dé a los que no reúnan las exigidas al tiempo de su celebración. Los profesores franceses opinan que entonces debe aplicarse la ley nueva, como se deduce de estas palabras suyas: "Es preciso dejar esta situación contractual bajo el imperio de la ley antigua, si esta ley antigua no está descartada por una disposición nueva de orden público." Estamos de acuerdo, siempre que ésta lo diga expresamente; pero no por interpretación o extensión jurisprudencial, porque el principio que regula la validez y existencia de los actos por la ley vigente cuando se celebran, lo consideramos también de orden público, pues es necesario para la seguridad y estabilidad de las relaciones económicas y sociales.

f) VIGENCIA DE LAS LEYES SOBRE CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIONES. Sea que se consideren las normas sobre carga de la prueba como parte de la estructura general del proceso y, por lo tanto, de na-

<sup>22</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, núm. 32, pág. 37.

<sup>23</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, núm. 1431, pág. 34.

turalidad exclusivamente procesal, como piensa MICHELI y lo aceptamos nosotros, o sea que se les asigne un carácter sustancial, como lo hacen ROSENBERG y SCHÖNKE (*cfr.*, núm. 13), es indudable que el juez debe aplicar las que rijan al tiempo del proceso, aunque su vigencia se haya iniciado cuando el juicio estaba en curso. Esto resulta evidente si se recuerda que se trata de una regla de juicio, para poder decidir de fondo cuando la prueba se adujo o resultó suficiente, es decir, sustitutiva de la prueba.

Sobre esto escribe MICHELI<sup>24</sup>: "La ley reguladora del proceso deberá, sin más, aplicarse también respecto de la regla de juicio, en cuanto ésta determina los poderes en el momento de la decisión." Y explica: "Si por ventura una nueva ley atribuyese al juez un poder discrecional en materia de carga de la prueba, deberá él proveer de conformidad, aun cuando la ley vieja, bajo la que el proceso se había iniciado, no le concediese una facultad semejante. Así también en el caso opuesto, en que una nueva ley le quite al juez el poder de distribuir según la equidad la carga de la prueba, aquél deberá emitir la sentencia sobre el proceso iniciado bajo la ley vieja, según la regla del juicio prevista por la ley nueva, vigente en el momento de la decisión, a menos que esta última disponga lo contrario."

Sin embargo, observamos que el adoptar la ley nueva que rija en el momento de la decisión, o sea, de la sentencia o de la providencia que resuelva el incidente, puede acarrear grave injusticia, cuando su vigencia se inició después de transcurrida la etapa probatoria del juicio para solicitar las pruebas pertinentes. En efecto, es natural que la parte favorecida con la norma vigente en ese momento, que imponía la carga de probar cierto hecho a su contrario, se abstenga de producir su prueba y que sea el segundo quien procure aducirla; si se invierte la regla en virtud de una ley nueva, pasada la oportunidad para aducir pruebas, vendría a beneficiarse la parte culpable de inactividad y a perjudicarse quien se atuvo a la ley vigente entonces. Esto sería claramente injurídico e inequitativo. No se puede imponer una carga ni una obligación nueva a quien está ya imposibilitado para cumplirla.

Por estas consideraciones creemos que debe modificarse la conclusión adoptada por MICHELI, 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.

Nada tiene que ver el momento de la celebración del acto jurídico o de ocurrencia del hecho jurídico en la determinación de la ley aplicable sobre esta materia, porque la adquisición del derecho sustancial no implica la imposición de la carga de probar a ninguna de las partes, pues se trata de una actividad procesal, para el supuesto, que puede

<sup>24</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 35, pág. 233.

no ocurrir, de que surja posteriormente el litigio y, como consecuencia, el proceso. Sólo cuenta, por tanto, la situación legal que exista en el momento procesal respectivo. Esto resulta más evidente en el proceso penal.

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 mejor proveer, la solución del problema puede estar en el decreto oficioso de las pruebas que faltan.

No hemos encontrado un concepto expreso sobre este punto en los autores citados, pero creemos que nuestra conclusión se deduce lógicamente de la doctrina general sobre la naturaleza y el contenido de la carga de la prueba, que consiste, en síntesis, en exigirle a una de las partes que aduzca la prueba de cierto hecho en la oportunidad procesal respectiva; por consiguiente, es lógico aplicar la ley vigente en ese momento.

### 118. Vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio

Como dijimos al tratar de la ley procesal en el espacio<sup>25</sup>, 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 juicio 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>26</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, etc.; porque es lógico que si la prueba debe ser allegada donde ocurrieron, debe regirse por la ley local.

Como explican PLANIOL y RIPERT<sup>27</sup>, a partir de BARTOLO la doctrina acepta la distinción entre la admisibilidad de la prueba (*decisoria litis*) y su producción (*ordinatoria litis*). Respecto a la primera que

<sup>25</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 39, y *Nociones generales*, núm. 16.

<sup>26</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 34, págs. 227 y 228; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 43 y 48, págs. 43 y 53; ANDER HURT: *Les conflits de lois en matière de preuves*, París, 1965, págs. 31-32.

<sup>27</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, núm. 1431, págs. 772-774.

incluye la determinación del medio pertinente y sus requisitos formales, se aplica la ley local y no la del lugar del juicio; respecto a la segunda, esto es, a las formalidades procesales para pedirla o presentarla en el juicio y decretarla el juez, rige la ley del país donde cursa el juicio. Estamos de acuerdo, pero entendiendo la "admisibilidad" en el sentido del mérito probatorio de los diversos medios y su procedencia; sin confundirla con el sistema para la apreciación de la prueba, que se rige indudablemente por la *lex fori*, 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>28</sup>.

No puede el juez rechazar una prueba 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 aquélla no exija, aun cuando la segunda los contemple. La manera como 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 o no, 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, se rigen por la ley del lugar del juicio o *lex fori*.

Si la ley nacional le otorga mérito ejecutivo o para un lanzamiento o para una acción posesoria o similar, al documento u otra prueba que reúna ciertos requisitos, no importa, para la procedencia de esa vía, que en el país donde se produjo se le niegue ese mérito, porque se trata de aspectos puramente procesales, o viceversa, aun cuando la ley local extranjera le otorgue a esa prueba mérito ejecutivo o para una vía especial, si la ley nacional no lo reconoce, es improcedente proponerla.

En cuanto a la ley que debe regular la carga de la prueba, se ha presentado discusión. PLANIOL y RIPERT<sup>29</sup> dicen que como esa regla no se deriva del procedimiento ni de la forma, sino que toca al fondo del derecho, se debe aplicar la ley que rige para el derecho litigioso, que puede ser la del lugar del juicio o la extranjera, según el caso. La misma opinión expone André HUET en una reciente e interesante obra<sup>30</sup>

<sup>28</sup> LORETO: *El conflicto de leyes en materia de pruebas en el derecho internacional privado*, en "Revista del Colegio de abogados", Caracas, abril-junio, 1961, págs. 31 y 32.

<sup>29</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, ed. cit., t. VII, núm. 1431, pág. 773.

<sup>30</sup> ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuves*, ed. de 1965, págs. 126-129 y 145-165.



quien aplica la ley de fondo o *lex causae* al objeto y la carga de la prueba, lo mismo que a las presunciones y la ley *loci actus* a los demás aspectos, excepto a la administración de la prueba que se rige por la *lex fori*. MICHELI<sup>31</sup> somete la carga de la prueba siempre a la ley nacional o *lex fori*, puesto que se trata de regular un acto procesal como es la actividad de las partes y la conducta del juez a falta de ésta y aduce estas razones: "El criterio de la distribución, al determinar la suma de los poderes conferidos al juez, delimitando, por consiguiente, su actividad del juicio independientemente de la naturaleza de la norma que se ha de aplicar, está sujeto a la ley reguladora del proceso. Siguiendo el camino opuesto, se llegaría a la modificación de la estructura del proceso en el cual la declaración de certeza se lleva a cabo; piénsese, por ejemplo, en el caso en que, según el ordenamiento jurídico extranjero (al que pertenece la norma por aplicar) el juez pudiese distribuir la carga según la equidad, o bien pretender la prueba exclusivamente al demandado; tales reglas estarían en conflicto con las italianas, que delimitan los poderes del juez en la materia".

Estamos de acuerdo con MICHELI. La parte contratante no quiere ningún derecho para oxigarle la prueba a la otra, cuando celebran el acto o tiene lugar el hecho jurídico de donde deduce sus pretensiones, porque en ese momento y lugar exista una ley en determinado sentido; la actividad probatoria forma parte del proceso y se regula por la ley procesal, que es siempre la del lugar del juicio. Son pertinentes aquí las razones expuestas para defender la tesis que aplica la ley nueva vigente en el momento de ejercitarse la actividad probatoria dentro del juicio, expuestas en el número anterior. Esta tesis aparece más evidente si se acepta la naturaleza procesal de las leyes sobre carga de la prueba, o siquiera su naturaleza mixta (*cfr.*, núms. 13-14). También se aplica la *lex fori* en materia de apreciación de la prueba por las mismas razones. En igual sentido opina el ilustre procesalista venezolano Luis LORETO<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 34, pág. 229.

<sup>32</sup> LORETO: *El conflicto de leyes en materia de pruebas en el derecho internacional privado*, en "Revista del Colegio de abogados", Caracas, abril-junio, 1961, pág. 32.

## CAPÍTULO XVII

### **LA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL EN GENERAL Y DE CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR**

#### **119. La noción de carga procesal en la teoría general del derecho**

El proceso es fuente de derechos subjetivos y de correlativas obligaciones, sin que se oponga a esto su naturaleza de derecho público, porque al lado de los derechos individuales privados existeu los derechos individuales públicos, como el de elegir o ser elegido, el de acción y contradicción, el de no ser condenado ni juzgado sin las formalidades procesales establecidas por la ley.

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, la pérdida del derecho a designar perito o secuestre, e inclusive la pérdida del proceso.

La actividad de las partes es de fundamental importancia para la suerte de sus pretensiones o defensas. Esta actividad adquiere mayores proporciones cuando el proceso se rige por el principio dispositivo riguroso, ya que toda la iniciativa probatoria está radicada en las partes; pero conserva su importancia en el proceso inquisitivo, principalmente en lo civil, porque las mayores facultades del juez no excluyen el riesgo que para las partes representa la no aducción oportuna de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones o excepciones, ni la falta de adecuadas peticiones y de afirmación de los hechos correspondientes o de impugnación oportuna de las providencias equivocadas que las perjudique.

De esto se deduce que las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, afirmar 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 como resultado del proceso.

Hay veces que disponemos de un verdadero derecho procesal para ejecutar esos actos, por ejemplo los derechos de recurrir y de probar,

de designar perito o secuestre, de obtener el desembargo de bienes en ciertas condiciones y de recibir indemnización de perjuicios por actuaciones procesales<sup>1</sup>. En otros casos estamos en presencia de un acto necesario para la eficacia del ejercicio de un derecho, como la afirmación de los hechos fundamentales de la pretensión para que el ejercicio del derecho de acción pueda conducir a una sentencia favorable y el cumplir los presupuestos procesales y materiales para que pueda existir sentencia de fondo<sup>2</sup>. Sin embargo, la existencia de aquellos derechos no excluye la posibilidad de que esos actos constituyan una carga procesal, si su no ejercicio le ocasiona a la parte consecuencias adversas, aun cuando no esté obligada a ejecutarlos. Es decir, existen derechos procesales cuyo desconocimiento puede constituir también la violación de preceptos constitucionales (como el que consagra el derecho de defensa); mas su ejercicio es indispensable para evitar perjuicios o consecuencias desfavorables; la parte no está obligada a ejecutarlos, pero sólo haciéndolo se evita ese resultado adverso. 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. Al explicar el contenido y alcance de los derechos subjetivos de recurrir y probar, en los lugares precitados, vimos que muchos juristas modernos los aceptan expresamente.

Asimismo, hay actos cuya ejecución es necesaria para evitar un perjuicio o una consecuencia desfavorable, aunque no exista propiamente un derecho a ejecutarlos ni sean condición para que un derecho subjetivo tenga eficacia en el proceso, como la comparecencia a absolver posiciones y a reconocer o rechazar documentos.

## 120. 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. Respecto a dotarla de autonomía conceptual y a que representa una noción fundamental para la teoría general 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.

La tradición romana en materia de carga de la prueba, incorporada luego en el Código de Napoleón y en los europeos y sudamericanos que se originaron en éste, estructura la noción sobre la existencia de una "necesidad práctica ante la cual se encuentra la parte para poder

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. IV, núms. 475, 596 y 597; t. V, núm. 658; *Nociones generales*, núm. 303.

<sup>2</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núms. 129-140, y *Nociones generales*, números 137-146.

obtener el efecto jurídico deseado y evitar el daño de perderlo”<sup>3</sup>. La parte debe probar el nacimiento del derecho reclamado si quiere que le sea reconocido por el juez, o su extinción, si se defiende alegándola; mas no tiene la obligación de llevar esa prueba, y por eso ni el juez ni nadie la constriñe a hacerlo. Pero en el derecho romano no se elaboró una noción general de carga, como parte de la teoría general del derecho, pues sólo se la consideró en materia probatoria<sup>4</sup>. En la Edad Media, los glosadores y post-glosadores restablecieron el principio de la carga de la prueba, tomándolo del derecho romano, y más tarde, en la Edad Moderna, fue incorporado a los códigos civiles del siglo XIX, a partir del Código de Napoleón, pero sin que por muchos años se intentara elaborar una doctrina general de la carga y mucho menos para darle autonomía frente a las nociones de derecho subjetivo y de obligación. Apenas en época relativamente reciente aparecen los primeros esfuerzos en este último sentido, y puede afirmarse que sólo en este siglo XX se han hecho estudios en forma seria al respecto, primero en Alemania (GOLDSCHMIDT fue uno de los primeros iniciadores de la doctrina moderna, que más tarde balló en otros autores, principalmente en ROSENBERG, un valioso impulso) y luego en Italia (primero con CARNELUTTI, después con MICHELI, AUGENTI y otros procesalistas modernos), en España y Sudamérica. La noción ha adquirido así una completa madurez.

Conforme al concepto de MICHELI<sup>5</sup>, existe carga cuando “un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma”. En la obligación, en cambio, se debe cumplir el acto y se puede obtener coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, como la de pagar perjuicios o multa.

Enunciada así, sucintamente, parece muy sencillo determinar la naturaleza de la carga y distinguirla de la obligación; no obstante, al ahondar la cuestión, surgen diversos problemas y dudas. Muchas obligaciones no pueden ser cumplidas coercitivamente, por ejemplo las *intuiti personae*, o por otras razones. La pérdida del derecho o la consecuencia adversa por su no ejercicio o por no atender una carga procesal, puede ser entendida como una sanción y, por consiguiente, es indispensable distinguirla de la sanción que se impone a quien incumple obligaciones; ciertos actos procesales, como la concurrencia al despacho del juez para testimoniar o reconocer documentos o notificarse, pueden ser impuestos por la fuerza, si la ley así lo contempla; las cargas se

<sup>3</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 59.

<sup>4</sup> AUGENTI: *L'onere della prova*, Roma, 1932, pág. 12 y ss.; MICHELI: *La carga de la prueba*, ob. cit., págs. 3-6 y 14-24.

<sup>5</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 60.

imponen no sólo en interés de las partes, sino también en interés de la adecuada marcha y solución del proceso, esto es, en interés público, pero existen, igualmente, deberes y obligaciones de interés general; el cumplimiento de una obligación interesa primordialmente al acreedor y el deudor ejecuta el acto debido en interés de aquél y no del suyo personal, mientras que el acto necesario en razón de una carga procesal es ejecutado de modo preferente en interés de quien lo ejecuta y para evitarse el daño que trae su inexecución; pero, hay casos en que el deudor tiene interés en satisfacer su obligación (como la de pagar las costas por cuestiones interlocutorias, para ser oído en sus posteriores peticiones) y la parte contraria a la gravada por una carga procesal puede estar asimismo interesada en ese acto (especialmente en que no se ejecute, para aprovecharse de la desventaja que implique para su adversario). Igualmente, se habla de carga objetiva y subjetiva, concreta y abstracta, completa e incompleta.

De lo anterior se deduce que no es cuestión sencilla precisar el concepto de carga procesal y su verdadera diferencia con el de obligación. Existen analogías entre las situaciones jurídicas creadas por ambas: el obligado mantiene en ocasiones cierta libertad para no cumplir y soportar, en cambio, las consecuencias adversas, como en las obligaciones de hacer y en las *intuitu personae* (que no pueden ser ejecutadas por otro en su lugar) consecuencias que se traducen en la de indemnizar perjuicios; a su vez, el sujeto de la carga puede también omitir su ejecución y someterse a las consecuencias desfavorables, no obstante que debe ejecutarlo si quiere obtener un resultado favorable.

## 121. Diversas teorías sobre la noción de carga procesal

Es apenas natural que existan controversias y pareceres disímiles. A continuación expondremos algunas opiniones de autorizados expositores.

a) TESIS SEGÚN LA CUAL LA CARGA ES UNA CATEGORÍA DE OBLIGACIÓN (ZITELMAN, ASCARELLI, BRUCK Y OTROS). Para estos autores —explica MICHELI<sup>6</sup>— “la carga no es más que una categoría de obligación, respecto de la cual no se sanciona pena o resarcimiento de daños, sino una mera decadencia”. ZITELMAN distingue la responsabilidad frente a un tercero y frente a sí mismo o auto-responsabilidad; la última, basada en una valoración económica, no en una sujeción jurídica; pero la considera como una verdadera obligación.

Esta tesis no ha tenido éxito en el pensamiento jurídico contemporáneo, y desde hace largos años es rechazada por la gran mayoría de los autores, que reconocen en la carga un concepto autónomo y dife-

<sup>6</sup> MICHELI: ob. cit., págs. 76-79.

rente del de obligación. El error de tal doctrina radica en que dichos autores no ven sino el aspecto pasivo de la noción, esto es, la circunstancia de que el sujeto debe ejecutar el acto para evitarse consecuencias desfavorables, y por ello creen encontrar una especie de sujeción consigo mismo, que explican con el término auto-responsabilidad —nada satisfactorio, por cierto— como observa MICHELI, para quien en esa idea de valoración económica que determina el obrar del que sufre la carga se manifiesta, precisamente, la existencia de un poder libremente ejercitable, lo cual excluye el concepto de obligación. La crítica nos parece acertada, pues no existe vínculo jurídico entre la parte gravada con la carga y la adversaria o el juez. Además, los partidarios de la citada tesis olvidan que las normas que establecen las cargas procesales concierne también a las partes indudables poderes o facultades, puesto que desde el punto de vista activo no se les puede negar su libertad de ejecutar el acto o asumir la conducta prevista en la norma, para obtener el beneficio correspondiente.

Por otra parte, esa auto-responsabilidad existe además con respecto al ejercicio de los derechos subjetivos, como el de propiedad o el de crédito, por ejemplo, ya que el no ejecutarlos puede conducir a su prescripción (o a su caducidad o extinción en favor del Estado, cuando, como en Colombia, existe esa conveniente medida como consecuencia del concepto de función social que la Constitución nacional le asigna a la propiedad). Desde este punto de vista todo derecho subjetivo implica cierta auto-responsabilidad, y su ejercicio en determinadas condiciones puede considerarse como obligatorio. No es posible configurar la noción de carga sobre ese concepto. MICHELI<sup>7</sup> tiene razón, pues, cuando considera que esta tesis desvirtúa completamente la noción de carga.

ROSENBERG<sup>8</sup> formula la misma crítica; para el maestro alemán no puede haber obligación porque falta el elemento coacción, ya que es inaceptable darle ese carácter al estímulo para triunfar que existe en la observancia de la carga. Nadie tiene “el deber de triunfar” y el ordenamiento jurídico no obliga a nadie a observar esas reglas; por consiguiente, la actividad de los interesados es siempre voluntaria; opina, además, que de tratarse de obligación tendría que existir el derecho correlativo, bien sea en la parte contraria o en el tribunal o juez, de exigir el cumplimiento de la carga a quien está gravado con ella (por ejemplo el derecho a que el adversario lleve la prueba de los hechos que éste afirma y que se supo lo beneficiar), cosa que es evidentemente absurda; la circunstancia de que las partes deban ejecutar sus actos procesales dentro del plazo y la forma prescrita por la ley, no significa que tengan la obligación de hacerlo, sino que “el acto que

<sup>7</sup> MICHELI: ob. cit., págs. 81 y 83.

<sup>8</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, páginas 49-51.

carece de la forma y no se realiza dentro del tiempo fijado, no surte el efecto jurídico deseado”, pero tales requisitos no constituyen coacción para su cumplimiento, porque “la actividad de los interesados es siempre voluntaria”.

SILVA MELERO sostiene idéntica opinión, cuando dice: “La carga no es, pues, una obligación, porque ninguna puede ser constreñida a promover un juicio o a ofrecer una prueba”<sup>9</sup>, y KISCH la aclara con estas palabras: “Tampoco es un deber, puesto que en el proceso nadie está obligado a procurar por un propio interés o beneficio”<sup>10</sup>.

Nos parecen suficientes las razones expuestas, para rechazar, como lo hacemos, esta primera tesis.

b) TESIS QUE CONSIDERA LA CARGA COMO UN VÍNCULO JURÍDICO IMPUESTO PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO. Esta teoría ha sido construida especialmente desde el punto de vista del derecho público, y es sostenida por RESTA<sup>11</sup>. La noción de carga queda reducida a la de un poder-deber, sin tener en cuenta que la tutela de un interés propio es lo que constituye su esencia según el atinado concepto de MICHELI. Más claro aparece este error si se considera la carga procesal, como la de la demanda o la prueba, porque es imposible desvincularla del interés de la parte en su cumplimiento, a pesar del fin genérico de interés público que persigue el proceso, bien se la considere por el aspecto pasivo de acto necesario para evitar un perjuicio, o por el activo de acto permitido para obtener un beneficio. Además, si se tratara de un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público, no existiría esa situación de libertad para ejecutar o no el acto, que es la característica fundamental de la carga, y sería necesario asignarle el carácter de obligación. Consideramos inaceptable esta segunda tesis.

c) TESIS QUE DEFINE LA CARGA COMO UN DEBER LIBRE. La teoría del deber libre ha sido definida principalmente por BRUNETTI<sup>12</sup>, no sólo para resolver el problema de la noción de carga, sino para explicar la obligación en general; se considera que los efectos previstos en la norma representan los fines exclusivos o las causas finales de obrar del sujeto, es decir, que si éstos adoptan la conducta que sirve de presupuesto para la aplicación de la norma, lo hacen exclusivamente porque así consiguen ese resultado favorable, aun sin ser obligados a ello, pues libremente pueden adoptar la contraria y someterse a la pérdida de dicho beneficio. Por eso se presenta la noción de deber libre al lado

<sup>9</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 90.

<sup>10</sup> KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, págs. 205-206.

<sup>11</sup> RESTA: *L'onere di buona amministrazione*, cita de MICHELI, ob. cit., página 81.

<sup>12</sup> BRUNETTI: véanse las citas que trae MICHELI, y su crítica, en *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, págs. 63-75.

de los mandatos jurídicos. “Tales reglas no fundan, pues, deberes jurídicos verdaderos y propios, sino sólo deberes *libres* jurídicamente calificados, por cuanto jurídico es el fin previsto, pero dejan al sujeto en libertad de usar o no de los medios necesarios para la obtención del fin mismo”<sup>13</sup>. Su inobservancia no implica la violación de un mandato, porque la ley lo deja en libertad para ello. La carga vendría a ser, entonces, una especie de estos deberes libres. PAKKELIS sostiene también la teoría del deber libre, en oposición al deber absoluto<sup>14</sup>.

Esta teoría no supera a las anteriores, porque, como acertadamente lo observa MICHELI, el deudor no está en una situación de libertad “sino en un estado típico de coacción, que tomaría forma en el restablecimiento del daño y en la sujeción a la ejecución forzada, la cual precisamente prescinde de la voluntad (y, por consiguiente, de la libertad) del obligado”. Poco importa que se considere o no la indemnización como una sanción, ni que se acepte el concepto de que el deudor está en libertad de escoger entre su cumplimiento o pagar esa indemnización, pues de todas maneras aparece un claro vínculo jurídico con el acreedor, que le confiere a éste el derecho de exigir que se le satisfaga la deuda y le impone al deudor la obligación de cumplir o de pagar esos perjuicios, nada de lo cual aparece en la carga. En consecuencia, consideramos tan inaceptable la idea de un deber libre en el caso de las obligaciones como en el de las cargas, ya que, respecto a éstas, se deja de lado el aspecto fundamental del poder o facultad que tiene el sujeto para perseguir el efecto favorable ejecutando el acto, como único medio de obtenerlo, y la libertad en que está para no ejecutarlo es incompatible con la noción de deber. Además, la idea misma de un deber libre entraña indudable contradicción, y las nociones de deber y carga no pueden confundirse.

Igualmente, ROSENBERG<sup>15</sup> rechaza esta tesis, porque si existiera un deber “habría que decir que cada parte tiene el *deber de triunfar*”, puesto que la carga se cumple para conseguir el resultado favorable previsto en la norma y ni siquiera es aceptable designar esa situación como un deber para consigo mismo. Las críticas formuladas a la primera tesis son valederas para ésta.

La noción del deber libre equivale, en el fondo, a la *del deber para consigo mismo*, que —según ROSENBERG— si bien tiene importancia para la inteligencia de muchos fenómenos del derecho, “particularmente en los casos en que sólo la omisión culpable de semejantes actos, exigidos por el interés propio, produce consecuencias jurídicas (culpa contra sí mismo)”, es inaplicable al campo de la carga de la prueba (y de la carga en general, agregamos nosotros).

<sup>13</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 63.

<sup>14</sup> Cita de MICHELI, ob. cit., pág. 69, nota 22.

<sup>15</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, páginas 49-51.



d) TESIS QUE RADICA LA NOCIÓN DE CARGA EN LA TITULARIDAD DEL INTERÉS QUE EXISTE EN SU OBSERVANCIA. Suele decirse que mientras en la obligación existe un interés del acreedor en que se cumpla, ya que se traduce en su beneficio, en la carga ese interés radica en cabeza de la persona que la soporta, pues su observancia le es favorable. Se resume esta tesis afirmando que la obligación se cumple en interés ajeno y la carga en interés propio; ésta debe obedecerse si se pretende obtener resultado benéfico para el sujeto gravado con ella <sup>16</sup>, o evitar una consecuencia fatal o adversa <sup>17</sup>.

No puede negarse que por regla general existe este diferente interés en la ejecución del acto debido o del que motiva una carga, porque en el primero está radicado el derecho del acreedor en cuyo beneficio debe ejecutarse; no así en el segundo, pues no existe tal derecho en la contraparte y el sujeto goza de libertades para cumplirlo o no, ya que la única consecuencia de su inobservancia es la pérdida de una oportunidad o ventaja procesal. En principio, el deudor no tiene interés en cumplir su obligación, ni existe interés de la parte contraria en que la otra satisfaga su carga de demandar o probar, afirmar o impugnar, etc. Sin embargo, al deudor le interesa liberarse de su obligación, para obtener su libertad económica y jurídica y para evitarse las consecuencias perjudiciales de su incumplimiento; en consecuencia, las anteriores razones pueden inducirlo a cumplir. Asimismo, la parte adversaria tiene generalmente interés en que la gravada con la carga procesal, no la satisfaga, porque esto la beneficia al perjudicar la posición procesal e inclusive el derecho sustancial de ésta (la no presentación de la prueba del derecho pretendido favorece al demandado, quien por tal motivo resultará absuelto, a pesar de que el demandante tenga la razón).

Nos parece mejor hablar de que el acto debido, en el caso de las obligaciones, redunde siempre en beneficio ajeno (del acreedor o de la sociedad o el Estado, cuando se trata de obligaciones para con la colectividad y hay un interés público), al paso que en las cargas el acto beneficia a quien debe ejecutarlo.

Por otra parte, la titularidad del interés o el beneficio que el acto otorga no es suficiente para estructurar completa y claramente la noción de carga y sus diferencias con las de obligación o deber, pues se omiten aspectos tan importantes como la existencia o inexistencia de una sanción por la inobservancia y su naturaleza, la exigibilidad o, al contrario, la libertad de su cumplimiento, y otros que luego veremos. La tesis, pues, contempla sólo un aspecto de la noción de carga y con-

<sup>16</sup> ROCCO: *Teoría general del proceso civil*, México, Edit. Porrúa, 1959, núm. 7, pág. 411, y *Trattato*, Torino, UTET, 1957, págs. 162-163.

<sup>17</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1929, t. I, pág. 65; RAFAEL DE PINA: *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, págs. 81-82.

duce a aplicarla con exagerada amplitud. Rocco dice a este respecto que "no se debe exagerar y querer encontrar, en todo caso, una carga procesal"<sup>18</sup>, es decir, no la hay siempre que el derecho procesal objetivo regula el ejercicio de una actividad procesal.

e) TESIS QUE DIFERENCIA LA CARGA DE LA OBLIGACIÓN, Y QUE, NO OBSTANTE, LA COLOCA EN EL GRUPO DE LAS RELACIONES JURÍDICAS PASIVAS, COMO ACTO JURÍDICAMENTE NECESARIO, PERO EN INTERÉS PROPIO, CUYA INEJECUCIÓN, SIENDO LÍCITA, ACARREA SANCIÓN ECONÓMICA (CARNELUTTI, KISCH, AUGENTI y FENECH). Esta tesis distingue la obligación de la carga y estructura su noción sobre cuatro bases: a) el carácter de acto necesario (jurídicamente) de ésta, en oposición al de acto debido que tiene aquélla; b) el distinto interés (ajeno o propio) en que se cumple el acto, es decir, la carga se cumple en interés propio y la obligación en interés ajeno (del acreedor); c) la diferente sanción que acarrea el incumplimiento (jurídica para la obligación y simplemente económica para la carga: la consecuencia adversa que sufre el sujeto); y d) el carácter ilícito del incumplimiento de la obligación y lícito de la inobservancia de la carga. Se le da a la carga un *sentido pasivo*, colocándola al lado de la obligación en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas, pero con entidad propia, es decir, sin confundirla con ésta; se advierte en ella cierta vinculación del sujeto por la norma, al establecer la conducta necesaria para conseguir determinado efecto jurídico y evitarse resultados desfavorables, mas no en beneficio o en interés de otra persona, sino en interés propio, por lo cual se reconoce la libertad en que se encuentra de no adoptarla y de soportar esos efectos adversos, como simple sanción económica; en cambio, en la obligación existe la imposición por la norma de una conducta determinada, en interés de otra persona, cuyo incumplimiento da lugar a una sanción jurídica y, por lo tanto, no aparece esa libertad de decisión propia de la carga.

CARNELUTTI, el gran jurista italiano, es el principal defensor de esta teoría, elaborada por él con su habitual maestría. Distingue las nociones de *acto necesario* y *acto debido*; aquélla, para aplicarla a la carga, y ésta, para determinar la obligación<sup>19</sup>. El primero es un acto jurídico que debe ejecutarse si se quiere obtener cierta finalidad, en interés propio; el segundo es un acto jurídico que el derecho objetivo exige que se cumpla para tutelar un interés ajeno. Ambos están subordinados a un interés personal y a un interés por el derecho, pero el titular de ese interés varía. En ambos aparece un vínculo de la voluntad, mas la inobservancia de la carga, como acto necesario, implica una *sanción económica*, representada en la pérdida del efecto favorable que se tutela con ella y, conseqüentemente, en el perjuicio del propio interés;

<sup>18</sup> Rocco: ob. cit., págs. 163 y 412.

<sup>19</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 52, y t. II, págs. 68-74.

el criterio de CARNELUTTI<sup>23</sup>. En sentido análogo, AUGENTI habla de "responsabilidad objetiva" de la parte<sup>24</sup>.

Diversas son las críticas que se pueden formular a esta tesis. El deudor de la obligación puede tener como factor psicológico principal para cumplirla su propio interés en librarse de ella y evitarse las consecuencias desfavorables de su incumplimiento, como vimos al criticar la tesis anterior, de modo que no es cierto que obre siempre en interés de su acreedor. Sin embargo, es evidente que la norma jurídica que establece la necesidad de cumplir las obligaciones, tiene en mira la tutela del interés del acreedor y no la del deudor, al paso que la norma que consagra la ejecución del acto objeto de la carga, contempla únicamente el interés del mismo sujeto que debe obedecerla; entendido así el concepto de CARNELUTTI sobre la diferencia entre las dos nociones desde el punto de vista del interés titulado, resulta indudablemente cierto.

Igualmente, existe una clara diferencia en los dos casos, respecto de quienes reciben el beneficio del cumplimiento del acto debido y del acto objeto de la carga, porque, en el primero, lo recibe principalmente el acreedor, y en el segundo, sólo el mismo sujeto pasivo (la parte contraria a la gravada con la carga procesal tiene interés en que ésta no ejecute el acto, puesto que así se perjudica la situación procesal de aquélla y se mejora la suya y, por el contrario, la observancia de la carga nunca beneficia al adversario; en cambio, si bien el deudor que cumple se beneficia jurídicamente por cuanto gana en libertad y económicamente, por el aspecto negativo, y porque evita que se le exijan multas o daños y perjuicios, su acreedor es quien positivamente recibe el beneficio económico y también se favorece jurídicamente). Sin embargo, es cierto que en la obligación existe siempre un interés ajeno (distinto del que pueda tener el sujeto pasivo) en su cumplimiento, mientras que en la carga sólo existe el interés propio de quien debe observarla.

Por otra parte, como acertadamente observa MICHELI<sup>25</sup>, la sanción económica que se le asigna a la carga "está por definición fuera del campo del derecho" y "la coacción psicológica funciona de un modo igual tanto respecto de la obligación como respecto de la carga", puesto que en ambos casos se verifican a cargo del sujeto consecuencias desfavorables por el incumplimiento o la inobservancia. En muchos casos de incumplimiento de obligaciones la sanción —agregamos nosotros— se traduce en consecuencias de orden económico, como la de indemnizar perjuicios o pagar una multa, por lo cual no resulta muy exacto que se trate de sanciones de diversa naturaleza. Mejor es contemplar, como

<sup>23</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, pág. 585.

<sup>24</sup> AUGENTI: *L'onere della prova*, Roma, 1932, pág. 156.

<sup>25</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, páginas 68-72.

lo hace MICHELI y CARNELUTTI lo reconoce, el carácter ilícito de la inobservancia de la conducta prevista en la obligación y lícito en la carga, pues nos parece obvio que aquél implica una sanción, al paso que éste no, porque no puede hablarse de sanción cuando se adopta una conducta jurídicamente lícita. Esto se relaciona con el otro aspecto fundamental de la noción de carga, a saber, la libertad en que está el sujeto para observar o no la conducta prevista en la norma, como necesaria para obtener el efecto favorable y evitar el desfavorable. De ahí que GOLDSCHMIDT diga que quien deja de cumplir una carga procesal pierde una oportunidad favorable, mas no incurre en transgresión de ningún deber jurídico<sup>26</sup>; ello implica el rechazo a la idea de una sanción, así sea económica, por su inobservancia. El mismo CARNELUTTI admite que la libertad jurídica resulta excluida en la obligación, pero no en la carga<sup>27</sup>.

Las consecuencias de la inobservancia son diferentes, sin duda, en la obligación y en la carga; pero esto no significa que en la segunda exista una sanción, aunque sólo sea de simple tipo económico. Puede suceder que el efecto desfavorable de la inobservancia de la carga se traduzca en perjuicio económico (como en el supuesto de pérdida del proceso en que se reclamaba un crédito o se reivindicaba una propiedad), pero jurídicamente eso no es una sanción, sino el resultado natural del no ejercicio de un poder o una facultad. MICHELI lo explica claramente<sup>28</sup>: "Una cosa es, en efecto, el mandar, por ejemplo, que quienquiera que esté obligado personalmente, se encuentra forzado a cumplir las obligaciones contraídas con todos los bienes propios presentes o futuros, y otra cosa, por el contrario, el mandar que quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe proponer la demanda ante la autoridad judicial competente". En ambas hipótesis la norma prescribe una conducta, pero en la segunda se deja al sujeto en libertad para adoptarla o no, pues se contempla exclusivamente su interés, mientras que en la primera se le impone su cumplimiento, porque existe un interés ajeno en recibir el beneficio del acto. Es importante observar que en la *Teoría general del derecho* (3ª ed.) ya no incluye CARNELUTTI el concepto de sanción por la inobservancia de la carga.

Tampoco las nociones de *acto necesario* y *acto debido* son suficientemente claras, para configurar la estructura jurídica de la carga y la obligación. En primer término, si en el *acto necesario* existe una necesidad jurídica de ejecutar el acto, se tiene una verdadera obligación y desaparece toda diferencia con el *acto debido*; por este motivo, algunos autores (entre ellos ROSENBERG y MICHELI) sostienen la tesis, pero

<sup>26</sup> GOLDSCHMIDT: *Teoría general del proceso*, Barcelona, Edit. Labor, 1936, pág. 82.

<sup>27</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 53 y ss., y t. II, pág. 78 y ss.

<sup>28</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., pág. 71.

aclaran que se trata de necesidad *práctica*. En segundo lugar, no todos los autores aceptan esta distinción; conforme a KELSEN, "es acto necesario (para la obtención de una cierta finalidad o para evitar consecuencias dañosas) aquel que según la teoría tradicional sería acto debido; el sujeto se encuentra ante normas que mandan o prohíben ciertos comportamientos, mientras que otras normas (o la misma norma) conminan sanciones a quien no ajusta el propio modo de comportarse a aquel indicado, o bien determinan las ventajas que de la conformidad de tal comportamiento se derivan"; de ahí que niegue la existencia de la carga como noción autónoma<sup>29</sup>. En tercer lugar, se omite un aspecto fundamental de la noción de carga, esto es, el elemento del poder o facultad del sujeto para ejecutar el acto o adoptar la conducta prevista en la norma como presupuesto para obtener los resultados favorables a él, es decir, el aspecto activo de la noción. Por tal motivo, MICHELI<sup>30</sup> observa que "el planteamiento dogmático usual de la noción de carga, que correspondería al acto necesario como contrapuesto al acto debido (en el cual se manifiesta la obligación), no sólo puede llevar a faltas conceptuales de certeza, respecto de los casos en que la distinción entre actividad debida y actividad necesaria es por lo menos discutible (*cfr.*, el deber libre de BRUNETTI), sino también en hipótesis en las cuales es necesario distinguir la actividad necesaria (calificada jurídicamente)". Por su parte, SILVA MELERO<sup>31</sup> observa que es contrario a la noción de facultad, dentro de la cual ubica la de carga, el asignarle, como a la obligación, el elemento común de deber hacer; por ello rechaza la tesis que la considera como un acto necesario.

Creemos que la exposición sobre deberes y poderes que CARNELUTTI formula en su *Teoría general del derecho*, conduce a fuertes argumentos en contra de la clasificación que él hace de las cargas entre los primeros. En efecto, si el gravado puede abstenerse de ejecutar el acto sin incurrir en ilicitud, y por lo tanto, en sanción de ninguna clase, y si la carga le representa fundamentalmente el poder de adoptar la conducta prevista en la norma, para tutelar así su propio interés, la noción aparece más cerca del grupo de los poderes que del de los deberes jurídicos; si en el deber es primordial al aspecto de *impotencia* para obrar libremente de otra manera, tampoco aparece en la carga este requisito, pues en ella hay libertad para escoger, sin sanción alguna. Toda sanción —explica CARNELUTTI— implica una coacción<sup>32</sup>, y la define como "una acción dirigida contra una persona, es decir, una oposición a lo que ella haría por sí misma"; por ello es imposible encontrar una sanción en el caso de inobservancia de la carga, que es una decisión

<sup>29</sup> KELSEN: cita de MICHELI, ob. cit., págs. 72-73.

<sup>30</sup> MICHELI: ob. cit., págs. 89-90, nota 66.

<sup>31</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. 1, pág. 90.

<sup>32</sup> CARNELUTTI: ob. cit., pág. 49.

libre del sujeto, pues aquélla envuelve la idea de lo ilícito, y ésta, por el contrario, de lo lícito, como el mismo autor enseña. Por otra parte, cuando CARNELUTTI dice que "al deber del gravado corresponde un poder en quien es sujeto del deber, en relación con el cual se ha constituido la carga o el gravamen" y que ese poder "consiste, precisamente, en la subordinación del deber del juez al cumplimiento de la carga por la parte", se acerca al reconocimiento del carácter de poder o facultad que MICHELI y ROSENBERG le asignan (*cf.*, tesis siguiente), lo cual se acentúa cuando acepta que no existe ilicitud ni sanción en el incumplimiento de la carga.

Más aún, CARNELUTTI admite la existencia de poderes que actúan en forma de *iubere* (no de *agere*), en los cuales el sujeto del poder se encuentra en la necesidad de obrar de cierta manera (de mandar, en el ejemplo que él pone), y dice: "aun cuando su ejercicio sea obligado, el efecto del poder se resuelve siempre en una expansión de la personalidad", pues aunque deba obrar así, impone a otros la necesidad de obrar. Creemos que este concepto es aplicable al de carga, especialmente si se contemplan los efectos del acto respecto del juez, como en la demanda o en la petición de pruebas. Igual cosa ocurre cuando explica que el ejercicio de los derechos subjetivos pueda traducirse en una carga, cuando dicho ejercicio se ponga como condición de la propia tutela e implica el sacrificio de otros intereses del mismo sujeto<sup>33</sup>, ya que en tal caso lo lógico sería incluir la carga entre las relaciones jurídicas activas a que pertenece el derecho subjetivo, la facultad y el poder. Su concepto de facultad es también aplicable a la carga; en efecto, la estima como un poder de obrar "y por lo tanto, de desarrollar el propio interés"<sup>34</sup>; esto es igual a tutelar el propio interés que, conforme a su criterio, determina la carga. Hay cierta contradicción entre estos conceptos de CARNELUTTI y su tesis que le asigna a la carga el carácter de relación jurídica pasiva y de acto necesario, dentro del grupo general de los deberes jurídicos. El mismo autor reconoce que "la *necessitas* característica del deber está empalidecida en la carga"<sup>35</sup>.

Por último, no nos parece cierto que siempre que el único medio para conseguir el resultado favorable consista en ejecutar el acto, estemos en presencia de una carga, porque en ocasiones esto puede ocurrir también con el ejercicio de los derechos subjetivos, materiales y en el cumplimiento de determinadas obligaciones. En otros términos, puede acontecer que el derecho subjetivo no produzca sus beneficios para el titular mientras éste no ejecute determinado acto, lo cual no quiere decir que exista una verdadera carga, sino el simple ejercicio del derecho. Y hay derechos que imponen al titular la ejecución de ciertos

<sup>33</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, pág. 223.

<sup>34</sup> CARNELUTTI: *Sistema...*, pág. 213.

<sup>35</sup> CARNELUTTI: *ob. cit.*, pág. 224.

actos para poder conservarlos, por ejemplo, la explotación económica de la propiedad rural como único medio para conservarla y evitar que se produzca su extinción en favor del Estado (como sucede en Colombia); tampoco se trata de una obligación, porque en este ejemplo el Estado no tiene acción para exigir esa conducta, ni su inobservancia es un ilícito y el propietario puede escoger el abandono de su predio, sometiéndose a ese resultado.

Esta tesis representa un gran avance conceptual, pero es necesario completar y precisar mejor la noción de carga.

f) TESIS QUE DISTINGUE LA CARGA DE LA OBLIGACIÓN Y EL DIFERENTE INTERÉS QUE EN ELLAS RADICA, LE DA MAYOR REALCE A LA LIBERTAD DEL SUJETO DE LA PRIMERA, PERO LE ASIGNA EL CARÁCTER DE IMPERATIVO DEL PROPIO INTERÉS (COUTURE Y EISNER). Esta tesis tiene cierta similitud con la anterior, pues establece la diferencia entre el interés ajeno satisfecho con el cumplimiento de la obligación y el interés propio que se tutela al observar la carga, e igualmente separa las dos nociones, al negarle a la segunda la naturaleza de obligación o deber. Se distingue de aquella tesis, porque en vez de considerar la carga como un "acto necesario", la califica de "imperativo del propio interés" (diferencia más de denominación que de concepto) y, principalmente, porque se insiste en forma más notable la situación de libertad en que se encuentra el sujeto de la carga para ejecutar o no el acto, sin el riesgo de ser coaccionado en su decisión y sin que nadie tenga el derecho de exigir su cumplimiento; así, pues, no implica sujeción alguna respecto de otra persona (parte contraria o juez) por la decisión absolutamente libre de aquél. Sin embargo, hay cierta contradicción entre el último concepto y el de imperativo, que también se formula.

La noción de carga como imperativo del propio interés, fue presentada por GOLDSCHMIDT<sup>36</sup>; pero sólo por ese aspecto podríamos catalogarla en este grupo. Esta noción la han aceptado recientemente Eduardo J. COUTURE e Isidoro EISNER, quienes, no obstante, fundamentan su concepto principalmente sobre la situación de absoluta libertad en que se encuentra el sujeto de la carga y la ausencia de un derecho correlativo en otro y, por lo tanto, en la no exigibilidad de la conducta contemplada en la norma.

Para COUTURE, si tanto en la obligación como en el deber puede el juez adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, en la carga, en cambio, no puede haber coacción física, ni imposición de daños y perjuicios, ni privación de la libertad en caso de inobservancia<sup>37</sup>. El ilustre autor uruguayo prematuramente fallecido, precisa así el conte-

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT: *Teoría general del proceso*, Barcelona, Edit. Labor, 1938, pág. 83.

<sup>37</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, pág. 143.

nido de las dos nociones: "La carga es un imperativo del propio interés de aquél que se halla gravado con la misma. No tiene, como la obligación, un procedimiento coactivo en favor del acreedor. El gravado con una carga (por ejemplo, la carga de comparecer a notificarse, la carga de la prueba, etc.) es libre de cumplir o no con lo que la ley le impone: puede comparecer o no a defenderse, puede comparecer o no a notificarse, puede probar o no los hechos que la ley indica. Si no lo hace, no hay contra él ningún remedio coactivo". El impulso del propio interés señala la necesidad de comparecer en el juicio o de notificarse o de producir la prueba, para evitar la consecuencia, prevista en la ley, de suponer su convencimiento o de dar por inexistentes los hechos no probados<sup>38</sup>.

Así, pues, COUTURE basa la noción en el concepto de una necesidad de ejecutar el acto en interés propio y para evitarse consecuencias desfavorables, pero con libertad para realizarlo y ausencia de exigibilidad y de coacción para su cumplimiento, es decir, en oposición a la obligación, que implica exigibilidad y coacción. Sólo que esa libertad no se compagina con la noción de imperativo que también le asigna a la carga, y esto lo lleva a olvidar el carácter de facultad o poder que en ella existe, como posibilidad de obrar lícitamente según la propia voluntad, que, conforme lo manifiestan quienes sostienen la doctrina que a continuación presentamos, es fundamental para la correcta configuración del concepto.

Isidoro EISNER<sup>39</sup> hace distinción entre los deberes procesales, las obligaciones de conducta a los sujetos, con miras al interés de la comunidad, como los del juez, quien tiene el deber de asistir a los actos del proceso y, principalmente, de dictar sentencia; los del testigo, que debe comparecer a declarar, o los del perito, quien debe cumplir con fidelidad su encargo; deberes de tipo funcional con respecto al proceso, para el buen orden de éste y en interés general.

Las obligaciones implican "un sometimiento del individuo para cumplir una especie de conducta en beneficio de otro", en cuyo interés las instituye la ley. Son muy limitadas en el proceso, pues se reducen principalmente a las de pagar las costas y a las de tipo fiscalista, esto es, las obligaciones de usar papel sellado y de pagar el impuesto de justicia.

Las cargas son *imperativos* "de propio interés, sin un derecho del adversario"; ellas "importan el peso de una necesidad", pero por conveniencia propia, para evitar la consecuencia de perder la condición ventajosa que con el acto se obtiene; constituyen "una oportunidad de ha-

<sup>38</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. II, págs. 157-158.

<sup>39</sup> EISNER: *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, pág. 50 y ss.



cer algo útil a su mismo interés” y no están sujetas a “sanciones de otra clase salvo el perjuicio para su interés”, por lo cual *el adversario no puede exigir que se cumpla*, lo que sí sucede en la obligación, puesto que el sujeto pasivo de la carga tiene “una actitud facultativa para hacer o no hacer”; son, por lo mismo, facultades del sujeto procesal: la de contestar la demanda u ofrecer la prueba o alegar de bien probado o de apelar. Según lo expuesto, la distinción entre carga, obligación y deber, la radica EISNER en dos puntos: la titularidad del interés en el acto y la existencia o inexistencia de un derecho en otra persona o en la comunidad que le permita exigir su cumplimiento.

La noción de “*imperativo del propio interés*” no es similar a la de carga, porque ésta implica la idea de disposición libre del propio interés, y aquélla, la de coacción; menos aún a la de *facultad* —que EISNER aplica a la de carga— por cuanto aquélla representa para el sujeto un poder de ejecutar el acto y obtener así los resultados favorables previstos en la norma. Al fundar el concepto sobre la no exigibilidad del acto por el adversario y la libertad del sujeto para cumplirlo o incumplirlo, no obstante existir una necesidad de ejecutarlo por conveniencia propia, esta doctrina realiza un notable avance en la tarea de delinear con más exactitud la noción de carga.

g) TESIS QUE CONSIDERA LA CARGA COMO UNA FACULTAD O PODER DE OBRAR LIBREMENTE EN BENEFICIO PROPIO, SIENDO LÍCITO ABSTENERSE DE HACERLO Y, POR LO TANTO, SIN QUE HAYA COACCIÓN NI SANCIÓN, Y SIN QUE EXISTA UN DERECHO DE OTRO A EXIGIR SU OBSERVANCIA (MICHELI, ROSENBERG y otros). A nuestro entender, con esta tesis se le da a la noción de carga una mejor definición y se presenta con superior técnica su peculiar contenido. Igualmente, se la diferencia a un mismo tiempo en forma nítida de la obligación y del deber, los cuales implican sujeción en beneficio de quien tiene el derecho correlativo y puede exigir su cumplimiento, siendo, por lo tanto, ilícito su incumplimiento, ya que éste ocasiona una sanción.

SILVA MELERO<sup>40</sup> adopta esta doctrina, pues conceptúa que la carga entra en el campo o el número de las facultades que CARNELUTTI definió como la posibilidad de obrar en el campo de la libertad, y la considera como una facultad cuyo ejercicio es necesario para alcanzar un interés; dice que es relativo el concepto de CARNELUTTI cuando habla de carga y facultad como entes distintos, y que asignarle a la primera el elemento común a la obligación, del deber hacer, va contra la noción de facultad. Luego concluye: “En definitiva, si nosotros definimos la facultad como simple posibilidad de hacer o de obrar, o le añadimos según la propia voluntad, en esta noción entrará también el concepto de carga. En nna palabra, que hay facultades puras y facul-

<sup>40</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 90-91.

tades cargas, para emplear una terminología con la que SABACENO ha tratado de concentrar la cuestión.”<sup>41</sup>

Como puede apreciarse, ya no se considera la carga como un acto necesario ni como un imperativo; no es deber hacer, sino una simple posibilidad de obrar libremente, sin coacción ni sanción. El resultado desfavorable de la inobservancia (término que nos parece debe preferirse al de incumplimiento) no es considerado como una sanción, ni siquiera económica, sino como el efecto natural de la aplicación de la norma positiva que establece la carga, según lo explican claramente MICHELI y ROSENBERG.

SENTÍS MELENDO rechaza el concepto de imperativo y distingue la carga de la obligación, incluyéndola entre las relaciones jurídicas activas, al lado de la potestad y del derecho subjetivo; asimismo, le reconoce el carácter de facultad no exigible por otro, sino de libre ejercicio, por lo cual se le debe incluir entre quienes sostienen esta última tesis.

En efecto, en reciente estudio<sup>42</sup>, dicho autor sostiene que las cargas no son imperativos, porque esta noción encierra la de coacción, opuesta a la de disposición del propio interés que configura la primera (disiente en esto de COUTURE y de EISNER); cree haber encontrado la claridad deseada, pues utiliza la distinción que CAPPELLETTI<sup>43</sup> y CARNELUTTI<sup>44</sup> hacen entre facultad y derecho subjetivo: la primera es un *agere licere*; el segundo, un *jubere licere*; ambos contienen un *licere*; pero “en la facultad me es lícito hacerlo, *agere*; en el derecho me es lícito mandar, ordenar que otro haga, *jubere*”. Por ello ve diáfana-mente “que la carga es una facultad, pero no un derecho subjetivo”. En lo primero se separa de CARNELUTTI, para quien la carga constituye una entidad propia, que forma parte de las relaciones jurídicas pasivas, al lado de la sujeción y la obligación, mientras que la facultad pertenece al grupo de las activas, con la potestad y el derecho subjetivo. Agrega SENTÍS MELENDO que “las cargas ocupan el lugar de las obligaciones” siempre dentro del ámbito procesal, y por ello es indispensable independizar los dos conceptos. Luego concluye: “El deber, como acto debido, es exigible.” En ese concepto “de exigibilidad frente al de libertad” radica su criterio sobre la noción de carga en oposición a la de obligación “que no puede prescindir del concepto de deber, con el cual se integra”; pero la necesidad de cumplir una carga no es im-

41 SABACENO: *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, Cedam, 1940, págs. 185 y sigs.

42 SENTÍS MELENDO: “Revista de derecho procesal”, Madrid, octubre-diciembre, 1964, pág. 9 y ss.

43 CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, pág. 50, nota 3.

44 CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1941, pág. 184.

periosa ni ineludible: "es una necesidad dentro de la libertad"; no así la necesidad de cumplir un deber. Más adelante opina que no existen deberes procesales de las partes, pero los acepta en los casos específicos en que la ley autorice una sanción, como sucede en el art. 21 de la ley 14.237 argentina, para quienes violen el deber de lealtad, probidad y buena fe en el proceso; de suerte que, en definitiva, sí los acepta.

De lo expuesto se deduce que para SENTÍS MELENDO la característica fundamental de la carga procesal consiste en ser una facultad y un acto necesario pero libre, no exigible por otra persona. Creemos que se refiere a una necesidad práctica y no jurídica, como aclaran MICHELI y ROSENBERG.

Creemos que para SENTÍS MELENDO es más definido el carácter de facultad que el de acto necesario en la noción de carga, por lo cual lo catalogamos en este grupo.

Corresponde a ROSENBERG y a MICHELI el haber estructurado plenamente esta última teoría.

Con respecto a ROSENBERG<sup>45</sup>, podemos resumir la doctrina del ilustre maestro alemán en la siguiente forma:

1) La carga implica una actividad que es siempre voluntaria aun cuando el dejar de cumplirla implique efectos perjudiciales al sujeto; no impone un deber ni una obligación, pues de lo contrario sería necesario decir "que cada parte tiene el *deber* de triunfar", y esto es inaceptable, ya que "sólo el propio interés da impulso para actuar"; ni siquiera es admisible calificar esa situación como deber para consigo mismo. No existe coacción de ninguna clase para ejecutar el acto objeto de la carga, porque no tiene esa condición el hecho de que las partes deben realizar tales actos en forma y tiempo determinados, si desean obtener los efectos jurídicos procesales que persiguen; ni puede decirse que exista la obligación de actuar de esa manera, como tampoco la hay para observar la forma de la letra de cambio o del testamento para que sean válidos, sino que se trata de requisitos fijados por el ordenamiento jurídico a fin de que el acto tenga el efecto que normalmente le corresponde, sin que se obligue a nadie a cumplirlos. "La actividad de los interesados es siempre voluntaria"; si existiera un deber de las partes a cumplir las cargas, tendría que admitirse un derecho del tribunal o el adversario al acto del sujeto de la carga, y esto es inaceptable;

2) No existe sanción alguna por el incumplimiento de la carga, pues la ineficacia del negocio contrario a las prescripciones legales no tiene ese carácter, sino que es "la consecuencia de aquellos preceptos del derecho objetivo", y es perfectamente lícito no observarla;

3) Los actos previstos en las normas que consagran cargas proce-

<sup>45</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, páginas 49-53.

sales, son simples presupuestos del triunfo de la misma parte que debe ejecutarlos, y, en consecuencia, "el propio interés indica a cada parte la creación de esos presupuestos", "la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanación del interés natural que tienen en el éxito del proceso, como una necesidad *práctica*, sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso"; el cumplimiento de la carga es, pues, un acto en interés propio;

4) En la carga "no se trata ni de un derecho ni de un deber, sino sólo de la *posibilidad* de efectuar determinados actos"; como tampoco existe un derecho ni un deber de apropiarse de cosas sin dueño o de concluir contratos.

Conforme a lo expuesto, ROSENBERG no considera la carga como acto necesario ni como imperativo, sino como actividad libre, como simple posibilidad de ejecutar ciertos actos, sin coacción, sin derecho correlativo de nadie que le permita exigir su cumplimiento; de suerte que es sólo el propio interés en el resultado favorable lo que induce a su observancia, y ello equivale a reconocerle el carácter de poder o facultad.

MICHELI<sup>46</sup> expone conceptos similares a los anteriores, pero más completos y precisos cuyo resumen ofrecemos a continuación:

1) El concepto de obligación es muy diferente del de carga. A pesar de que el obligado tiene en cierto sentido la libertad de obedecer o no el mandato jurídico, y quien quiera obtener el resultado útil debe cumplir la carga, "no se puede llegar a una aproximación, en el plano jurídico, de la carga a la obligación, sin perder la esencia de aquel fenómeno"; el deudor se encuentra en "un estado típico de coacción, que tomará forma en el resarcimiento del daño y en la sujeción a la ejecución forzada, la cual precisamente prescinde de la voluntad (y, por consiguiente, de la libertad) del obligado"; en cambio, el sujeto de la carga "es verdaderamente libre de escoger entre la realización del hecho (que la ley pone como condición para la obtención del resultado ventajoso) y la inactividad, y, por este motivo, el resultado desfavorable", hipótesis bien diversa de la anterior, de lo cual se deduce que "deber y carga son nociones heterogéneas entre sí";

2) La carga representa una necesidad simplemente *práctica*, no calificable jurídicamente, de observar determinada conducta para alcanzar algo favorable para el propio agente, es decir, en favor propio; el deber, en cambio, "indica la necesidad *jurídica* de un determinado comportamiento establecido en la norma, por lo general en orden a la satisfacción de un interés de un sujeto, al que se le concede un correlativo poder individual", esto es, en interés ajeno; por eso, cuando no se cumple la carga, se tiene "la inobservancia de una regla de conveniencia", al paso que el incumplimiento de la obligación implica "la viola-

<sup>46</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, páginas 59-104.

ción de un mandato jurídico"; la coacción psicológica puede funcionar de modo igual en ambos casos, pero en la carga no existe un *vinculum juris*, y por lo tanto, las dos situaciones son muy diversas. No es aconsejable hablar entonces de sanción jurídica para el caso de la obligación y de sanción económica para el de la carga, porque la segunda "está por definición fuera del campo del derecho". Así, pues, mientras el deber presupone un mandato de la ley (eventualmente hecho concreto por el juez), de modo que la violación del primero incluye la del segundo y, por consiguiente, una ilicitud, la carga presupone un mandato de la ley, pero condicionado a la voluntad del sujeto, "de manera que la inobservancia de la carga está prevista como *lícita* por el mismo mandato"; además, existe una falta de certeza en el concepto de sanción, y queda "siempre por determinar cuándo existe aquella sanción jurídica, que debería caracterizar a la obligación". Por ello es mejor hablar de sanción respecto del incumplimiento de la obligación, y de autorresponsabilidad para contemplar el efecto desfavorable de la inobservancia de la carga; todo lo cual indica que es mejor relacionar la carga con el derecho subjetivo y la facultad, que con la obligación o el deber, y que es inaceptable hablar de carga como un acto jurídicamente necesario;

3) La doctrina olvida generalmente el "elemento del poder" que el sujeto de la carga ejercita, en cuanto quiere alcanzar cierto efecto jurídico; la carga es un concepto esencialmente instrumental y encuentra su punto de emersión en el proceso, precisamente respecto del poder procesal, que es instrumental por su misma naturaleza, y el pretermitir esto conduce al error de formular la noción de carga como una situación pasiva, junto a la obligación y a la sujeción, cuando "se trata también siempre del ejercicio de facultad (en sentido amplísimo), a base de la libertad reconocida al sujeto de tutelar o no un interés propio" (por esta razón rechaza las teorías del deber libre y de la autorresponsabilidad); "el punto central del fenómeno de la carga consiste en conferir a un sujeto un poder de voluntad, idóneo para la producción de un cierto efecto jurídico": de lo cual se deduce que es una situación jurídica activa; por eso, quienes la consideran pasiva, no llegan a obtener resultados satisfactorios, como tampoco quienes tratan de explicarla por el aspecto de la tutela del interés público;

4) En consecuencia, debe considerarse la carga como un *poder* para poner "en evidencia el aspecto característico del fenómeno, esto es, la libertad de un sujeto de ordenar la propia conducta en forma de conseguir un fin, considerado lícito por el derecho objetivo"; sólo así se la puede distinguir adecuadamente del derecho subjetivo, de los poderes, las facultades, etc., "cuyo ejercicio en ciertas condiciones puede ser considerado precisamente como obligatorio si el sujeto agente quiere alcanzar cierta finalidad", y al mismo tiempo se la diferencia nítidamente de la obligación y el deber; hay un móvil económico que im-

pulsa al agente a observar la carga, pero es total su libertad para regular su conducta. Puede describirse sucintamente el fenómeno de la carga, así: "La ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto"; pero no es un poder que implique la sujeción de un sujeto contrapuesto a su titular, en cuanto signifique una correlativa limitación en la esfera jurídica ajena, como ocurre en los llamados derechos potestativos, que pertenecen al *genus* de los derechos subjetivos;

5) Existen, pues, "poderes procesales de contenido diverso, tendientes de cualquier manera que sea todos ellos a producir un determinado resultado jurídico, esto es, el pronunciamiento de una providencia jurisdiccional" y a configurar situaciones procesales favorables a los respectivos titulares, como sucede con la demanda o las peticiones de pruebas, cuya naturaleza es instrumental; tales poderes son facultades en sentido amplio y, por lo tanto, no es exacto decir que la parte tenga frente al juez sólo una carga, puesto que ésta se resuelve en definitiva en el ejercicio de un poder, si se quiere que el juez provea: "el poder correspondiente a la parte misma de hacer valer el propio interés privado en el modo y en los límites previstos por la ley procesal"; no es un deber atenuado o una facultad agravada, sino "el modo de ser de una *facultas agendi*, de un poder cuyo ejercicio es necesario si el titular del mismo quiere alcanzar un determinado efecto", pero es una "*necesidad práctica* de un *agere*, necesidad fundada, en verdad, sobre la libertad reconocida por la norma al titular mismo, muy diversa, por consiguiente, de aquella *necessitas* de observar el mandato de la norma jurídica, en que consiste el deber, aunque dicho mandato esté asistido o no por una sanción"; su ejercicio "está determinado por una valoración económica, por un juicio de conveniencia, que le permite al sujeto ajustar libremente su conducta al propio interés" (en la obligación, en cambio, la norma no otorga esa libertad, "sino que le impone un *deber ser*, que exige cumplimiento y cuya trasgresión integra un acto *contra jus*, esto es, un ilícito jurídico");

6) El significado real de la noción de carga procesal debe buscarse "en aquel criterio de autorresponsabilidad procesal, que constituye en cierto sentido el fundamento de toda la dinámica procesal"; por eso tiene razón FITTING, cuando afirma que "el concepto de carga no es más que la expresión de una consecuencia práctica de otras reglas jurídicas"; pero "el particular perfil jurídico de la responsabilidad procesal de las partes impone una consideración más precisa de los poderes reconocidos a dichas partes, en modo de encuadrar la actividad de ellas en el ámbito de lo lícito jurídico". Por eso en la inobservancia de la carga no debe hablarse de sanción, sino de autorresponsabilidad, concepto que se compagina con la autonomía y la libertad reconocida por la norma;

7) De todo lo cual infiere MICHELI que es más exacto decir, con BETTI<sup>47</sup>, “que la iniciativa del sujeto constituye para él un *poder-carga*, o mejor, a mi entender, un poder” cuya falta de ejercicio representa un perjuicio para el mismo sujeto, y que, una vez ejercitado, sirve “para concretar el deber del juez de proveer” (pues existen otros poderes cuyo no ejercicio no acarrea menoscabo, que no son idóneos para determinar esa situación de sujeción y que, por consiguiente, no son verdaderos poderes procesales, sino actividades meramente lícitas).

Creemos que hasta el momento no ha sido superada la exposición que sobre este tema hace MICHELI en su ya mencionada obra. Éste y ROSENBERG utilizan lo mejor de la concepción carneltutiana, esto es, la investigación sobre el interés tutelado por la norma y la libertad del sujeto frente a ésta; además establecen la separación radical de las nociones de carga y obligación, y amplían la primera al asignarle un carácter de relación jurídica activa, como poder o facultad en sentido amplio, libre de coacción y de sanción y no exigible por otra persona, pero conforme a esa libertad y con la importancia que para el sujeto tiene su observancia.

No hay oposición en ninguno de sus aspectos en las exposiciones de ROSENBERG y MICHELI; por esta razón, puede afirmarse que sostienen iguales opiniones. Con ellos coinciden, en el fondo, SENTÍS MELENDO y SILVA MELERO, como dijimos antes; en el mismo sentido opinan Giorgio LASSERRA<sup>48</sup> y Aurelio SCARDACCIONE<sup>49</sup>, quien cita jurisprudencia del tribunal italiano de casación de los años 1961 y 1962, favorable a esta tesis.

h) NUESTRO CONCEPTO. La noción de carga forma parte definitivamente de la teoría general del derecho, pero su principal aplicación ocurre en el campo del derecho procesal. Del resumen que hemos hecho de las opiniones de esclarecidos autores, se deduce que a pesar de sus divergencias, existe hoy un concepto suficientemente claro y técnico sobre esta noción. En seguida presentamos el nuestro:

1) La carga es una relación jurídica activa, al contrario de la obligación y el derecho, que son relaciones jurídicas pasivas. Aquella se debe catalogar al lado del derecho subjetivo y la potestad, como una facultad o poder, porque su aspecto fundamental consiste en la posibilidad que tiene el sujeto conforme a la norma que la consagra, de ejecutar libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio. En esto estamos de acuerdo con los conceptos de ROSENBERG, MICHELI, SILVA MELERO, SENTÍS MELENDO, KISCH e ISIDORO EISNER (*respecto a EISNER, con la observación que le hicimos en el punto f) de este número*). En cuanto a la tesis que consideraba la carga como relación

<sup>47</sup> BETTI: *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pág. 57.

<sup>48</sup> LASSERRA: *La prova civile*, Napoli, Casa Edit. Eugenio Jovene, 1957, página 102.

<sup>49</sup> SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le prove*, Torino, 1965, págs. 5-8.

jurídica pasiva, al lado de la sujeción y el vínculo, como una categoría de deber, brillantemente defendida por CARNELUTTI y la tesis que le asigna el carácter de imperativo del propio interés, la cual podemos calificar de intermedia y es sostenida por COUTURE, las consideramos definitivamente superadas, pues no guardan relación con la libertad del sujeto que los citados tratadistas reconocen como una característica fundamental de la carga. La obligación, en cambio, es una relación jurídica pasiva y una categoría del deber.

2) En la carga, el sujeto se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma completa, no obstante que su inobservancia puede acarrearle consecuencias desfavorables. De suerte que puede decidirse por soportar éstas, pues ninguna persona (ni el juez en las cargas procesales) puede exigirle su cumplimiento y, menos aún, obligarlo coercitivamente a ello, de lo cual se deduce que la inobservancia de la carga es perfectamente *lícita*, por estar autorizada en la ley. En este punto, quizás el más importante, concuerdan GOLDSCHMIDT, KISCH, MICHELI, CARNELUTTI, ROCCO, COUTURE, EISNER, SENTÍS MELENDO, SILVA MELEIRO, BRUNETTI y muchos más. En la obligación, en cambio, el sujeto pasivo se encuentra sometido a una sujeción jurídica, a un *vinculum juris* y a una típica coacción que le quitan su libertad de conducta (en la práctica puede decidirse a no cumplir y soportar los efectos respectivos, pero se le puede exigir coercitivamente), y existe otro sujeto (acreedor, o el Estado cuando se trata de obligaciones de derecho público) que puede exigirle la ejecución (o no ejecución) del acto; por esta razón su incumplimiento es un ilícito, puesto que implica violación de la ley. Idéntica diferencia existe entre carga y deber, pues el vínculo aparece con el Estado o la colectividad y la conducta es exigible cuando no puede ejecutarse el acto debido por intermedio del juez o de otra persona (como sucede en los servicios personalísimos o *intuitu personae*). Hay una aparente libertad del obligado de obedecer o no la norma; pero, en realidad, está sujeto a coacción y sanción jurídicas, que se traducen en la obligación compensatoria de indemnizar perjuicios, y que, a su vez, se hace efectiva coactivamente o mediante ejecución forzosa, nada de lo cual aparece en la carga. Siempre que haya medio legal para obligar coercitivamente al sujeto a obedecer el mandato o a pagar los perjuicios o una multa o pena por el incumplimiento, nos hallaremos en presencia de una obligación o de un deber, y no de una carga.

3) Esa conducta contemplada en las cargas es siempre activa, esto es, se refiere a la ejecución de actos y no a la prohibición de ejecutarlos; las obligaciones y los deberes, en cambio, pueden tener por objeto conductas tanto positivas como negativas.

4) La inobservancia de la carga, precisamente por ser libre y *lícita*, no causa ninguna sanción jurídica ni económica, pues las consecuencias desfavorables que puede ocasionarle al sujeto no tienen esa



calidad, sino que son apenas el normal resultado de abstenerse voluntariamente de la conducta prevista en la norma como presupuesto para evitarlas; o, contemplada la situación desde otro punto de vista, se trata de no cumplir los presupuestos de la norma para recibir los beneficios que en ella se estatuyen, como el acto de la demanda para obtener la restitución de la propiedad e impedir que el poseedor la adquiera por prescripción, todo lo cual guarda una perfecta analogía con el incumplimiento de las formalidades legales para la validez de ciertos actos o contratos (en este punto compartimos los conceptos de ROSENBERG y MICHELI). Por eso ROSENBERG dice, muy gráficamente, que los actos que deben ejecutarse en la carga, son simples presupuestos del triunfo de la misma parte. El incumplimiento de la obligación, en cambio, acarrea una sanción jurídica, como consecuencia de su ilicitud.

5) Existe, por consiguiente, una *conveniencia práctica* de observar la carga, pero no una *necesitas* o necesidad jurídica, ni tampoco un deber ni una obligación para consigo mismo, mucho menos respecto del Estado o del juez, o de la parte contraria en el proceso o de terceros en general, razón por la cual nadie tiene un derecho correlativo a exigir su cumplimiento. No se trata de un acto jurídicamente necesario, porque no hay un *vinculum juris* que obligue a ejecutarlo, sino un *interés propio* del sujeto, que le indica esa conducta; por eso es exacto decir que la carga se cumple *exclusivamente en beneficio propio* (la parte contraria, en las cargas procesales, tiene, por lo general, interés en que no se observen por el sujeto, y muchas veces se beneficia con la inobservancia, porque desmejora la situación procesal de aquél y favorece la suya). En este punto están de acuerdo todos los autores citados. La obligación y el deber, en cambio, crean una sujeción jurídica y representan un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y el activo, y por ello el segundo tiene interés en el cumplimiento y recibe principalmente el beneficio que éste produce; el acto debido redundará siempre en favor de otra persona o de interés general, aun cuando el sujeto pasivo o deudor tenga interés en cumplir y en liberarse de ese vínculo, e inclusive, recibe cierto provecho de ello; en este sentido es cierto que el acto debido se ejecuta en *interés ajeno* o, más exactamente, que existe un interés ajeno en el cumplimiento y con éste se beneficia *siempre a otro sujeto*, quien tiene un derecho correlativo a exigirlo.

Puede pensarse, con sobrada razón, que la observancia de ciertas cargas, como la de probar o concurrir la parte a declarar bajo juramento o presentar un documento cuya exhibición se ha pedido, configuran un interés general en la veracidad y lealtad en el proceso, e inclusive pueden tutelar un interés de la parte contraria (*cfr.*, punto 8, más adelante) y que, por lo tanto, no contemplan solamente el interés del sujeto que debe observarlas. Esto pone de manifiesto que las normas que consagran las cargas no tutelan exclusivamente un interés propio, así como el deudor de la obligación no obra siempre en inte-

rés ajeno. Pero la diferencia surge clara cuando se mira el interés de la otra parte, porque en la carga lo tiene en que *no* se observe, para beneficiarse así con los efectos procesales desfavorables al adversario que la incumple, de modo que sólo al sujeto gravado le conviene ejecutar el acto; en la obligación, en cambio, el acreedor está interesado siempre en el cumplimiento del deudor.

6) No se trata de un derecho subjetivo o personal. La carga permite ejecutar el acto (*agere licere* o *facultas agendi*), pero no obligar a otro sujeto a que lo realice (no se trata, pues, de un *jubere licere*). Sin embargo, cuando se contempla el proceso en abstracto y no la ejecución concreta de ciertos actos, puede decirse que existen derechos procesales cuyo ejercicio concreto constituye una carga, como los derechos a probar e impugnar o recurrir, y los de acción y contradicción. Estos derechos abstractos tienen su obligación correlativa, que pesa sobre el juez o el Estado, de proveer o de respetar su ejercicio (nunca sobre la parte contraria); aparecen, por consiguiente, dos sujetos: *activo y pasivo*; pero, según observa MICHELI, no se trata de sujetos contrapuestos o con intereses en oposición (como sí sucede en la obligación y el derecho subjetivo). Es decir, como ocurre también en el terreno del derecho material, las cargas pueden corresponder (pero no siempre) al ejercicio voluntario de ciertos derechos subjetivos, lo cual confirma la teoría que las ubica entre las relaciones jurídicas activas.

7) La norma que consagra las cargas es por lo general *permissiva*, esto es, otorga facultad para ejecutar el acto, si así lo desea el sujeto, mas no implica una orden ni da lugar a que el juez la imparta (por ejemplo, la facultad de formular la demanda, si se desea obtener una tutela jurídica concreta; la de afirmar ciertos hechos, si se quiere deducir determinados efectos jurídicos, y la de presentar las pruebas de éstos, si se pretende convencer a dicho funcionario para que los reconozca en la sentencia). Sin embargo, puede ocurrir lo contrario, pero no por esto deja de tratarse de una carga. En realidad, hay casos en que la redacción de la norma o de la providencia que debe dictar el juez de acuerdo con aquélla, emana una orden para cierta conducta (verbigracia, para que la parte comparezca a declarar bajo juramento o manifestar si reconoce o no un documento como auténtico, o para que lo exhiba); no obstante, si el sujeto conserva la libertad jurídica de obedecer o no, porque el juez no pueda obligarlo coercitivamente a ello (a comparecer y a declarar o a presentar el documento en los ejemplos anteriores), ni pueda aplicarle una sanción en caso de no obedecer, ni haya otra persona con derecho a exigir el cumplimiento, esto es, si no se impone un *vinculum juris* y una consecuente sujeción, se tratará siempre de una carga, y no de obligación ni de deber.

En efecto, dichas normas legales autorizan a una parte para solicitarle al juez que ordene a la otra esas conductas o le permitan a éste decretarlas de oficio; pero no establecen el derecho a que el citado sea

obligado a comparecer y a declarar, de suerte que éste puede escoger libremente entre hacerlo y no hacerlo, sometiéndose a las consecuencias adversas previstas en las mismas normas, si prefiere lo último. La exigencia de un acto y una sanción por su incumplimiento, y la circunstancia de que se pronuncia a solicitud de la parte contraria que tiene, por lo tanto, interés en ella, crean cierta analogía con los casos de la obligación y el deber. Pero un examen más cuidadoso conduce a advertir diferencias fundamentales, como la libertad jurídica en que se encuentra el sujeto de observar o no la conducta ordenada y, en consecuencia, de escoger entre ésta o soportar el resultado adverso que las normas legales prevén para el acto de su inobservancia y el no podersele obligar coercitivamente a ejecutar el acto. Si bien es cierto que la parte contraria tiene interés en la orden del juez para la realización del acto, no lo es menos que cuando el citado comparece o presenta el documento lo hace por su propio interés, para evitar la declaración de confeso o que se tengan por ciertos los hechos afirmados y los perjuicios que esto pueda acarrearle, o porque le conviene o no obedecer. Por otra parte, la concurrencia del citado o la exhibición del documento pueden obrar en beneficio de quien cumple el acto y en perjuicio de quien lo solicitó (cuando se trata de documento falso o adulterado o su contenido le sea favorable); de modo, pues, que al segundo lo favorece siempre la inobservancia del primero, y en cambio, puede resultar perjudicado si éste obedece la orden del juez (en la obligación, por el contrario, el acreedor siempre se beneficia con el cumplimiento del deudor, aun cuando éste sólo piense en su interés propio de adquirir su libertad). La declaración de confeso no es una sanción, sino que se presume que la parte que resuelve no comparecer o exhibir el documento reconoce tácitamente que son ciertos los hechos, como ocurre cuando al demandado se le impone la carga de oponerse a la demanda, con el resultado de que si no lo hace, se dicta sentencia en su contra.

También le asignan el carácter de carga a esas circunstancias, CARNELUTTI<sup>50</sup>, COUTURE<sup>51</sup>, SENTÍS MELENDO<sup>52</sup>, y se deduce esta tesis de las enseñanzas de ROSENBERG y MICHELI, expuestas en el punto anterior<sup>53</sup>, dada la libertad en que se deja al sujeto.

8) En otros casos existen verdaderos deberes procesales, poco numerosos en realidad. Así, por ejemplo, el art. 1000 del C. J. colombiano, exige la comparecencia del ejecutado al despacho del juez, para notificarse de la orden de pago, y dispone que sea llevado por la fuerza si no obedece la citación; es un ejemplo de deber procesal (que debiera

<sup>50</sup> CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. I, pág. 410.

<sup>51</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, págs. 143 y 157.

<sup>52</sup> SENTÍS MELENDO: estudio citado.

<sup>53</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 59-104; ROSENBERG: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 49-53.

suprimirse, por innecesario e inconveniente). Igual cosa sucede con las órdenes judiciales de exhibición en materia penal, porque el juez puede hacerlas cumplir, utilizando la fuerza si es necesario, y cuando se recurre a la misma ejecución forzosa de la orden para hacer comparecer a los testigos, e inclusive, a las partes (si la ley consagra ese procedimiento coercitivo) o se imponen multas por la desobediencia. Otros ejemplos son las costas judiciales, el suministro de estampillas de timbre y el empleo de papel sellado: las costas originan un derecho subjetivo de la parte contraria y acreedora; el timbre y papel sellado, son recursos fiscales del Estado o impuestos a cargo de las partes; por eso las primeras se pueden cobrar ejecutivamente, y los últimos dan lugar a multas exigibles también ejecutivamente y a la sanción de no oír a la parte deudora del timbre o de la revalidación, mientras no los cumpla. Además, existe la obligación de las partes a someterse a los resultados del proceso, es decir, a la decisión que se pronuncie en la sentencia final; de ahí que puede hacerse cumplir coercitivamente.

9) Las diferencias entre la carga y la obligación o el deber, pueden resumirse así:

a) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación jurídica activa;

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) La obligación o el deber implican, por consiguiente, una sujeción, y la carga, por el contrario, contiene una facultad o poder;

f) 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;

g) Existen obligaciones y deberes de no hacer y las cargas se refieren siempre a la ejecución de actos o conductas positivas;

h) 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 eso puede decirse que aquéllos satisfacen un interés ajeno y ésta sólo un 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).

10) En consecuencia, podemos definir la carga como *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.*

## 122. Breve historia de la noción de carga de la prueba

El estudio de la noción de carga, que hicimos en el número anterior, nos será de gran utilidad para entender mejor la evolución que ha tenido el concepto específico de carga de la prueba, que, como allí dijimos, hasta hace poco representó la única aplicación de aquélla al campo del derecho procesal.

Expresa o implícitamente en todo proceso, por primitivo que sea, existe el problema de la carga de la prueba, esto es, de determinar a quién corresponde demostrar la existencia o inexistencia de los hechos investigados o discutidos. Problema trascendental, como que de su solución depende el sentido y alcance de la sentencia, e inclusive, de muchas decisiones previas. Pero en cada época ha habido un concepto diferente sobre la regulación y el alcance de este principio.

En el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y en general en el proceso *per legis 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 la manera de árbitro. Posteriormente, en el derecho justiniano, 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>54</sup>.

Se ha dicho que la prueba pesaba sobre quien afirmaba, y no sobre quien negaba (*negativa non sunt probanda*); sin embargo, se trata de una interpretación errónea de la doctrina romana, concentrada en el aforismo *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*<sup>55</sup>, pues con la última parte se quería hacer referencia al demandado que se limitaba a negar los hechos afirmados por el actor, en cuyo caso nada debía probar, pero, al excepcionar, sí debía hacerlo, lo cual es exacto, aun en el derecho moderno (*actore non probante, reus absolvitur*). Por otra parte, se crearon temas de prueba mediante la formulación de presunciones basadas en las reglas que la experiencia de siglos enseñaba, y que

<sup>54</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, núm. 91, pág. 121; AUGENTI: *L'onere della prova*, Roma, 1932, págs. 12-14; MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., pág. 14 y sigs.

<sup>55</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 83.

en el período clásico aparecían en normas para casos concretos. Sólo las negaciones indefinidas no requieren pruebas.

No existe acuerdo respecto a quién correspondía probar en los procesos germanos primitivos, pero, conforme observa LESSONA<sup>56</sup>, se admite generalmente que estaba a cargo del demandado, porque se suponía que conocía mejor los hechos, o porque se presumían veraces las afirmaciones del actor, o porque todos los procedimientos eran, en el fondo, penales, y la prueba incumbía al acusado, siendo, por consiguiente, una especie de ventaja procesal, dada la clase de pruebas que se utilizaban (el juramento y el duelo, principalmente). Otros autores consideran, no obstante que la prueba correspondía a ambas partes, sin estar atribuida especialmente a ninguna<sup>57</sup>. Un tercer grupo opina que la prueba le incumbía al actor, si fundaba su pretensión en un hecho propio, y al 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<sup>58</sup>, lo cual, sin duda, ocurre en un período 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 la carga de la prueba basada en el principio de que inculpa al actor, pero complementado con el principio que le asigna este carácter al demandado que excepciona. Cada parte debe probar los hechos que afirma, es decir, en los cuales fundamenta la *intentio*, sea que demanda o que excepcione; por eso se dice que el demandado, al excepcionar, se convierte en actor, inclusive si se trata de negar "un efecto característico de una norma", porque entonces la negación implica la afirmación de otro hecho que debe probarse. Por esta razón, no es exacto que las negaciones estaban exentas siempre de prueba, sino solamente cuando eran indefinidas. Cuando el demandado se limitaba a negar que fueran ciertos los hechos afirmados por el actor, estaba exento de probar esa negativa, porque a éste le correspondía sustentar su afirmación (norma tomada también del derecho romano posclásico: *Actore non probanti reus absolvitur*). La doctrina romana pasó igualmente, en términos generales, al derecho canónico<sup>59</sup>.

En España aparecen estos principios en *Las partidas*. En efecto, la ley 1<sup>a</sup>, tít. 14, de la Partida 3<sup>a</sup>, decía que "pertenece la prueba al

<sup>56</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, núm. 91, págs. 120-121.

<sup>57</sup> UNGER, cita de LESSONA: Ob. cit., págs. 120-121; en el mismo sentido, MICHELI: Ob. cit., pág. 26.

<sup>58</sup> BAR y LABANDY, cita de LESSONA: *Ibidem*.

<sup>59</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 83; MICHELI: Ob. cit., págs. 29-42 y 50-51.

demandador cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta”, y se exigía la prueba de la negación, cuando entrañaba una afirmación de otro hecho, por lo cual la ley 2ª, tit. 14, de la citada partida, habla de “cosas señaladas en que la parte que las niega es tenuta de dar prueba sobre ellas”<sup>60</sup>. Se le da así una correcta interpretación al principio romano según el cual debe probar *quì dicit non quì negat*.

Siglos más tarde advino la Revolución Francesa y con ella el Código de Napoleón, en el cual se introdujo un principio similar en el art. 1315; éste se encuentra mejor redactado en el art. 1757 del Código Civil colombiano y en el art. 1698 del Código Civil chileno, de donde se tomó: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.” Normas equivalentes se consagran en el art. 1312 del Código Civil italiano de 1865 y en el art. 1315 del Código Civil español. Dichos textos contemplan literalmente la prueba de las obligaciones, pero la doctrina moderna está de acuerdo en que tienen un sentido general, a saber: que corresponde probar los hechos constitutivos a quien los afirma, y que quien opone otro hecho con el cual pretende extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos, debe probarlo por su parte<sup>61</sup>. Se mantiene el principio según el cual se exige la absolucón del demandado, si el actor no prueba los hechos en que basa su demanda; y su condena, si probados éstos aquél no demuestra los que fundamentan sus excepciones, sin tomar en cuenta la naturaleza positiva o negativa del hecho; se atiende únicamente a su carácter definido o indefinido, pues sólo los negativos no requieren prueba, dada la imposibilidad práctica de suministrarla (*cfr.*, núm. 46, punto f).

Surgieron luego diversos ensayos doctrinarios de una sistematización del concepto de la carga de la prueba; el primero de ellos fue el de PESCATORE<sup>62</sup>, según afirma MICHELI<sup>63</sup>. En el reciente art. 54 del Libro de la tutela de los derechos, que reforma el Código Civil italiano, se consagra un principio general que exige a cada parte la prueba de los hechos que fundamentan su pretensión o excepción. La ordenanza húngara exige la prueba a la parte interesada en que el juez considere el hecho como cierto; norma similar a la anterior. El Código Civil suizo exige a las partes probar los hechos de los cuales deduce su derecho,

<sup>60</sup> SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, pág. 85.

<sup>61</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 50, pág. 313; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, núm. 1418; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMABRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 465; ALVARO PÉREZ VIVES: *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1954, t. II, pág. 225; ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, pág. 13-14, y *Derecho probatorio*, Bogotá, ed. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 49; JULIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Manual práctico de la prueba civil*, Bogotá, Librería Jurídica, 1951, págs. 39-40.

<sup>62</sup> PESCATORE: *La logica del diritto*, Torino, 1ª ed., 1863.

<sup>63</sup> MICHELI: Ob. cit., pág. 3, n. 1.

ya sea pretensión o excepción, norma establecida también en el Código turco<sup>64</sup>. En el fondo, estas varias normas generales contienen principios análogos en la práctica.

Este principio de la carga de la prueba le indica al juez la manera como debe dictar sentencia de fondo, y le evita la obligación de pronunciar un *non liquet* (que representa el fracaso del proceso), cuando está en presencia de hechos inciertos, motivados por la insuficiencia de la prueba. Por consiguiente, tiene importancia en el proceso inquisitivo y mayor en el dispositivo, porque en ambos puede encontrarse el juez en situación de incertidumbre. De ahí que, como atinadamente observa MICHELI<sup>65</sup>, en el derecho contemporáneo "la regla de la carga de la prueba se ha venido transformando en regla de juicio, conservando siempre el juez el deber de pronunciar en todo caso, aun en situaciones de duda". Igualmente, se separan y distinguen el principio de valoración de la prueba (regido bien sea por la tarifa legal o por la libertad de apreciación; *cfr.*, núms. 26 y 27), y el principio de la carga de la prueba; aquél se aplica a la prueba que obra en el proceso, y éste sólo cuando, después de esa valoración, se halle el juez ante la falta de prueba o la incertidumbre respecto de su contenido, y se vea obligado a decidir de fondo. O sea, que el segundo no es necesario y deja de aplicarse, cuando la prueba aducida es suficiente para que el juez forme su convencimiento sobre los hechos del proceso; por esto hemos dicho que la regla de la carga de la prueba es de naturaleza *sustitutiva*, puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, vale decir, es un sucedáneo de la prueba que faltó o resultó insuficiente (*cfr.*, números 33 y 43).

### 123. 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 del juicio, porque le indica 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 pruebas, 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; *cfr.*, núms. 43 y 126, punto *c*), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

<sup>64</sup> MICHELI: Ob. cit., págs. 54-55.

<sup>65</sup> MICHELI: Ob. cit., pág. 56.



El primer aspecto implica una norma imperativa para el juez, quien no puede desatenderla sin incurrir en violación de la ley, pues, inclusive, puede estructurar una causal de casación; el segundo significa un principio de autorresponsabilidad de las partes, meramente facultativo, porque si bien les otorga poder para aducir esas pruebas, las deja en libertad para no hacerlo, sometándose en este caso a las consecuencias adversas, aunque nadie pueda exigirles su observancia.

Quizás el aspecto más importante de la evolución de este concepto es el reconocimiento de que esencialmente una *regla de juicio* dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso; regla que no pertenece al sistema de la prueba o tarifa legales, sino al derecho procesal<sup>66</sup>. Pero, simultánea e indirectamente, dicha regla determina qué hechos debe probar cada parte para no resultar perjudicada cuando el juez la aplique (a falta también de prueba aportada oficiosamente o por la parte contraria, dada la comunidad de la prueba, que estudiamos en el núm. 31, punto 4º), puesto que, conforme a ella, la decisión debe ser adversa a quien debía suministrarla, y, por lo tanto, le interesa aducirla para evitar consecuencias desfavorables. Por ello al hablar de carga de la prueba, se contempla generalmente el segundo aspecto de la noción<sup>67</sup>, que sin duda es tan importante como el primero.

El resultado adverso a quien le correspondía probar y no lo hace, no se deriva de una obligación o de un deber procesal, porque nadie tiene el derecho correlativo a exigirle que lo haga, ni puede imponerle sanción o someterlo a coacción para que aduzca tal prueba (que, por otra parte, únicamente a aquél interesa, puesto que su adversario se beneficia con dicha omisión) y, en consecuencia, a la parte gravada con la carga le asiste absoluta libertad para escoger la conducta que quiera seguir al respecto. Esto es apenas el efecto natural de la inobservancia de toda carga procesal, y por ello no hay duda de que se trata de una de éstas, quizás la más importante.

Estos dos aspectos de la noción aparecen también en el proceso penal y en los procesos inquisitivos laborales y civiles. En el proceso penal, la regla de juicio se observa fácilmente, pues consecuencia de ella es la absolución del sindicado cuando falta la prueba de su culpabilidad y también el axioma *in dubio pro reo*, conforme al cual éste se favorece con la deficiencia de la prueba; el segundo aspecto opera para

<sup>66</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, núm. 90, pág. 119; SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, págs. 104-105; ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, págs. 21, 29 y 56; MICHELI: Ob. cit., págs. 56-57, 95, 104, 176-187, 213; CARNELUTTI: *Istituzioni...*, t. I, página 214, y *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, Apéndice, pág. 221; SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le prove*, Torino, 1965, págs. 3-8.

<sup>67</sup> ROSENBERG: Ob. cit., págs. 17, 83 y sigs.; MICHELI: Ob. cit., págs. 95-104.

la prueba de las circunstancias exculpativas o atenuantes, conocidas sólo del sindicado u olvidadas en la investigación oficiosa del juez y de los hechos que configuran los perjuicios que deban indemnizarse a la víctima del delito o a sus herederos que se hayan constituido en parte civil y que no resulten demostrados oficiosamente por el juez. En el moderno proceso civil inquisitivo, en el laboral y demás similares, la situación es idéntica a la del proceso penal; es decir, opera el primer aspecto con todo su rigor, y el segundo en cuanto a los hechos que escapen de la actividad oficiosa del juez o resulten deficientemente probados con ésta.

Esta noción opera tanto en el sistema de la tarifa legal como en el de la libre apreciación por el juez, porque en ambos puede ocurrir que éste se halle ante la ausencia total o la deficiencia de la prueba aducida (en el último puede disminuirse esa posibilidad, gracias a una mejor apreciación del material probatorio, pero no llega a desaparecer).

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 encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.*

En los capítulos VII y VIII expusimos las diferencias que existen entre objeto, tema o necesidad y carga de la prueba. Nos remitimos a lo expuesto allí (*cfr.*, núms. 33 y 43).

Salta a la vista la íntima relación que existe entre la carga de la afirmación y la de la prueba: aquélla pone de relieve la conveniencia en la formulación de los hechos que deben servir de fundamento a las pretensiones o excepciones, puesto que el juez no puede considerar los no afirmados cuando son esenciales; ésta representa el interés en llevarle al juez los medios para lograr su convencimiento sobre la verdad de tales hechos, a menos que estén exentos de prueba (*cfr.*, núms. 46-47). Por lo tanto, la primera delimita el campo en que opera la segunda, ya que no hay utilidad ni interés en probar hechos esenciales no afirmados. Pero debe recordarse que sólo los hechos fundamentales o principales necesitan afirmación, y no los simplemente accidentales o circunstanciales; por esta razón, nos referimos a los primeros y no a los segundos<sup>68</sup>. También respecto del juez opera la misma limitación, por cuanto sólo necesita recurrir a la regla de juicio de la carga de la prueba cuando no se demuestren hechos que fueron afirmados por las partes (salvo que se trate de hechos accesorios) o, dicho en forma más general, cuando se trata de hechos que constituyen el *thema probandum* en ese proceso (*cfr.*, núms. 43-44) y no están exentos de prueba.

<sup>68</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 378, y *Teoría general*, ed. cit., núm. 226.

No obstante, 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. Es en virtud del principio de la comunidad de la prueba (*cf.*, núm. 31, punto 4<sup>o</sup>) como ésta surte todos sus efectos, quienquiera que la baya suministrado o pedido, inclusive el juez, cuando tiene facultades inquisitivas para hacerlo; se exige que aparezca la prueba, mas no importa quién la aduzca. De ahí que consideremos 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 se aduce ésta, conviene determinar la parte que debía evitar su omisión. En este sentido, puede decirse que dicha carga indica *quién debe evitar que falte la prueba de cierto hecho* (y esto no significa un deber o una obligación, sino, como ya explicamos, un poder o facultad de ejecutar el acto en interés propio); más exactamente: *a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho*, si pretende obtener una decisión favorable basada en él. 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.

#### 124. 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, 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 hacerlo; en este sentido, se habla precisamente de distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado. Es *concreta*, pues si se la mira desde el aspecto subjetivo o en relación con las partes, determina los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte, conforme al asunto sustancial debatido y a la situación sustancial de cada una, entre los numerosos hechos que generalmente pueden ser objeto de la prueba judicial y los varios que constituyen el tema de prueba en cada proceso. 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, el juez debe proferir sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la

carga de suministrarla, y, por lo tanto, le prohíbe el *non liquet* o fallo inhibitorio. Es *abstracta* considerada como regla de juicio, porque no se refiere a casos particulares si no asume un valor general, de norma de derecho, para todos los casos (*cfr.*, núms. 33 y 43).

La mayoría de los autores ponen de presente el aspecto subjetivo, puesto que se refieren a él cuando estudian la distribución de esta carga entre las partes y su naturaleza propia diferente de la obligación y el deber, o cuando la identifican con éstos (*cfr.*, núms. 121 y 179). MICHELI<sup>69</sup> lo reconoce, cuando advierte que "la parte tiene, frente al juez, la carga de desarrollar una determinada actividad si quiere ver tomada en consideración por el juez la propia pretensión", lo cual significa un poder que a dicha parte corresponde para hacer valer su propio interés en el modo y los límites previstos por la ley procesal; también lo acepta cuando explica la prueba de las excepciones y negaciones y "la posición de la parte respecto del efecto jurídico exigido y la carga de la prueba"<sup>70</sup>. No obstante, para el ilustre profesor de Florencia la carga de la prueba es fundamentalmente una regla de juicio general: la prohibición del *non liquet*. ROSENBERG habla de carga subjetiva y la define como "la carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso", y advierte que, sólo cuando se contempla la noción subjetiva, es pertinente distinguirla del deber u obligación<sup>71</sup>.

Pueden consultarse también los autores que citamos al estudiar la noción general de carga y su naturaleza de facultad o poder, o, por el contrario, de obligación o deber o relación jurídica pasiva de peculiar naturaleza, especialmente CARNELUTTI, KISCH, COUTURE, LESSONA, ROCCO y GUASP (*cfr.*, núm. 121). En este sentido la considera CARNELUTTI como un estímulo para las partes y una relación jurídica pasiva<sup>72</sup>.

Desde este punto de vista subjetivo, suele hablarse de "a quién corresponde probar" o "quién debe llevar la prueba"; pero nosotros consideramos que es preferible hablar de *a quién interesa que se produzca cierta prueba*, y, por lo tanto, *a quién afecta en la sentencia la falta de tal prueba*, porque, como varias veces lo hemos explicado, no es necesario que la prueba del hecho favorable a una parte la aduzca ésta, ya que producirá los mismos efectos procesales si la suministra el adversario o el juez oficiosamente, como consecuencia del principio general de la unidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31, punto 3º).

El aspecto concreto es reconocido por todos los autores, porque es

<sup>69</sup> MICHELI: Ob. cit., pág. 96.

<sup>70</sup> MICHELI: Ob. cit., págs. 371-489.

<sup>71</sup> ROSENBERG: Ob. cit., págs. 15-21.

<sup>72</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, núm. 3, pág. 14, y Apéndice, VII, págs. 217-221; véanse las citas de los otros autores en el núm. 479.

consecuencia lógica de su carácter subjetivo, esto es de considerar la noción desde el punto de vista de las partes vinculadas por ella, y, por lo tanto, de su distribución, en virtud del interés en obtener la decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, o sea a la cuestión sustancial debatida en los respectivos procesos, que depende precisamente de los hechos concretos que en éstos se afirman. Como sucede en el aspecto subjetivo, aquí se afirma implícitamente, siempre que se habla de distribución de la carga probatoria entre las partes y del interés de éstas en suministrar determinadas pruebas<sup>73</sup>.

Algunos autores hablan, inclusive, de carga concreta, en oposición a carga abstracta, de la prueba<sup>74</sup>; pero, como veremos en seguida, se trata de dos aspectos de la noción y no de cargas diferentes, por lo cual rechazamos esta clasificación.

El aspecto objetivo es reconocido también por los autores modernos. De ahí que se hable de "regla de juicio" para el juez, cuya función es impedirle y prohibirle el *non liquet*, y permitirle decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos en que debe basar su sentencia e inclusive muchas providencias interlocutorias; es decir, regula la decisión sobre el hecho incierto o desconocido, por lo cual se la considera como sucedánea de la prueba en general, y como cuestión de derecho (no de hecho) para distribuir la falta de certeza o convencimiento del juez respecto del material de hecho<sup>75</sup>. De ahí que el desconocimiento de la regla por el tribunal dé lugar en casación al cargo de violación directa de la ley, y no al de error en la apreciación de la prueba.

Esta regla de juicio nada tiene en común con la tarifa o sistema legal de la prueba (como erróneamente suele denominarse; *cfr.*, número 26); no se refiere a la manera de apreciar la prueba y tampoco a los medios probatorios que puedan utilizarse, sino a la solución del litigio cuando falta el convencimiento del juez, cualquiera que sea el sistema que rija. CARNELUTTI mismo, quien inicialmente pareció inclinarse a considerarla parte del sistema llamado de la prueba legal<sup>76</sup>, terminó luego reconociendo que se trata de una regla "que si bien tiene carácter análogo a las reglas sobre la prueba legal, pertenece al derecho material"<sup>77</sup>; pero no creemos que se trate de una norma de derecho

<sup>73</sup> Véanse citas en el núm. 479 y las anteriores.

<sup>74</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 487-488; ROSENBERG: Ob. cit., núm. 13, págs. 152-157.

<sup>75</sup> MICHELI: Ob. cit., págs. 487-488; ROSENBERG: Ob. cit., págs. 2, 28 y 58; CARNELUTTI: Ob. cit., pág. 21, y Apéndice, VII, pág. 218, punto c, especialmente las citas de sus conceptos en el *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1944, t. II, págs. 313 y sigs.; *Istituzioni...*, t. I, pág. 214, y los *Studi...*, t. I, págs. 259-263.

<sup>76</sup> CARNELUTTI: Ob. cit., núm. 5, págs. 18-22.

<sup>77</sup> CARNELUTTI: *Ibidem*; *Istituzioni...*, t. I, pág. 216, y Apéndice a *La prueba civil*, VII, pág. 221.

material, sino de derecho procesal, puesto que regula la actividad decisoria del juez, como explicamos ampliamente en el capítulo III (*cfr.*, núm. 14).

El *aspecto abstracto* es inseparable del objetivo, porque la regla de juicio que en éste existe es general, esto es, para todos los procesos, sin distinción de procedimiento o naturaleza de las pretensiones en ellos adncidas, en virtud de una situación jurídica abstracta; le indica al juez cómo debe decidir, a falta de convencimiento sobre los hechos, o sea, en contra de quien debe considerar la falta o la insuficiencia de las pruebas, cualesquiera que sean el litigio y el proceso.

Quienes aceptan el carácter objetivo de la noción, es decir, la regla de juicio, lógicamente admiten también su aspecto abstracto. Otros hablan de éste expresamente, como MICHELI y ROSENBERG <sup>78</sup>.

Ya hemos dicho, de acuerdo con MICHELI, que la evolución más importante de la noción de carga de la prueba en el derecho moderno, ha sido el reconocimiento de su carácter fundamental de regla de juicio y, por lo tanto, de su aspecto objetivo y abstracto (*cfr.*, núms. 43 y 122).

Estos diferentes aspectos, que sin duda existen, han conducido a elaborar las clasificaciones de carga subjetiva u objetiva y concreta o abstracta de la prueba, las cuales exaroinaremos en el número siguiente; pero creemos que con ello se perjudica el buen entendimiento de esta materia, porque se trata de observar desde diferentes puntos de vista la misma noción, y que sólo hay una carga de la prueba.

## 125. Crítica a la clasificación de la carga de la prueba en subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, formal y material

El carácter complejo de la noción de carga de la prueba, que hemos explicado en el número anterior, ha conducido a que algunos autores, muy respetables por cierto, hablen de carga subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, formal y material.

Nos parece, sin embargo, que no se trata de una verdadera clasificación, sino de diversos aspectos de la carga de la prueba.

a) CARGA DE LA PRUEBA SUBJETIVA Y OBJETIVA. ROSENBERG <sup>79</sup> clasifica la carga de la prueba en subjetiva y objetiva. Por la primera entiende la actividad de las partes para suministrar la prueba de los presupuestos del precepto jurídico aplicable, con el fin de evitar una decisión adversa, lo cual se expresa propiamente con las palabras *carga de la prueba*, y a ella se refieren los términos usuales de que una parte debe probar, o del deber de prueba, o de que incumbe probar al actor o al demandado, lo mismo que la discusión acerca de si se trata de deber, obligación, poder o facultad; la segunda comprende "aquel otro

<sup>78</sup> MICHELI y ROSENBERG: Véanse citas anteriores.

<sup>79</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núms. 3 y 4, págs. 11-38.

aspecto del problema de la carga de la prueba, señalado hace poco, que, al prescindir de toda actividad de la parte que soporta esta carga, sólo tiene en cuenta el resultado de los debates y la incertidumbre de un hecho importante" (es decir, cómo debe fallar el juez si falta la prueba) y propone darle el nombre de "*carga de la certeza*". Esta última denominación es combatida por muchos tratadistas, como el mismo ROSENBERG lo reconoce; nosotros también la rechazamos, porque, correspondiéndole al juez apreciar la certeza que sobre los hechos existe, esa carga vendría a gravitar sobre éste y no sobre las partes, lo cual es inaceptable, pues éstas se limitan a afirmar y probar. Además, el peligro de que un hecho no conste, que, según ROSENBERG, caracteriza la carga de la certeza, equivale al peligro de no existir su prueba; por consiguiente, ninguna ventaja se obtiene al sustituir la denominación tradicional de carga de la prueba.

ROSENBERG le asigna mayor importancia al concepto objetivo, pero advierte que "se iría demasiado lejos si por las razones indicadas se quisiera eliminar por completo el concepto de la carga subjetiva de la prueba"; sin embargo, limita el último concepto al procedimiento dispositivo, pues considera que resulta excluido por la actividad del juez en el proceso inquisitivo<sup>80</sup>. Nos separamos igualmente de este concepto del ilustre maestro alemán, porque en los procesos inquisitivos, a pesar de la iniciativa del juez, pueden quedar sin prueba hechos importantes y haber pruebas que sólo mediante la actividad de la parte interesada sea posible obtener, puesto que conoce mejor los hechos y los medios para demostrarlos. Esto no significa que neguemos la mayor importancia que en el proceso dispositivo tiene el concepto subjetivo de la carga de la prueba.

El mismo tratadista reconoce más adelante<sup>81</sup> que, aun en el proceso inquisitivo, las partes corren el riesgo de una decisión adversa si falta la prueba del hecho que fundamenta su petición o excepción, lo cual significa que deben evitarlo con su actividad personal, y acepta que en el proceso penal hay lugar a una distribución de la carga de la prueba, por ejemplo, la del acusador respecto de ciertos hechos<sup>82</sup>; considera que en esos casos "la carga objetiva de la prueba, la carga de la certeza, corresponde a esa parte". Sin embargo, en tal caso se observa también la falta de actividad propia para suplir la del juez y, por consiguiente, el aspecto subjetivo, lo cual implica una evidente contradicción. Si se contempla únicamente el resultado de la decisión, es decir, la norma para el juez, sólo se advierte el aspecto objetivo de la carga; pero si se piensa en que las partes pueden evitar la decisión adversa colaborando con el juez en la producción de las pruebas que les interesan, resulta evidente, asimismo, que en esos procesos inquisi-

<sup>80</sup> ROSENBERG: Ob. cit., págs. 21-22, 26 y 27.

<sup>81</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 30.

<sup>82</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 33.

tivos opera la noción subjetiva de la carga (*cfr.*, núm. 124). Precisamente, el mencionado autor afirma que “la carga de la certeza (es decir, la objetiva) prescinde de toda actividad de las partes, emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos”<sup>83</sup>.

En otro lugar dice ROSENBERG<sup>84</sup> que en el proceso inquisitivo es también mayor la importancia de la carga de la certeza u objetiva, porque “a causa del deber de averiguar que incumbe al tribunal no se impone a las partes la carga de actividad probatoria alguna, y, por otro lado, no se puede prescindir de normas relativas al caso en que no se aclare un hecho importante”. Tampoco aceptamos esta opinión, pues hemos dicho que la actividad probatoria de las partes conserva su importancia en el proceso inquisitivo, aun cuando es mayor en el dispositivo, y, por otra parte, las posibilidades de que subsista la incertidumbre después del período probatorio, son superiores en el proceso dispositivo; esto quiere decir que es más frecuente que el juez se vea en la necesidad de recurrir al concepto objetivo de la carga de la prueba para resolver de fondo.

Llamamos la atención acerca de que ROSENBERG reconoce que “no se puede imaginar (la carga de la prueba) sin la característica de que grave sobre alguien”, es decir, desligada totalmente del aspecto subjetivo, lo cual significa, en principio, que no puede hablarse de carga *objetiva*; pero trata de resolver la contradicción que esto implica, diciendo que el gravamen que pesa sobre la parte *cargada*, en la carga objetiva, “no consiste en nada más sino en el rechazo de su petición fundada en una norma que debería aplicarse, pero que no es aplicable porque no constan sus características definidoras de hecho”. Sin embargo, desde el momento en que advierte los efectos desfavorables de la decisión sobre la parte gravada con la carga, está contemplando el aspecto subjetivo.

ROSENBERG lo acepta más adelante, cuando dice: “La carga subjetiva de la prueba, esto es, la carga de la probanza de una parte respecto de los hechos que corresponden a su carga de la certeza, no puede tener mayor alcance que la carga objetiva de la prueba; pero tampoco puede tener un alcance menor”<sup>85</sup>. Esto indica que, como nosotros creemos, en vez de hablar de carga subjetiva y objetiva, es mejor hacerlo de aspectos subjetivo y objetivo de la carga de la prueba.

MICHELI<sup>86</sup> observa que, junto al riesgo que toda parte asume por la falta de actividad probatoria (carga subjetiva), se habla del riesgo (objetivo) de la falta de certeza, que “repercuta aun independientemente de una actividad, o de una inactividad, de las partes”, y que

<sup>83</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 21.

<sup>84</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 22.

<sup>85</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, página 37.

<sup>86</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 15, págs. 105-11.



se relaciona con el poder del juez para fallar de fondo, aun en el caso de faltarle la certeza sobre los hechos; por este motivo, se ha dicho que en el proceso inquisitivo, en donde la iniciativa del juez predomina, la carga de la prueba es solamente objetiva. Critica a continuación el concepto de carga objetiva y manifiesta que encierra una *contradictio in adjecto* (sin duda se refiere a que el concepto de carga es, en sí mismo, subjetivo, opinión que compartimos); habla de las dos caras de la medalla; el aspecto subjetivo y el objetivo, el último en cuanto indica las consecuencias objetivas de la instructoria o de la falta de certeza; explica la importancia de distinguirlos, y censura a quienes lo consideran innecesario; acepta que, en primer lugar, debe estudiarse "la actividad de las partes, en cuanto está dirigida a procurar al juez determinados elementos de prueba", es decir, "el poder probatorio reconocido a las partes mismas y la legitimación para ello", aunque esto no conduce a olvidar que el aspecto más importante lo constituye la regla de juicio, que permite al juez resolver siempre. Y concluye: "Toda artificiosa contraposición entre aspecto objetivo y aspecto subjetivo está netamente superada, desplazando el centro de gravedad, del estudio de la actividad procesal de las partes, dirigida a conseguir un resultado útil, a la actividad de juicio del juez." Al comienzo de su obra<sup>87</sup> recalca, precisamente, que el aspecto evolutivo más importante de esta noción en el derecho moderno, consiste en considerarla como una regla fundamental de juicio para el juzgador.

Más adelante vuelve MICHELI sobre el tema<sup>88</sup>, y observa que "desde este ángulo visual (el de la legitimación para la prueba) resultará todavía más inconsistente la denominada *carga objetiva*" y aporta nueva luz "acerca de la efectiva consistencia jurídica del concepto de carga (subjetiva)".

Luego critica a quienes hablan de carga objetiva de la prueba para el ministerio público o el curador (sindico, entre nosotros) de la quiebra y en otros casos análogos, pues no obran por interés propio, y rechaza este concepto, porque es del todo superfluo buscar un interés personal del agente para explicar la carga subjetiva. Estamos de acuerdo, ya que lo importante es la condición formal de parte en el proceso y el ejercicio del poder-carga en interés de la causa que se defiende, no importa que sea personal o ajena, que se obre por interés propio, en interés general o de otra persona, o como sustituto procesal (*cfr.*, núm. 121), pues en todo caso la actividad probatoria busca el triunfo de las pretensiones o excepciones que se están afirmando; desde que haya un sujeto de ese poder-carga cuya actividad se contempla para su ejercicio, estamos en presencia del aspecto subjetivo de la noción.

Disentimos, sin embargo, de MICHELI, en cuanto estima que en

<sup>87</sup> MICHELI: Ob. cit., págs. 56-57.

<sup>88</sup> MICHELI: Ob. cit., núms. 19-21, págs. 131-145.

esos casos "quien está legitimado para la prueba no es el titular de un poder-carga de probar, sino de un poder, funcionalmente conexo a un deber" (el deber de obrar en defensa o interés de este tercero)<sup>89</sup>. Creemos que quien tiene la condición formal y procesal de parte, es siempre titular del poder-carga de probar, no importa que carezca de interés sustancial para obrar y de legitimación de la causa, y que al mismo tiempo tiene legitimación para la prueba, pues la carga de ésta es una noción procesal, y, por lo tanto, opera exclusivamente en el proceso. No puede ser titular del poder-carga de probar quien no es parte formal en el proceso, aunque sea sujeto único o concurrente de la relación jurídica material discutida; solamente cuando interviene en forma principal o como coadyuvante, adquiere el poder-carga de probar, sin afectar por eso el poder que corresponde al demandante cuya causa defiende (*cfr.*, núm. 31, puntos 11 y 101)<sup>90</sup>. Muy diferente es la situación del apoderado o representante legal o contractual (del padre, o del gerente de una sociedad, por ejemplo), porque entonces el representado es quien tiene la condición de parte, la legitimación para la prueba y la carga, y aquél se limita a obrar en su nombre.

De esta suerte, MICHELI usa las denominaciones de carga subjetiva y objetiva de la prueba, especialmente en los títulos de los párrafos, pero considera que la segunda no es correcta y tampoco la clasificación misma, y trata en varios lugares de los dos aspectos de la noción única. En el capítulo IV, que versa sobre la regla de juicio, dice nuevamente que "no existen dos aspectos antitéticos, o cuando menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio".

CARNELUTTI<sup>91</sup> habla con mucha propiedad de las dos funciones de la carga de la prueba: la de otorgarle al juez la regla de juicio para evitar el *non liquet* y fijar los hechos desconocidos, y la de estimular a las partes en su actividad probatoria. El mismo concepto se encuentra en otras de sus obras<sup>92</sup>.

Por nuestra parte, rechazamos la clasificación de carga de la prueba objetiva y subjetiva, porque conduce a hacer creer que existe verdaderamente la primera, lo cual es inexacto, por las siguientes razones:

1ª) Implica una *contradictio in adjecto*, como observa MICHELI, porque si la carga es un poder o facultad (en sentido amplio), no se la puede concebir sin el sujeto titular de ese poder, y por lo tanto, es siempre una noción subjetiva.

<sup>89</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, pág. 134.

<sup>90</sup> DEVIS ECHANDIA: *Tratado*, t. II, núms. 346-348 y 352, y *Nociones generales*, ed. cit., núms. 166-170 y 185-203.

<sup>91</sup> CARNELUTTI: *Prove civile e prove penali* en *Studi di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1925, t. 1, págs. 210-213.

<sup>92</sup> CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, e *Istituzioni*; véanse citas en el Apéndice de *La prueba civil*, núm. VII.

2ª) No puede concebirse esa carga objetiva en cabeza de ninguna de las partes, porque se incurre en contradicción al darle carácter subjetivo, hecho que no desaparece por la circunstancia de tratarse de parte que actúa en interés ajeno y no propio, pues la naturaleza del interés que se defiende no modifica la situación procesal de ser una parte interesada en el éxito de la causa y cuya actividad probatoria es necesaria para tal propósito; en consecuencia, la carga actúa como un estímulo para su actividad, exactamente como si obrara por interés personal.

3ª) Tampoco puede decirse que la carga objetiva recaiga sobre el juez, ya sea en el proceso dispositivo o inquisitivo; en el primero, porque se contemplaría únicamente la regla de juicio que le señala cómo debe resolver cuando falta la prueba, y tal regla no impone una carga (ya que, por ello, será un simple poder o una simple facultad para decidir de fondo y en contra de quien debía suministrar la prueba, de libre ejercicio y, por lo tanto, pudiendo abstenerse de utilizarla y pronunciar en cambio un *non liquet* o resolver de fondo, pero en sentido diferente, y esto es inaceptable), sino un deber de imperativo cumplimiento, cuya inobservancia significa violación de la ley y puede constituir, inclusive, una causal de casación<sup>93</sup>; en el proceso inquisitivo, ocurre lo mismo, porque la ley le impone al juez esa actividad probatoria como un deber y no como una facultad que pueda o no ser ejercitada libremente; además, su inactividad nunca se traduce en perjuicio para él, pues cuando decreta y practica pruebas no obra en interés propio, ni como defensor de ninguna de las causas que en el proceso están en conflicto, sino exclusivamente por el interés general o público en la realización del derecho, que representa el fin del proceso<sup>94</sup>.

4ª) La carga de la prueba siempre es subjetiva y recae exclusivamente sobre las partes (incluyendo los terceros intervinientes), porque no se puede prescindir del sujeto que sufre las consecuencias adversas de la falta de certeza; esto implica que ella determina quién debe evitar ese perjuicio y, por dicho motivo, a quién corresponde observar la carga, por estar asumiendo aquel riesgo. Pero como la regla de juicio que la carga de la prueba contiene es general y abstracta, puede hablarse de un aspecto objetivo de la noción, como lo hemos hecho en el número anterior, pero sin que esto signifique una carga objetiva, porque esa falta de certeza, que conduce a que el juez aplique la regla de juicio, es inseparable del riesgo de la falta de prueba que pesa sobre la parte que reclama la aplicación de la norma jurídica cuyo presupuesto es ese hecho incierto, y que sufre el perjuicio

<sup>93</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 36, págs. 233-236, y autores citados allí.

<sup>94</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 44, y *Nociones generales*, núm. 56.

de la decisión adversa. Se ve claramente que es imposible desligar el aspecto objetivo de la noción, de su aspecto subjetivo.

Ya hemos dicho varias veces que el aspecto objetivo de la noción tiene la misma importancia en los procesos dispositivos e inquisitivos; pero el primero implica mayores posibilidades de que el juez necesite utilizarlo, porque es más frecuente que la prueba resulte incompleta cuando depende de la actividad de las partes. En cambio, el aspecto subjetivo reviste mayor importancia en el proceso dispositivo, porque el juez no puede suplir la inactividad de las partes, y sólo de ellas depende que aquél deba recurrir al sucedáneo de la regla de juicio.

Por el aspecto objetivo, la carga de la prueba determinará cuáles son los hechos cuya falta de prueba obliga al juez a recurrir a la regla de juicio que en ella se contiene, para decidir en el fondo, y por lo tanto, debe ser examinado por tal funcionario en el momento de resolver. Si el juez dispone de suficientes elementos de convicción para considerar ciertos los hechos que constituyen el fundamento de las normas sustanciales que debe aplicar, no necesita ni puede recurrir a la regla de juicio que aquella noción contiene, y no interesa saber, para estos efectos, quién aportó esas pruebas. En este sentido tiene razón ROSENBERG<sup>95</sup>, cuando observa que como el juez debe atenerse al contenido íntegro de los debates, “*sólo importan los hechos que se han demostrado*, y es indiferente saber quién los demostró”, y que “el concepto de la carga de la prueba no exige ni presupone una distribución de las pruebas” entre las partes.

En cambio, cuando el juez no obtiene la certeza o convicción sobre esos hechos, como debe resolver el litigio de acuerdo con la regla de juicio, está obligado a determinar a quién corresponde evitar esa falta de prueba, para lo cual necesita recurrir al aspecto subjetivo de la noción.

b) CARGA ABSTRACTA Y CONCRETA DE LA PRUEBA. Con esta clasificación ocurre lo mismo que con la anterior, pues contempla en realidad dos aspectos de la noción, por lo cual es mejor hablar de éstos. Además se presta a confusiones.

ROSENBERG acepta esta clasificación. Dice: “En conformidad con la distinción entre las características abstractas de la ley y el estado concreto de cosas del proceso singular es posible distinguir entre *carga abstracta de la certeza*, cuyo contenido y alcance se deriva de las características definidoras de la ley, y la correspondiente *carga concreta*, cuyo contenido y alcance se determinan por el modo de presentar las partes sus afirmaciones”<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, número 3, págs. 18-32.

<sup>96</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, número 13, pág. 153.

El párrafo anterior significa que cuando la ley determina cuáles son los hechos que deben probarse para que pueda ser aplicada, se tiene la carga abstracta; y cuando se contempla la situación creada por la manera como las partes presentan sus afirmaciones, se trata de la carga concreta. Esto lleva a admitir que la conducta de las partes puede alterar el contenido y alcance de la noción en un proceso determinado. Sin embargo, un poco antes afirma ROSENBERG que “el alcance de la carga de la prueba se halla exactamente fijado por normas abstractas”, y advierte que la conducta del adversario y la contestación que dé a las afirmaciones de la otra parte, no pueden modificar el alcance de la noción ni agregar nuevos hechos a los que, conforme a la norma, le corresponde probar a cada una<sup>97</sup>. Más adelante insiste en esta opinión, y habla de la “insignificancia del papel de parte” en relación con la manera como opera la carga de la prueba, porque “el proceso concreto no ejerce influencia sobre la distribución de la carga de la afirmación y de la prueba” y “el papel de parte no tiene importancia para la distribución de la carga de la prueba”, lo cual explica así: “Si cada parte tiene la carga en cuanto a los presupuestos de la norma jurídica cuyo efecto reclama para sí, lógicamente debe ser indiferente al hecho de que desea hacer constar este efecto en el proceso en calidad de demandante o demandado”: por eso, la carga opera igual, respecto de cada parte, tanto cuando se pide la declaración de *existencia* de una relación jurídica y el demandado opone hechos impositivos de su nacimiento, como cuando éste obra en calidad de demandante para que se declare la inexistencia de tal relación con fundamento en estos hechos, y aquél, como demandado, alega que se constituyó válidamente<sup>98</sup>.

Como puede observarse, hay cierta contradicción en los conceptos de ROSENBERG sobre estas clases de carga de la prueba, porque, conforme a las últimas citas, no es posible aceptar una carga concreta distinta de la abstracta que contempla la ley; por otra parte, identifica la carga de la *certeza* con la *objetiva* de la prueba, como vimos, mientras que al hablar de carga concreta de la certeza contempla la situación de las partes en el proceso y, por ende, el aspecto *subjetivo*, lo cual encierra también una contradicción.

Las explicaciones de ROSENBERG acerca de la manera de distinguir estas dos clases de carga de la prueba, son demasiado sutiles. Dice que “la relación entre la carga concreta y la carga abstracta de una certeza es una relación de dependencia, de subordinación, lo mismo que la relación entre el estado concreto de cosas y las características abstractas de la ley”; y agrega: “El juez debe considerar y aclarar tanto las características abstractas como la carga abstracta de la certeza; las afirmaciones concretas de las partes en el litigio sólo adquieren importancia cuando hacen conocer o contienen una de las características

<sup>97</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 12, pág. 148.

<sup>98</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 13, pág. 158.

abstractas; por lo tanto, deben ser comparadas con éstas"<sup>99</sup>. Luego pone estos ejemplos: en el juicio de divorcio, la carga abstracta de la certeza comprende las características señaladas en la ley como causales de divorcio, como la conducta deshonesto o inmoral, mientras que la carga concreta de la certeza tiene por objeto "las afirmaciones de hecho con las cuales el demandante trata de mostrar esas características legales como realizadas en el matrimonio de las partes"; en la demanda por devolución de un préstamo, la carga abstracta se refiere a las circunstancias que, conforme a la ley, constituyen ese contrato (entrega de dinero o cosas fungibles en calidad de préstamo) y la carga concreta "depende de la afirmación del demandante de que el demandado recibió de él 100 D. M. y se obligó a devolverlos".

Como fácilmente se comprende, la carga concreta se reduce en la teoría de ROSENBERG, a la afirmación de que en el caso concreto se cumplen las características contempladas en la ley sustancial, o sea, en la carga abstracta. No vemos entonces la utilidad de semejante distinción, porque la noción de carga de la prueba opera exclusivamente en el proceso, y por lo tanto, contempla siempre esa situación concreta; es correcto separar la norma legal definidora de esas características y los hechos concretos afirmados por las partes en el proceso, que forman el tema de la prueba, pero sólo puede hablarse de carga de la prueba respecto de los últimos.

MICHELI consagra un número de su obra a estudiar la "carga de la prueba concreta y abstracta"<sup>100</sup>. Critica esta clasificación, y dice que como resultado de una "inexacta valoración sustancial de la posición de parte", se habla a veces de *Angrößer* y de *Angegriffene*, "tomando en consideración no ya el aspecto dinámico del proceso y, por lo tanto, el juego que en el mismo se desarrolla entre pretensión y contrapretensión, sino refiriéndose a una situación jurídica abstracta que una parte estaría encaminada a modificar"<sup>101</sup>. Observa que "mediante esta carga concreta se indica el concreto tema de prueba"<sup>102</sup>, lo cual respalda nuestra afirmación de que ese enfoque sirve para distinguir el tema y la carga de la prueba, pero no para clasificarla en abstracta y concreta. Reclama la necesidad de sustituir la valoración estática del proceso por una dinámica, y recuerda que la regla de la carga de la prueba en el proceso civil "no es en absoluto independiente de la estructura del proceso concreto", porque las perspectivas sustancial y formal del fenómeno "se fundan en la misma consideración integral del proceso, entendido como medio para la realización del derecho objetivo". Concluye diciendo que es superfluo distinguir entre una carga

<sup>99</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 154.

<sup>100</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 73, págs. 455 y 458.

<sup>101</sup> MICHELI, cita a ENDEMANN: *Lehrbuch*, pág. 496, a ROSENBERG y a CAENELUTTI: *Istituzioni* . . . , pág. 187.

<sup>102</sup> MICHELI: Ob. cit., n. 74, pág. 456.

de la prueba abstracta y una concreta, en cuanto a la distribución de las consecuencias de la falta de certeza sobre determinados hechos relevantes, es decir, para la aplicación de la regla de juicio.

Compartimos las críticas de MICHELI, por las razones expuestas al comentar las opiniones de ROSENBERG. Creemos que siempre que la carga de la prueba contemple la situación de las partes, los hechos que les interesa probar y el riesgo que asumen por su falta de prueba, tiene un carácter *concreto*. Solamente cuando se contempla la regla de juicio que en ella se contiene, dirigida al juez para que resuelva de fondo si no existe prueba suficiente, puede hablarse de un *aspecto abstracto* de la noción, como varias veces lo hemos explicado (*cf.*, núms. 43 y 127); pero entonces se identifica con el aspecto objetivo, que acabamos de estudiar. La clasificación propuesta es inútil e inexacta. Indudablemente, no se puede prescindir de la situación sustancial de las partes, esto es, de lo que afirman para reclamar la aplicación en su favor de una norma sustancial; en esto están de acuerdo ROSENBERG y MICHELI. Pero este último tiene razón al decir que esa situación es inseparable del proceso concreto; por ello creemos que tampoco pueden escindirse las perspectivas sustancial y formal de la noción, entendiendo por ésta la que se afirma en el proceso, y por aquélla, la contemplada en la norma legal, porque es en el proceso donde adquiere realidad y dinamismo.

c) CARGA DE LA PRUEBA FORMAL Y MATERIAL. Esta clasificación tiene menos fundamento que las anteriores. Se ha utilizado en el campo del derecho procesal penal, mas, como observa ROSENBERG, sus denominaciones "se prestan a malas inteligencias y, por eso, no están libres de reparos y, sobre todo, no están fundadas correctamente"<sup>103</sup>. ROSENBERG no explica esta crítica; no obstante, creemos que se refiere a que la clasificación hace pensar en la distinción, rechazada por la doctrina contemporánea, de verdad formal y material como fin de la prueba judicial (*cf.*, núms. 55-56). Por otra parte, si se contempla con ella la diferente perspectiva sustancial y formal, que comentamos al examinar la anterior clasificación de abstracta y concreta, le son aplicables las críticas que a ésta le hicimos. Por último, si con la clasificación de la carga de la prueba en formal y material se pretende distinguir el sistema de valoración de tarifa legal o libertad del juez, en el sentido de que el primero implica la carga de probar formalmente los hechos y el segundo la de probarlos real o materialmente, no resulta menos equivocada, porque se confunden dos aspectos muy diferentes de la actividad probatoria, y porque, además, la carga de la prueba es una misma, cualquiera que sea el sistema que el juez deba aplicar para valorarla. Rechazamos, pues, esta última clasificación.

<sup>103</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 3, pág. 15.

## 126. Características esenciales de la regla sobre la carga de la prueba

Podemos señalar como características esenciales de esta noción, las siguientes:

a) FORMA PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO. Esta característica resulta evidente si se piensa que, precisamente, permite al juez decidir de fondo sobre la actuación del derecho sustancial en el caso concreto, cuando falta la prueba de los hechos que constituyen su presupuesto<sup>104</sup>.

b) ES UNA REGLA GENERAL PARA TODA CLASE DE PROCESOS. Su aplicación no se limita al campo del proceso dispositivo civil. Las facultades inquisitivas del juez, sea civil, penal o de otra jurisdicción, pueden hacer menos numerosos los casos en que deba recurrirse a ella, pero no los eliminan, pues siempre es posible que fracase la prueba y que el juez se encuentre ante una falta de certeza; por lo tanto, en estos procesos se conserva su vigencia e importancia (*cfr.*, núms. 21-23). En contra opinan FLORIAN, CHIOVENDA y KOHLER, quienes reducen su aplicación al proceso dispositivo<sup>105</sup>. En favor de su vigencia en los procesos inquisitivos se pronuncian, entre otros, FENECH, VISHINSKI, SICARD, MICHELI, ROSENBERG, CARNELUTTI, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA y Aurelio SCARDACCIONE<sup>106</sup>.

c) CONTIENE UNA REGLA DE JUICIO PARA EL JUEZ Y UNA PAUTA PARA LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LAS PARTES. La primera permite y ordena al juez decidir de fondo, a falta de prueba o certeza sobre los hechos, prohibiendo el *non liquet*; la segunda les señala a las partes los hechos cuya prueba les interesa que sea practicada y que, por consiguiente, les conviene aportar o pedirle al juez que la practique. Es esencialmente regla de juicio y sólo indirectamente contempla la actividad de las partes.

Ambos aspectos operan tanto en el proceso dispositivo como en el inquisitivo, penal, laboral o civil (*cfr.*, núms. 21-23).

<sup>104</sup> ROSENBERG: *Ibidem*, núm. 3, pág. 11.

<sup>105</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núms. 62 y 175; CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 280, pág. 111; KOHLER: Cita de CHIOVENDA.

<sup>106</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, páginas 536-588; VISHINSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, págs. 217-219; SICARD: *La preuve en justice*, París, Librairie du Journal des Notaires, 1960, pág. 39; MICHELI: *Ob. cit.*, números 26 y 40, págs. 170-172 y 248-254; ROSENBERG: *Ob. cit.*, núm. 3, págs. 21-30, y núm. 8, pág. 86; CARNELUTTI: Citas en Apéndice de *La prueba civil*, VII, especialmente de *Istituzioni...*, t. I, pág. 214; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1959, págs. 115-116; SCARDACCIONE: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, Le prove*, Torino, 1965, págs. 7-10.



d) NO DETERMINA QUIÉN DEBE LLEVAR LA PRUEBA, SINO QUIÉN ASUME EL RIESGO DE QUE NO SE PRODUZCA. Esto es consecuencia del principio de la comunidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31, punto 4º), conforme al cual su origen, o sea la parte de quien provenga o su obtención oficiosa por el juez, no altera su valor probatorio, que es igual cualquiera que resulte favorecido por ella. Más adelante volveremos sobre este punto (*cfr.*, núms. 127 y 129-130).

e) DEBE SER UNA REGLA OBJETIVA CONSAGRADA EN LA LEY. Los legisladores, por lo común, regulan la aplicación de la carga de la prueba, y, en consecuencia, no se modifica por la contestación que dé una parte de las afirmaciones de hechos de la otra (la admisión constituye una prueba del hecho, equivalente a la confesión, como vimos en el núm. 44 y veremos luego [*cfr.*, núm. 156], y hace innecesarias más pruebas, pero no altera el principio que impone a esta parte la carga de que resulte probado), ni por la mayor o menor dificultad en que se encuentra la parte gravada para suministrar la prueba<sup>107</sup>, ni tampoco por la naturaleza de los hechos. Cuando la ley y la doctrina exigen de prueba un hecho, como sucede con los notorios y las negaciones o afirmaciones indefinidas, no imponen a la parte contraria la carga de probarlo, sino la de demostrar los otros hechos que alegue para desvirtuar o modificar aquél<sup>108</sup>. Nos remitimos a lo expuesto sobre hechos excluidos del tema de prueba y utilidad de la prueba, en los núms. 46 y 97.

De dos maneras puede ser regulada por la ley esta carga: consagrando un principio general único, difícil de enunciar, o estableciéndola para casos especiales o para ciertas materias como las obligaciones, tal como ocurre con el art. 1757 del Código Civil colombiano y los textos análogos de los códigos francés, español e italiano (pero la doctrina ha deducido de estos textos una regla general, como vimos en el número 126). Es frecuente que se combinen estos sistemas, porque los legisladores se inclinan a contemplar casos determinados a pesar de que exista una regla general.

Si la ley le otorgara al juez la facultad de determinar los hechos que debe probar cada parte, es decir, la facultad de distribuir libremente la carga de la prueba, se convertiría ésta en una regla subjetiva y singular. Esta libre distribución no ha sido acogida por los legisladores, ni por la doctrina, porque equivale a dejar al arbitrio del juez la decisión sobre los hechos del litigio, lo cual debe hacerse mediante normas jurídicas, cuya aplicación pueda ser revisable por el superior, e inclusive en casación, y que permitan a las partes adoptar las precau-

<sup>107</sup> Nuestra Corte aplicó este criterio, en sentencia de casación civil del 31 de julio de 1936, "G. J.", t. LXXI, núm. 1914, pág. 106.

<sup>108</sup> ROSENBERG: *Ob. cit.*, págs. 140-148; MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 80, pág. 487; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, núm. 101, pág. 129.

ciones necesarias para evitar sorpresas en el proceso que pueda presentarse y para adquirir seguridad en el comercio jurídico<sup>109</sup> (*cf.*, punto c de este número).

f) SU APLICACIÓN CONSTITUYE UNA CUESTIÓN DE DERECHO. Esto es consecuencia del punto anterior; si la misma ley regula su aplicación, el error del juez en esta materia constituye violación de dicha norma y, por lo tanto, cuestión de derecho, susceptible de ser alegada en casación<sup>110</sup>. Ese error puede tener dos aspectos: haber recurrido el juez a la noción de carga de la prueba, no obstante existir prueba suficiente del hecho, por considerarla insuficiente o por no tenerla en cuenta, en cuyo caso existiría una equivocada apreciación de ésta; o haber hecho recaer la carga sobre la parte no gravada con ella, cuando efectivamente falte la certeza sobre el hecho. Si la ley pone en manos del juez la distribución de la carga, pasa a ser una cuestión de hecho.

g) DEBE APRECIARSE CON UN CRITERIO OBJETIVO. LOS CASOS DE DIFICULTAD, IMPOSIBILIDAD Y OBSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA. Como resultado lógico de las dos anteriores características, el juzgador toma de la ley el criterio para la distribución de la carga y la aplicación de las consecuencias de la falta de certeza, sin que las circunstancias especiales de las partes ni la dificultad en obtener la prueba, lo determinen ni modifiquen<sup>111</sup>.

*El caso de la imposibilidad de suministrar la prueba* se presta a discusiones. La jurisprudencia se ha inclinado a exonerar de la prueba escrita exigida por la ley, a la parte que se encontraba en imposibilidad física o moral de obtenerla (lo último, por ejemplo, cuando el contrato versa entre padre e hijo), por la notoria injusticia que tal exigencia representaría<sup>112</sup>; LESSONA, en cambio, sostiene que "la imposibilidad no priva del deber de la prueba"<sup>113</sup>.

Creemos que este tratadista tiene razón, si se toma el concepto en un sentido general, es decir, que no puede alegarse imposibilidad personal para suministrar toda clase de pruebas, pues esto sólo puede ocurrir cuando el hecho en sí sea imposible metafísica, física o matemáticamente (los dos últimos en opinión de expertos y no conforme al

<sup>109</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 6, pág. 58.

<sup>110</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. III, núm. 1418, pág. 763; ROSENBERG: Ob. cit., núm. 6, pág. 58; MICHELI: Ob. cit., núm. 36, pág. 233-236. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Casación de Chile, sent. cit. por EMILIO RIOSCO ENRÍQUEZ: *La prueba ante la Jurisprudencia*, 1958, pág. 35. También la Corte colombiana: cas. civ., 16 marzo 1955, "G. J.", t. XXIV, pág. 1; Orozco: Tomo VII, pág. 641.

<sup>111</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1929, núm. 37, pág. 45; LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 101, págs. 130-131 y citas en el núm. 672.

<sup>112</sup> SICARD: *La preuve en justice*, París, Librairie du Journal des Notaires, 1960, pág. 248.

<sup>113</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 101, pág. 130.

critorio del juez, que puede ser deficiente) o no sea susceptible de prueba, como sucede en las negaciones y afirmaciones indefinidas, pues en este caso dicha circunstancia lo excluye como objeto concreto de prueba, o cuando la ley prohíba expresamente investigar el hecho, y entonces la razón determinante es el mandato legal y no la imposibilidad de probarlo (*cf.*, núm. 46, punto *c*, y 97, punto *d*). Mas la imposibilidad de suministrar un medio especial de prueba es diferente: cuando la ley exija ese medio como requisito *ad substantiam* (como la escritura pública en compraventa o hipoteca de inmuebles), tampoco es admisible la alegación de la imposibilidad física o moral de producirlo; pero cuando se exige *ad probationem*, como el documento privado o principio de prueba escrita para obligaciones civiles de valor superior a cierto límite, creemos que la doctrina francesa debe aceptarse, aunque no haya norma legal que la consagre, como sucede en Colombia, en el sentido de que, no obstante pesar sobre esa parte la carga de probar tal hecho, se la exima de la necesidad de suministrar ese medio específico. La regla sobre distribución de la carga de probar no sufre por ello alteración y, en consecuencia, no se trata de una excepción a su carácter objetivo.

El caso de la *abstrucción de la prueba* por la parte contraria es diferente. La imposibilidad o la dificultad extrema (que, por este motivo, debe asimilarse a aquélla) de suministrar la prueba, se debe a la conducta ilícita de esa parte, que viola los deberes de probidad y lealtad que configuran uno de los principios fundamentales del derecho probatorio (*cf.*, núm. 31, punto 6º). La jurisprudencia francesa mencionada tiene entonces una aplicación indispensable en cualquier país, sin necesidad de norma legal que la consagre. Por dicha razón, en Alemania no han vacilado en aplicar esa tesis los tribunales y en aceptar la doctrina<sup>114</sup>; igual cosa sucede en Italia<sup>115</sup>.

Pero no se trata de modificar la distribución de la carga de probar, sino más bien de exonerar de prueba al hecho como consecuencia de una presunción de hombre, o legal, si está consagrada, por lo cual tampoco es una excepción al carácter objetivo de la regla. Nuestro Código de Procedimiento Civil aplica este criterio en los casos de declaración de confeso, cuando no concurre a absolver posiciones quien es citado legalmente a hacerlo, en el reconocimiento tácito de documentos cuando no se obedece la citación para tal diligencia, y en la exhibición de documentos o cosas cuando, decretada, no se presentan. Otros ejemplos son los casos de distribución u ocultamiento del documento u objeto por la parte contra quien debía aducirse como prueba, lo mismo que de secuestro u ocultamiento de testigos, dehidamente comprobados, y otros casos análogos. La prueba de tales circunstancias debe sumi-

<sup>114</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 206.

<sup>115</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, núm. 102, pág. 131.

nistrarse en oportunidad legal, y serían hechos nuevos para solicitar término probatorio con tal fin en segunda instancia.

La condición de demandante o demandado tampoco influye en la aplicación de la regla, como bien lo observa ROSENBERG<sup>116</sup>, pues ésta tiene en cuenta únicamente la alegación de los hechos y su situación como presupuesto de la norma sustancial que consagra los efectos jurídicos perseguidos, siendo indiferente la posición que se tenga en el proceso. Por ejemplo, a quien alega el cumplimiento de un contrato corresponde probarlo, sea que oponga la excepción como demandado o que obre como demandante para que se declare satisfecha o inexistente su obligación; lo mismo puede decirse de todas las demandas de declaración negativa. Esto lo explicaremos mejor al tratar de la regla general sobre la carga de la prueba (*cf.*, núm. 129).

Cuando el juez esté autorizado para distribuir la carga de la prueba en cada proceso, debe obrar también con un criterio objetivo, atendiendo a la regla general y no a la posición procesal de los litigantes<sup>117</sup>.

Otra consecuencia del carácter objetivo de la regla es que, en general, el silencio del demandado no exonera al actor de la carga que conforme a dicha regla le corresponde, a menos que la ley procesal expresamente consagre la carga de oponerse a las pretensiones de la demanda o de negar sus hechos, para que no se consideren admitidos y probados<sup>118</sup>; pero en estos casos no se invierte la carga de probar, sino que opera una admisión que es prueba suficiente de los hechos de la demanda (*cf.*, núms. 44 y 156).

Igualmente, si el demandado resuelve desplegar una actividad probatoria para demostrar la inexistencia de los hechos alegados por el demandante, a pesar de que éste no aduzca prueba de ellos y de responderle la carga, y de que a aquél le bastaría negarlos o guardar silencio si la ley no lo asimila a admisión, tal actividad probatoria no invierte ni altera la regla general sobre distribución de la carga de la prueba; se tratará de una prueba innecesaria o para mayor abundamiento, pero al juez le bastará la inobservancia de la carga por el demandante para dictar sentencia desestimatoria de sus pretensiones<sup>119</sup>. La simple negación de hechos integrantes de la pretensión del actor no constituye un hecho impeditivo ni excluyente, ni tampoco una ex-

<sup>116</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, número 13, pág. 158.

<sup>117</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 80, pág. 487.

<sup>118</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 16, pág. 113; LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núms. 133 y 138, págs. 167 y 174; Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*, ed. cit., t. II, pág. 191.

<sup>119</sup> RIGOT: *Tratado de las pruebas*. Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 33, pág. 91; BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1929, t. I, núm. 50, pág. 64; LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núms. 130 y 138 *bis*, págs. 162-165 y 175.

cepción que imponga la carga de probar al demandado, como veremos más adelante (*cfr.*, núm. 129, puntos *a* y *b*).

*h*) ES UNA REGLA SUSTITUTIVA O SUCEDÁNEA DE LA PRUEBA Y, POR LO TANTO, EVENTUAL. Esto es consecuencia de la regla de juicio que en ella se contiene, para regular la decisión cuando falta la prueba; si ésta es suficiente, aquélla no puede tener aplicación. Se dice, por esto, que distribuye la falta de certeza y que es una regla para decidir sobre el hecho incierto o desconocido, pero no es sustitutiva de la actividad probatoria de la parte gravada con la carga, sino de la prueba considerada objetivamente, cualquiera que sea su origen; porque, como hemos dicho, al juez sólo le interesa saber si existe la prueba, siéndole indiferente quién la haya aportado. La prueba allegada al proceso no tiene dueño y produce sus efectos respecto de todas las partes y sus pretensiones o excepciones; esto se conoce como principio de la comunidad o adquisición de la prueba (*cfr.*, núm. 31, punto 4º). Sólo cuando falta la prueba debe el juez examinar a quién correspondía suministrarla, para aplicar en su contra las consecuencias sustanciales; es decir, que con ella *no se distribuye la prueba, sino la consecuencia de la falta de prueba o de certeza*. Esto ocurre cuando falta por completo o cuando es insuficiente y el juez no puede disipar las dudas acerca de los hechos. Si se contempla únicamente el aspecto subjetivo de la noción (*cfr.*, núm. 125), como regla de conducta para las partes, que las estimula a probar los hechos que les interesa, parece ser una norma principal y permanente; pero, en realidad, se trata de un efecto indirecto del interés de las partes en que el juez no aplique esa regla de juicio. Lo principal consiste en llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales versa.

MICHELI habla del carácter secundario de la regla, pero, como puede entenderse esto en el sentido de que su importancia es relativa, cuando, en realidad, es enorme, preferimos no utilizar ese término. El mismo autor y muchos otros reconocen que se trata de regla sustitutiva o sucedánea y eventual<sup>120</sup>.

*i*) SÓLO SE APLICA POR EL JUEZ A HECHOS ALEGADOS Y CONTROVERTIDOS (LO SEGUNDO, SI LA LEY ADMITE PARA ELLOS LA PRUEBA DE CONFESSION) Y NO EXENTOS DE PRUEBA. El juez debe basar su decisión en los hechos alegados por las partes, en la oportunidad que la ley procesal

<sup>120</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, números 22, 27 y 80, págs. 145-148, 175-181 y 487-488; ROSENBERG: *Ob. cit.*, núm. 3, páginas 11-25; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 190; KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, págs. 206-209; SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 203; CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edit. Arayú, 1955, núm. 3, pág. 14, y citas del *Sistema...*, *Instituciones y Estudios de derecho procesal* y en el Apéndice de *La prueba civil*, VII, págs. 210-221; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 90, 93 y 104.

señala, pues de lo contrario incurre en incongruencia en relación con la *causa pctendi*<sup>121</sup>; por lo tanto, los hechos que no hayan sido alegados en alguna de esas oportunidades, son ajenos al debate, su prueba no interesa, es indiferente que falte, y no pueden dar lugar a que el juez aplique la regla de juicio para sustituirla. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los hechos accesorios o secundarios no necesitan alegación previa a su prueba, ni siquiera para efectos de la pretensión del demandante<sup>122</sup>, y que cuando la ley no exige alegar las excepciones perentorias y autoriza al juez para declararlas de oficio (como sucede en Colombia, salvo las de prescripción y compensación) tampoco requieren alegación los hechos que las constituyen. En ambos casos la carga de la prueba opera con prescindencia de la alegación previa del hecho.

Además, si el hecho es susceptible de prueba por confesión y la parte contraria lo acepta, queda probado por tal admisión y, en consecuencia, no da lugar a que el juez aplique la regla de juicio; en este sentido es correcto decir que la regla sólo se aplica a hechos controvertidos. No es que se invierta la carga ni que en principio deje de pesar sobre la parte que tiene interés en tal hecho, sino que la admisión es suficiente para que se tengan como cierto, tal como ocurre cuando se produce una confesión. Mas si la ley no acepta la confesión como prueba del hecho, su admisión o falta de controversia no exime de presentar el medio exigido en la ley, y, por este motivo, rige la carga de la prueba (estas figuras procesales de la admisión y la confesión, fueron estudiadas en el número 44 y se volverán a examinar cuando tratemos de la segunda, en el núm. 156). Igualmente, si el hecho requiere prueba distinta de confesión, pero las partes no lo discuten y no es objeto de pronunciamiento en la sentencia, tampoco se debe exigir su prueba, por no ser necesaria para la decisión.

En un sentido más general, puede decirse que la carga de la prueba sólo se aplica a los hechos que constituyen el *thema probandum* en cada proceso, que no hayan sido admitidos ni estén exentos de prueba por gozar de presunción o por su naturaleza de indefinidos o notorios (*cfr.*, núm. 46). Sin embargo, es indispensable aclarar lo siguiente: el hecho mismo exento de prueba no puede dar lugar a que se aplique la regla de juicio, ya que no puede hablarse entonces de que falte su prueba; pero quien afirme el hecho contrario al presumido, indefinido o notorio, como fundamento de su pretensión o excepción, tiene la carga de probarlo. Suele decirse que en tales casos se invierte la carga de la prueba; pero en realidad ésta no opera respecto de tal hecho, sino del que se le opone para desvirtuarlo. En otras palabras,

<sup>121</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núms. 388 y 488; *Nociones generales de derecho procesal*, núms. 226 y 253.

<sup>122</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núm. 426, y *Nociones generales*, número 244.

no se trata de que el adversario pruebe que el hecho presumido o notorio o indefinido no existe, sino que debe probar el hecho contrario no exento de prueba y, si no lo hace, el juez aplica en su contra la regla de juicio (*cfr.*, núms. 46 y 130).

j) SU INFLUENCIA SE EXTIENDE A TODO EL PROCESO, PERO SE APLICA POR EL JUEZ EN EL MOMENTO DE DECIDIR. Lo primero en cuanto estimula y orienta la actividad probatoria de las partes, ya que contribuye a determinar su legitimación para la prueba y guarda estrecha relación con sus afirmaciones (aspecto subjetivo y concreto); lo segundo, porque su fin primordial es permitir la decisión de fondo cuando la prueba no otorga la necesaria certeza. Algunos autores dicen que su aplicación ocurre en la sentencia; no obstante, como en el curso del proceso se presentan otras decisiones, es mejor hablar de éstas en general <sup>123</sup>.

k) REGULA LA PREMISA MENOR DEL LLAMADO SILOGISMO JUDICIAL. Esto es, se refiere a los hechos del proceso que deben corresponder a los contemplados en la norma sustancial como presupuestos para su aplicación (*cfr.*, núms. 43-44). Pero no nos referimos exclusivamente a la sentencia, sino, como acabamos de decirlo, a todas las decisiones, interlocutorias o definitivas, que en el curso del proceso deban pronunciarse con base en hechos probados <sup>124</sup>.

l) ES INDEPENDIENTE DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS Y DE LOS DEBERES DE VERACIDAD, LEALTAD Y PROBIDAD QUE TIENEN LAS PARTES. Puede decirse que, en un proceso regido por el sistema de la libre apreciación de las pruebas por el juez, es menos frecuente la falta de certeza sobre los hechos y, en consecuencia, la aplicación de la carga como regla de juicio; mas de ninguna manera que sólo cuando rija la tarifa legal sea importante esta noción, y mucho menos que sólo entonces tenga vigencia. Lo opuesto equivale a sostener que con libre apreciación hay siempre prueba perfecta, lo cual es contrario a la realidad. Es una situación similar a la que se presenta en los procesos inquisitivos (*cfr.*, punto 6 de este número). La importancia de esta noción sigue siendo trascendental en el moderno proceso inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas, porque su doble función continúa siendo idéntica (permitirle y ordenarle al juez fallar de fondo cuando no encuentra prueba suficiente y servirle de guía y estímulo a las partes en su actividad probatoria) e inclusive, como observa ROSENBERG, influye en la misma apreciación libre, porque "una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erró-

<sup>123</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 2, págs. 6-7, y núm. 6, págs. 56 y 65; MICHELI: Ob. cit., núm. 21, págs. 142-145; CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 5, páginas 21-22; *Studi di diritto processuale civile*, ed. cit., t. I, pág. 259, e *Istituzioni...*, t. I, pág. 214; citas en Apéndice de la primera, VII, pág. 219-221; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 190.

<sup>124</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, número 2, pág. 17; véanse citas anteriores.

neas" en la sentencia <sup>125</sup>. Los autores están de acuerdo por lo general en esta tesis <sup>126</sup>.

Los deberes de veracidad, probidad y lealtad, que el derecho procesal moderno impone a las partes, en toda clase de procesos, tampoco menguan la importancia de la carga de la prueba, pues, aunque se cumplieran a cabalidad, la doble función que ésta desempeña seguiría intacta; de todas maneras la necesitarían las partes como guía de su actividad probatoria, y el juez, como instrumento para decidir en el fondo cuando le faltara la certeza sobre los hechos. Aun suponiendo que las partes llevaran al proceso no sólo las pruebas que las favorecen, sino las que pudieren perjudicarlas y que jamás faltarán a la verdad en sus afirmaciones, con o sin juramento, aquella noción seguiría siendo imprescindible para el proceso y el derecho en general. Además, estos deberes exigen a las partes que si actúan lo hagan con sujeción a la verdad y a la moral, pero no que necesariamente ejerciten su actividad, como claramente lo expresa MICHELI en los siguientes términos <sup>127</sup>: "En verdad, la parte, si quiere, puede permanecer inactiva, pero si actúa, debe decir la verdad, esto es, no debe mentir a conciencia", y concluye negando que influya en absoluto sobre la existencia de la regla de juicio. Y la falta de pruebas puede ser consecuencia de la ignorancia o torpeza de las partes y no de su deseo de ocultarlas. ROSENBERG opina lo mismo <sup>128</sup>: "Tampoco el *deber a la verdad* que tienen las partes hace superflua una regulación de la carga de la prueba."

U) SE DETERMINA NO SÓLO POR LA SITUACIÓN INICIAL DEL PROCESO, SINO POR CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES. Sin duda la demanda y su contestación constituyen el principal factor para distribuir la carga de la prueba; pero, según el concepto de la mayoría de los autores, en el proceso ocurre un verdadero diálogo probatorio, y a medida que se presentan réplicas y contrarréplicas, e inclusive como resultado de las pruebas que se van reuniendo, las partes modifican su situación procesal y el riesgo de la falta de prueba va pasando alternativamente de una a la otra <sup>129</sup>. Igualmente, en el curso del juicio suelen presentarse cuestiones incidentales, por lo común de naturaleza procesal, que tic-

<sup>125</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 6, pág. 61.

<sup>126</sup> ROSENBERG: Ob. cit. núm. 6, págs. 55-57 y núm. 14, págs. 164-165; MICHELI: Ob. cit., núm. 40, págs. 248-254, y autores que aceptan su aplicación en el proceso penal, citados en el punto b de este número; véanse también los autores que cita ROSENBERG en la página 56, notas 10 y 11, entre ellos WACH, quien calificó la tesis como "una de las tonterías más grandes de la jurisprudencia reformista". En contra, KOHLER, DAENZER, ECK y HOLDER, citados por ROSENBERG en las notas 10 y 11.

<sup>127</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 25, págs. 167-168.

<sup>128</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 31 julio 1936, "G. J.", t. XLIV, número 1914, pág. 106. La Corte cita a JOSSEKAND.

<sup>129</sup> ROSENBERG: Ob. cit., trad. de la 3ª ed. alemana, núm. 6, pág. 59.



nen por fundamento hechos propios y distintos de los alegados en la demanda y su respuesta, para cuya prueba se otorga un término especial; en ese caso, la carga de la prueba se distribuye conforme a la posición que las partes tienen en cada incidente.

m) TIENE APLICACIÓN NO SÓLO A LAS CUESTIONES SUSTANCIALES DISCUTIDAS EN EL PROCESO, SINO TAMBIÉN A OTRAS DE CARÁCTER PROCESAL. Las últimas son, precisamente, las incidentales que acabamos de mencionar, y muchas peticiones que pueden resolverse de plano, pero que requieren ciertas pruebas. Cuando el juez decide esos incidentes y peticiones, debe tener en cuenta la regla de juicio sobre carga de la prueba, si ésta no existe o resulta insuficiente; por ejemplo, para resolver sobre incidentes de restitución de términos, de impedimentos procesales conocidos como excepciones dilatorias en nuestro código, nulidades, recusaciones, tachas de testigos y de falsedad de documentos, etc., o sobre peticiones de reconocimiento de apoderados y representantes legales, designación de secuestros por el acreedor, etc. Lo mismo ocurre en la decisión sobre el interés para obrar y la legitimación en la causa. En unos casos se trata de aplicar una norma sustancial, y en los otros, una procesal; no obstante, la situación de las partes y del juez ante la ausencia de la prueba requerida, es siempre una misma <sup>130</sup> (*cfr.*, número 126).

n) SE DIFERENCIA DEL OBJETO Y DEL TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA. Al tratar estas dos nociones, explicamos suficientemente la diferencia con la carga de la prueba (*cfr.*, núms. 33 y 43).

o) ES UNA NOCIÓN COMPLEJA. Ya vimos que presenta, a un mismo tiempo, un aspecto subjetivo y concreto, y otro objetivo y abstracto, pero que no es correcto hablar de diferentes cargas de la prueba (*cfr.*, núms. 124 y 125).

p) ESTÁ CONSAGRADA EN TODOS LOS CÓDIGOS SUSTANCIALES Y DE PROCEDIMIENTO, EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE. En los primeros, pues la carga de la prueba forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho (*cfr.*, punto A de este número), y porque generalmente contiene normas sobre pruebas y siempre regulan situaciones que contemplan la necesidad de probar ciertos hechos; en los segundos, por cuanto regula las facultades y deberes del juez en sus actividades de juzgador y dirige la actividad probatoria de las partes. Pero no es necesario (aunque sí conveniente) consagrarla en una norma general, porque puede estar determinada en los múltiples casos particulares (*cfr.*, núm. 127 y puntos b y c de este número).

<sup>130</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 32, págs. 346-353; MICHELI: Ob. cit., números 75-79, págs. 465-484.

## 127. Importancia de la noción de carga de la prueba

Lo expuesto 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. Nos limitaremos ahora a unas breves observaciones adicionales.

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. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.

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, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, 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 la certeza"<sup>131</sup>.

ROSENBERG tiene razón<sup>132</sup>, cuando dice que esta noción es la espina dorsal del proceso civil y un postulado de seguridad jurídica. Pero esta afirmación debe ampliarse a toda clase de procesos: inquisitivos y dispositivos. Su importancia es grande también en el proceso penal, porque uno de sus postulados fundamentales, que es consecuencia de la misma noción, consiste en absolver al sindicado cuando no haya certeza sobre la responsabilidad, y porque la suerte de su defensa depende en muchos casos de su colaboración en la etapa probatoria.

Como ya lo expusimos, la iniciativa del juez en los procesos inquisitivos y la libertad de apreciación del material probatorio, pueden disminuir la frecuencia de su aplicación, pero no su importancia (*cf.*,

<sup>131</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núms. 90 y 94, págs. 119 y 122; ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, t. II, pág. 191; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 104-105; ROSENBERG: *Ob. cit.*, núms. 3 y 6, págs. 15-17 y 55-59; MICHELI: *Ob. cit.*, núms. 1 y 9, págs. 3-14 y 57; CARNELUTTI: Citas en Apéndice de *La prueba civil*, VII, págs. 218-221.

<sup>132</sup> ROSENBERG: *Ob. cit.*, núm. 6, págs. 55 y 59.

puntos *b* y *c* del número anterior). En toda clase de procesos sirve para sustituir el criterio subjetivo del juez, por el objetivo de la regla <sup>133</sup>.

## 128. Fundamento de la noción de carga de la prueba y de su distribución

El fundamento de la carga de la prueba debe examinarse teniendo en cuenta los dos aspectos de la noción: la regla de juicio para el juez y la distribución de la falta de prueba entre las partes. Generalmente, los autores se refieren al segundo cuando tratan de explicar las razones que justifican su existencia como principio fundamental del proceso.

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.

En cuanto al segundo aspecto, o sea el distributivo de la falta de la prueba, su fundamento es difícil de explicar. Estima CHIOVENDA <sup>134</sup> que no es fácil dar una justificación racional, absoluta y general de la carga de la prueba, y que no puede decirse *a priori* que sea rigurosamente lógica y justa, porque podría afirmarse que lo sería más exigirle al actor la prueba tanto de la existencia de hechos impeditivos o extintivos como de los constitutivos. Rechaza, sin embargo, la segunda opinión, porque sería exigirle demasiado al demandante y podría equivocar, a menudo, a negarle sin motivo alguno la protección jurídica. Y concluye: "Por consiguiente, es, sobre todo, una razón de oportunidad la que obliga a distribuir la carga de la prueba. Pero existe, además, para hacerlo, un principio de justicia distributiva: el principio de la igualdad de las partes".

Aceptamos el parecer del gran maestro italiano, pero creemos que se trata más de una razón de justicia que de oportunidad. Otros autores fundamentan también la distribución de la carga en el principio de la igualdad de las partes ante la ley <sup>135</sup>. Como afirman MICHELI y SILVA MELERO <sup>136</sup>, el art. 1315 del Código de Napoleón (similar al 1757 del C. C. colombiano), se inspiró en las premisas filosóficas que cons-

<sup>133</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 80, pág. 488.

<sup>134</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, pág. 98.

<sup>135</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 72, pág. 454, n. 67; SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, págs. 86-87; ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, págs. 98-99.

<sup>136</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 7, págs. 49-50; SILVA MELERO: Cita anterior.

tituyeron la base de la legislación revolucionaria francesa, especialmente en el art. 2º de la *Declaración de los derechos del hombre*, es decir, en una presunción de libertad del hombre y en el dogma de su igualdad.

ROSENBERG<sup>137</sup> analiza con mayor extensión este tema. Observa que muchos autores hablan, con razón, de las "exigencias de la conveniencia y de la justicia conmutativa", y que si se exigiera al demandante toda la prueba, se dejaría de antemano a la demanda sin probabilidades de buen éxito, y se entregaría el derecho de aquél a la buena voluntad del demandado, quien podría burlarlo mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias, lo cual significaría "un estado de inseguridad jurídica que equivaldría a la falta de toda protección". Cita y comparte esta frase de WACH: "La distribución adecuada y prudente de la carga de la prueba es una de las instituciones más necesarias, o, por lo menos, más deseables del orden jurídico." Rechaza la opinión que deja la distribución de la carga de la prueba al concepto individual que tenga el juez sobre la justicia, porque estaría resolviendo "conforme con sus sentimientos, y no de acuerdo con principios", y entonces desaparecería toda seguridad jurídica, por la disparidad de opiniones. Y termina afirmando que "sólo la propia ley puede ser pauta y guía para el juez".

Compartimos el concepto de ROSENBERG, porque la libertad de apreciación y de producción de pruebas, que el derecho moderno reclama para el juez civil, de comercio y laboral, es distinta de la libertad para regular la carga de la prueba, cuando, a pesar de aquélla, resulte insuficiente. Aquélla es indispensable para una mejor justicia; ésta, en cambio, se convertiría en un peligro para la justicia, pues daría lugar a la incertidumbre y a facilitar la arbitrariedad. La íntima conexión que existe entre el derecho subjetivo y su prueba, exige que de antemano se conozca quién tiene la carga de llevarla al proceso en caso de litigio, sin que a esto se oponga la libertad de medios, ni la libre apreciación, ni las facultades inquisitivas del juez. El principio dispositivo, en cuanto a la prueba se refiere, exige que ésta sea suministrada por las partes; pero "no nos dice cuál ha de ser esta parte", como acertadamente lo explica el mismo autor y lo enseñan quienes aceptan la vigencia de la carga de la prueba en los procesos inquisitivos, inclusive penales (*cfr.*, núm. 126, punto b).

No se trata de una consecuencia del principio de la contradicción de la prueba (*cfr.*, núm. 31, punto 7º), ya que éste exige únicamente que no se produzcan sin audiencia de las partes y sin darles oportunidad de discutir las y desvirtuarlas con argumentos de sana valoración o con otros medios de prueba. En esto aceptamos también la opinión de ROSENBERG<sup>138</sup>; pero nos separamos de él, en cuanto cree que la es-

<sup>137</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 8, págs. 84-90.

<sup>138</sup> ROSENBERG: Ob. cit., págs. 87-88.

estructura contradictoria del proceso es lo mismo que la llamada *forma dispositiva*, pues nos parece que con ésta se debe entender la limitación a las partes de la iniciativa para llevar pruebas y, en un sentido más amplio, para iniciar el proceso y fijar el tema de la sentencia, mas no la discusión o controversia de hechos y pruebas, lo cual es, asimismo, un necesario postulado del proceso inquisitivo (*cfr.*, números 21-22).

La simple lógica no explica a quién debe corresponder la prueba, porque cualquiera que sea la solución que se adopte, puede tener un respaldo lógico, como lo explican CHIOVENDA y ROSENBERG<sup>139</sup>. Empero, nos parece indudable que el principio general que dispone distribuir la carga y no imponerla a una de las partes en su totalidad, sí tiene un evidente fundamento lógico.

Resumiendo ahora nuestro concepto, 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 oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y de su libertad.

## 129. 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 (*cfr.*, núm. 121). Los criterios de autores y legisladores han sido muy diversos; nos parece, con todo, que pueden resumirse en ocho: *a)* el que impone al actor la carga de probar; *b)* el que exige probar a quien afirma; *c)* el que exige al demandante probar los hechos de sus pretensiones y al demandado los de sus excepciones; *d)* el que exige la prueba a quien alegue un hecho o circunstancia anormal; *e)* el que impone la carga a quien innove; *f)* el que tiene en cuenta la naturaleza constitutiva o extintiva e invalidativa de los hechos; *g)* el que atribuye a cada parte la prueba de los hechos que forman los presupuestos de la norma cuya aplicación se reclama; *h)* el que distribuye la carga según la posición de la parte respecto del bien jurídico deseado o el efecto jurídico perseguido. Las estudiaremos a continuación:

*a)* TESIS QUE IMPONE AL ACTOR LA CARGA DE PROBAR, PERO LE DA ESTE CARÁCTER AL DEMANDADO QUE EXCEPCIONA. Este criterio se conoce por las dos máximas latinas heredadas del derecho romano: *onus probandi incumbit actori*, o *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, o *actore non probante, reus est absolvendus*, y *reus in excipiendo fit ac-*

<sup>139</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, pág. 98; ROSENBERG: *Ob. cit.*, pág. 88.

*tor, o reus in excipiendo actor est.* El olvido de la segunda parte ha conducido 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 la 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. En consecuencia, por actor se entiende quien, para obtener una decisión favorable, alega hechos especiales, sea demandante o demandado. Durante mucho tiempo fue el criterio regulador de esta materia en el derecho europeo, a partir del resurgimiento del derecho romano por obra de los canonistas, los intérpretes de Pavía y los juristas de Bolonia (*cf.*, núms. 122-126).

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 puesto de presente muchos autores, es incompleto e insuficiente<sup>140</sup>.

En efecto, no es cierto que el demandante deba probar todos los hechos, positivos y negativos, que sirven de base a sus pretensiones; esto equivaldría a exigirle también la prueba de la ausencia de hechos extintivos o impeditivos, puesto que la decisión favorable del juez debe tener en cuenta no solamente la existencia de los que originan o constituyen el derecho, sino la ausencia de los que pueden impedir su nacimiento o que posteriormente lo hayan podido extinguir o modificar. No basta agregar que si el demandado alega estos últimos hechos, para fundar sus excepciones, le corresponde probarlos, pues esto sólo resuelve el problema a medias, ya que si no propone excepciones, quedaría la carga de la prueba exclusivamente sobre el actor demandante, cualesquiera que fueran los hechos, lo cual tampoco es cierto.

Puede pensarse que la prueba del nacimiento del derecho implica tanto la de los hechos que ordinariamente lo originan, como la de la no existencia de otros que puedan impedir que éstos produzcan sus efectos jurídicos normales; empero, no es posible exigirle al demandante la prueba negativa respecto de los segundos. En consecuencia,

<sup>140</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, págs. 98-99; ROSENBERG: *Ob. cit.*, números 8 y 21-22, págs. 84 y 263-282; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., núms. 104 y 118, págs. 131 y 150; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 337; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 190; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, página 456; CLARO SGLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, t. XII, núm. 1969, pág. 661; EISNER: *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, pág. 61.

las dos máximas clásicas enunciadas no explican suficientemente la verdadera situación procesal de las partes en materia de pruebas.

Existen, además, 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 en contrario; en cambio, hay otros hechos que, no obstante alegarse en la demanda, no la necesitan porque son inconducentes, no pertinentes, irrelevantes o imposibles. El caso de las normas legales dispositivas e interpretativas, que se aplican a falta de voluntad en contrario de las contratantes, se asimila al de las presunciones. En cuanto rigen mientras no se demuestre el pacto que las excluya; por consiguiente, el demandante que las invoque no necesita probar que no hubo ese pacto, pues corresponde al demandado la prueba de que existió, si lo alega. Por ello, no es cierto que al demandante le corresponda probar todos los hechos que interesen al proceso, distintos de los afirmados por el demandado como fundamento de sus excepciones, y tampoco que todos los hechos que aquél afirma en la demanda necesiten prueba.

Por otra parte, la segunda máxima, que le asigna carácter de *actor* al demandado que excepciona, es contraria al moderno concepto de la excepción como defensa u oposición específica a la pretensión del demandante, pero no de pretensión del demandado, esto es, que el demandado que excepciona no ejercita una acción, sino su derecho de contradicción, y sólo formula pretensiones cuando reconviene. Cuando decimos que la oposición, y, por lo tanto, la excepción, es una contra-pretensión, queremos manifestar que ataca la pretensión del demandante, mas no que constituya una pretensión propia del demandado<sup>141</sup>.

Tampoco es cierto que el demandado deba probar siempre los hechos de sus excepciones. Esto es, sin duda, la regla general; pero puede ocurrir que la excepción resulte de los mismos hechos afirmados por el demandante como fundamento de sus pretensiones, y entonces aquél se limita a reclamar el reconocimiento del efecto jurídico exceptivo que una norma legal otorga a estos hechos, sin que necesite aducir pruebas. Así sucede, por ejemplo, cuando el demandante reclama un derecho personal contra el demandado y alega que lo tenía como exigible desde un tiempo mayor que el consagrado en la ley para su prescripción o cuando aquél presenta un contrato del cual surge un vicio de nulidad, como la incapacidad de una de las partes, o la falta de un requisito legal para su validez. En estos casos el demandado puede proponer la excepción de prescripción o de nulidad, con base en esa afirmación del demandante o en el mismo documento, y ninguna otra prueba es

<sup>141</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núms. 411-419, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 105 y 237-242.

necesaria para que aquélla prospere. Además, en ocasiones el hecho exceptivo puede gozar de presunción legal o ser notorio o de carácter indefinido y, en consecuencia, su prueba no es necesaria.

Son tan numerosas las excepciones a esas dos máximas, que es imposible considerarlas como regla general para distribuir la carga de la prueba. Y, asimismo, no es correcto denominar actor al demandado que excepciona, ni radicar la carga de probar en la simple condición de demandante o demandado, porque los hechos que en el transcurso del proceso se van afirmando o negando, la distribuyen alternativamente, de acuerdo con su naturaleza y su posición respecto de las normas legales invocadas, sin que aquella condición interese. Precisamente se ha pretendido explicar esas situaciones con las teorías que más adelante examinaremos.

b) TEORÍA QUE IMPONE LA PRUEBA A QUIEN AFIRMA Y QUE EXIME 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 la parte (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 modalidad de redacción; es lo mismo, por ejemplo, negar la existencia de un hecho que afirmar su inexistencia, pues en muchos casos quien niega un hecho está realmente afirmando el hecho contrario (si niego que soy capaz, afirmo que soy incapaz). Por lo tanto, es ilógico distribuir la carga de probar con base en la formulación negativa o afirmativa de los hechos.

En segundo lugar, la circunstancia de afirmarse o negarse un hecho no altera la mayor o menor posibilidad de su prueba, si se tiene en cuenta lo que acabamos de decir; tan posible es probar que existe el hecho afirmado, como el contrario que está implícito en su negación, pero su situación no se altera porque se niegue un hecho, en vez de afirmar su inexistencia. Ni siquiera puede decirse que sea más difícil la prueba de un hecho, por la sola circunstancia de presentarse como negación. Sólo cuando se trata de negaciones indefinidas, como no haber ejecutado nunca un hecho, resulta imposible su prueba, mas lo mismo ocurre con las afirmaciones indefinidas (por ejemplo, haber ejecutado ese hecho todos los días de la vida).

Por consiguiente, es la naturaleza 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.



En el Capítulo VIII estudiamos el problema de la prueba de las negaciones y afirmaciones indefinidas (*cfrr.*, núm. 46, punto f).

Tampoco en el derecho romano se eximían de prueba las negaciones en general. La máxima que acabamos de citar tiene un sentido diferente, pues se refiere al caso de que el demandado se limita a negar los hechos afirmados por el actor, o éste los que aquél afirma como excepciones. Por ello es cierto que quien se limita a tal negación no necesita probar nada; es una defensa pasiva, que no implica afirmación tácita, ni altera las afirmaciones del adversario o su situación procesal. La teoría que pretende resolver el problema de la regla de distribución de la prueba, utilizando esa máxima, le da un alcance que no tuvo en derecho romano y que es lógica y jurídicamente inaceptable.

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 al contrario que los niegue o afirme el opuesto.

En algunos autores parece tener acogida esta teoría; con todo, en realidad exigen otras condiciones en los hechos afirmados, como el carácter anormal o normal, constitutivo o extintivo, de innovación o no, para determinar la regla sobre la carga de su prueba. Es decir, la afirmación del hecho, entendida en su más amplio sentido (incluyendo, por lo tanto, la implícita contenida en la negación de un hecho concreto), puede ser una de las circunstancias determinantes de la carga de la prueba, pero no es la única. Así sucede, por ejemplo, con LESSONA, BETHMANN-HOLWEGG, FITTING, CARNELUTTI, ROCHA y SCARDACCIONE.

LESSONA<sup>142</sup> explica varias de las teorías propuestas, y concluye: "Del examen hecho de los sistemas antes indicados deducimos como único, verdadero y justo, el principio *onus probandi ei incumbit qui dicit*". Explica a continuación que de esta máxima se han hecho dos interpretaciones opuestas: la de BETHMANN-HOLWEGG y la de FITTING.

Resume la primera así: "Es verdadero el principio *afirmani incumbit probatio*. Pero ha de entenderse en los términos siguientes: a) En los juicios civiles lo que se afirma y pretende por una parte, y lo que por la otra se discute, no son los hechos en sí o por sí, sino las relaciones jurídicas de ellos provenientes; de aquí que el que invoca un derecho en juicio, debe dar la prueba de él, aunque entre las condiciones de hecho de aquel derecho haya una negativa; b) el que afirma debe dar la prueba nada más que de las condiciones de hecho inmediatas, esenciales al surgir el derecho; mientras que, por el contrario, aquellas condiciones accidentales por las cuales el derecho puede faltar excepcionalmente, debe probarlas el que impugna; c) en rigor, el que pretende activamente un derecho debería probar, no sólo que ha surgido, sino que todavía persiste por no haber sobrevenido ninguna de las causas posi-

<sup>142</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, t. I, núms. 96-99, págs. 124-127.

bles de extinción del mismo; pero siendo tal prueba imposible, la continuación del derecho se debe siempre presumir". Como fácilmente se aprecia, esta tesis exige a las partes probar las negaciones en que fundamentan las relaciones jurídicas reclamadas (parágrafo *a*); distingue los hechos constitutivos, cuya prueba impone a quien afirma, de los impositivos y extintivos, que corresponde probar al adversario que impugna (parágrafo *f*).

La teoría de FITTING se resume, según LESSONA, en los siguientes puntos: *a*) "Basta al que pretende un derecho ante el juez, que aplica en todos los casos sólo los principios que le dan los necesarios supuestos de hecho, que alegue y pruebe los hechos que lo producen, y por el contrario, deben probarse por el adversario los ulteriores hechos que den lugar a los principios de acción contraria o de excepción; *b*) para decir cuándo se ha de aplicar la primera parte del precepto, se deben tener en cuenta las relaciones normales", es decir, las contempladas como regla general, pues las anormales requieren norma especial; quien afirma una de las últimas, debe probarla, no quien la niega. Igualmente, FITTING recurre, como se deduce de lo trascrito, a la noción de hechos constitutivos y extintivos o impositivos para exigirle la prueba de los primeros a quien afirma, pero no la de los dos últimos (parágrafo *a*), complementada con el criterio de lo normal o anormal. La disparidad entre los dos autores radica en el rechazo que FITTING hace no sólo de la limitación de la teoría al derecho privado y de la exigencia de probar los supuestos negativos del derecho que se pretende, sino también, de la tesis que considera como objeto de la prueba el derecho y no los hechos; críticas en las cuales tiene razón.

LESSONA adiciona también la regla que impone la prueba a quien afirma, con la expuesta antes, por la cual se exige al actor probar el fundamento de su acción y al demandado el de su excepción, atemperada ésta por el criterio de lo normal expuesto por FITTING, que resume así: "El que quiere hacer valer un derecho, debe probar sencillamente los hechos que, según la relación normal, engendran el derecho y reclaman la aplicación del precepto-regla; el que contradice el derecho, debe probar los hechos anormales que impiden su existencia y hacen aplicable el precepto-excepción"<sup>143</sup>. En consecuencia, LESSONA recurre asimismo a la noción de hechos constitutivos (los que engendran el derecho) e impositivos o extintivos (los que impiden su existencia); sólo que, de acuerdo con FITTING, a aquéllos los denomina hechos normales, y a éstos, hechos anormales. Por otro aspecto, cuando habla de hechos que hacen aplicable la norma general o especial, se aproxima a la teoría que exige la prueba de los presupuestos de hecho de la norma para aplicar, que luego veremos. Y más adelante advierte, en forma muy atinada, que es "un gravísimo error afirmar que la condición jurídica de actor o

<sup>143</sup> LESSONA: Ob. cit., núms. 103-107, págs. 131-133.

demandado, determinada al principio del pleito, quede indestructible durante todo el curso del juicio”, pues “el peso de la prueba se alterna entre las partes, a medida que van deduciendo y afirmando un hecho nuevo, de manera que no importa ver si se trata del actor o del demandado; lo que importa entonces considerar es quién alega el hecho nuevo”<sup>144</sup>. En este último párrafo adapta el criterio de la innovación.

Esta teoría del hecho nuevo ha sido formulada por otros autores como explicación de la regla general sobre la carga de la prueba (*cfr.*, punto *e*). Como puede apreciarse, estas teorías se diferencian más por la manera de presentarse y los términos que usan, que por cuestiones de fondo.

PESCATORE<sup>145</sup> adopta el criterio similar de imponer la prueba a quien alega un hecho en interés propio, en defensa del estado jurídico preexistente.

CARNELUTTI<sup>146</sup> asume una posición similar a la de LESSONA, pero la amplía al precisar que es el interés en el hecho afirmado lo que determina la carga de la prueba, pues dice que “quien tiene interés en afirmar un hecho, también tiene interés en preconstituir su prueba”. Agrega que “una formulación aproximativa del principio está en el conocido aforismo: *onus probandi incumbit qui dicit, non qui negat*, en el que, para mayor exactitud, el *qui dicit* se rectifica diciendo *qui dicere prodest*, y recíprocamente, el *qui negat* por el *qui dicere nocet*, o bien *qui negare prodest*”. A continuación aclara: “Se deduce, naturalmente, cuál de las partes tiene interés en la afirmación, de la eficacia jurídica del hecho: a este propósito ayuda aquella clasificación de los hechos jurídicos según el efecto, que los distingue en hechos constitutivos, extintivos, convalidativos e invalidativos. Se comprende que en los hechos de primera y tercera categoría tiene interés en afirmar su existencia aquel *qui prodest* el efecto jurídico; y de los de las otras dos, aquel *qui nocet*. Al atribuir a los hechos eficacia de uno u otro tipo, distribuye la norma jurídica entre las partes la carga de la prueba”.

Como vemos, CARNELUTTI adopta el principio del interés en la afirmación sólo como guía básica, y se da cuenta de que si se considera solamente tal interés, se deja vigente el problema de saber si la carga corresponde a quien afirma un hecho o a quien le opone otro hecho que lo contrarresta o le impide producir sus efectos jurídicos<sup>147</sup>, por lo cual, en definitiva, recurre al concepto de la eficacia jurídica del hecho y su carácter constitutivo o extintivo, es decir, al contenido de la afirmación en relación con la hipótesis concreta de la norma por aplicar. En el

<sup>144</sup> LESSONA: Ob. cit., núm. 118, págs. 150-151.

<sup>145</sup> PESCATORE: *La logica del diritto*, Torino, 1863, cap. XV.

<sup>146</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, 3ª ed., trad. española, núm. 214, págs. 510-512; también LUIGI FERRARI: *La prova nel processo internazionale*, Napoli, 1958, pág. 106.

<sup>147</sup> MICHELI le formula, precisamente, esta objeción (ob. cit., núm. 50, página 314).

fondo, esto equivale a la teoría de la posición del hecho frente a la norma por aplicar y de los presupuestos de hecho de esta norma (*cfr.*, punto *g*). En otro lugar dice que es un error concebir la carga de la afirmación como paralela o análoga a la carga de la prueba<sup>148</sup>; entendemos esto en el sentido de que la segunda no corresponde siempre a quien tenía la primera, respecto del mismo hecho.

Antonio ROCHA<sup>149</sup> habla de los tres axiomas romanos: *onus probandi incumbit actori; reus, in excipiendo, fit actor* y *actore non probante, reus absolvitur*, como "reglas que informan la carga de la prueba"; complementadas con el criterio del interés en la afirmación y en el hecho nuevo, de manera que su criterio se asemeja al de LESSONA, y advierte que existen excepciones cuando el hecho goza de presunción y para negaciones indefinidas.

SCARDACCIONE acoge la tesis del interés en la afirmación combinada con la distinción de los hechos en constitutivos e impeditivos.

De lo expuesto resulta evidente que el criterio de las afirmaciones y negaciones es inexacto, porque muchas negaciones deben probarse y las afirmaciones indefinidas no, de manera que es insuficiente para explicar la regla de la carga de la prueba; por ello, quienes lo defienden deben recurrir a otros para complementarlo. De ahí que la mayoría de los autores modernos esté de acuerdo con rechazarlo<sup>150</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 (*cfr.*, núm. 46, punto *f*). 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 afirma lo contrario; en tal caso, dicho criterio no sirve para asignarle la carga de probar a una u otra.

El art. 377 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, consagra esta tesis, en su primer párrafo; pero en el segundo adopta

<sup>148</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 15.

<sup>149</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 51-52; *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 16 y 18; ENRIQUE A. BECERRA acoge esta tesis, pero utiliza también el criterio de lo normal, *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1944, t. I, págs. 53-77.

<sup>150</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., núm. 30, pág. 87; BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Rous, 1929, núm. 43, pág. 50; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 337; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, págs. 191, 194; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, págs. 456-457; MICHELI: Ob. cit., núms. 50-68, págs. 309-426; ROSENBERG: Ob. cit., núms. 8-14 y 25, páginas 83-164 y 295-300; CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, pág. 102; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, número 1419; COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de droit civil français*, París, 1953, t. I, núm. 81, nota.

la tesis moderna de ROSENBERG (*cf.*, punto *g*). Salta a la vista la incoherencia de inducir en un mismo texto dos criterios tan opuestos; el texto quedaría bien, suprimiéndole el primer inciso.

c) TESIS QUE EXIGE AL DEMANDANTE PROBAR LOS HECHOS EN QUE SE BASAN SUS PRETENSIONES Y AL DEMANDADO LOS QUE FUNDAMENTAN SUS EXCEPCIONES. RICCI<sup>151</sup> defiende esta tesis y la explica así: "El principio, por tanto, regulador del deber de probar, debe formularse de este modo: quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas". El código procesal civil ruso consagra esta regla en el art. 118: "Cada una de las partes debe probar las circunstancias que invoca como fundamento de sus demandas u objeciones"<sup>152</sup>. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>153</sup> la adoptan en estos términos: "Corresponde probar al demandante los hechos en que funda su acción y al demandado los hechos en que funda su excepción". También JOSSEBRAND opina en el mismo sentido<sup>154</sup>.

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. Además, deja sin resolver el problema principal, porque no se sabe a qué hechos se refiere, si sólo a los que originan el derecho también a la ausencia de los que lo excluyen; además, algunos están exentos de prueba, sea que los invoque el demandante o el demandado (los presumidos, los notorios, los de naturaleza indefinida) y, por otra parte, no sólo la requieren los afirmados en la demanda y el escrito de excepciones, sino también otros que resulten del juego de réplicas y contrarréplicas en el curso del proceso.

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 (*cf.*, punto *a*)

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. LESSONA y FITTING recurren a la noción de relaciones normales o anormales, entendidas aquéllas en el sentido de que se regulan como regla general y éstas como las que exigen norma especial, para complementar el criterio de la afirmación como

<sup>151</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, s. f., t. I, núm. 39, pág. 88.

<sup>152</sup> VISIJSKI: *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, Edit. Nuevo Derecho, 1951, pág. 277.

<sup>153</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, *De las obligaciones*, pág. 465.

<sup>154</sup> JOSSEBRAND: *Cours de droit civil*, París, 1932, t. II, núm. 159.

base de la carga de probar <sup>155</sup>. GORPHE dice que "en general, no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas" <sup>156</sup>. PLANIOL y RIPERT hablan de que cada uno debe probar "los hechos cuya existencia suponga la acción o la excepción", lo cual es la aplicación de las normas romanas que fundamentan la teoría anterior, pero encabezan el número con el título "situación normal" y más adelante agregan: "el que, como actor o demandado, adelanta una proposición contraria a lo aparente, debe probarla" <sup>157</sup>. CLARO SOLAR estima que "la necesidad de probar se halla impuesta a aquel que alega un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas, o bien un hecho que modifica una situación adquirida" <sup>158</sup>. FRAMARINO DEI MALATESTA considera que "es en las presunciones donde hay que buscar el principio superior que determina la carga de la prueba" y que "lo ordinario se presume; ésa es la presunción fundamental, y el origen remoto de todas las presunciones; lo extraordinario se prueba" <sup>159</sup>.

SILVA MELERO <sup>160</sup> considera que la normalidad se basa en la continuidad de las situaciones y la experiencia de siglos, porque no hay otro criterio mejor, "si bien las conclusiones habrá que valorarlas con prudencia y discreción"; pero termina decidiéndose por la tesis que exige a cada parte probar los supuestos de la norma que le es favorable.

Quizás 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.

CHIOVENDA <sup>161</sup> considera esta teoría como una modalidad, de la que

<sup>155</sup> LESSONA y FITTING: Véanse citas en el punto anterior.

<sup>156</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejca, 1955, parte primera, cap. V, pág. 158.

<sup>157</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, núm. 1418, págs. 760-762.

<sup>158</sup> CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, 1939, núm. 1988, págs. 659-661.

<sup>159</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, pág. 146.

<sup>160</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, págs. 99-100.

<sup>161</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, pág. 102.

toma como base la distinción de los hechos en constitutivos y extintivos o impeditivos, y advierte que “todos los autores, a más de esto, reconocen que el principio no tiene un carácter tan absoluto que no deba experimentar algunas desviaciones en la práctica”. LESSONA<sup>162</sup> observa que ese criterio tiene en sí alguna vaguedad, porque no es posible determinar, *a priori* y en forma general, cuándo una relación es normal o anormal, ni puede inferirse siempre de las expresiones de la ley, por lo cual debe recurrirse a los principios racionales de la lógica jurídica y a los generales del derecho; además, es imposible exigir que la ley lo prevea y lo regule todo.

De la regla de la normalidad depende el criterio subjetivo y en cierto grado caprichoso de cada cual, cuando el legislador no la consagra en normas de valor general y de excepción, que no es posible prever para todos 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. Por ejemplo, ¿por qué debe ser lo normal que las obligaciones no se hayan satisfecho a su vencimiento y no lo contrario?; ¿por qué no se considera que lo normal es que existe matrimonio cuando hay vida en común de un hombre y una mujer, y se exige la prueba a quien alegue que se trata de relaciones extramatrimoniales, en vez de exigir, como generalmente ocurre, la prueba del matrimonio, a pesar del concubinato? Podrían multiplicarse estos ejemplos.

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 presunciones de hombre<sup>163</sup>. Pero no es correcto como regla general sobre la carga de la prueba, como lo advierten CHIOVENDA y LESSONA. Por su parte, MICHELI<sup>164</sup> dice que “el criterio de la normalidad ayuda también a la solución del problema de la distribución de la carga de la prueba, pero en cuanto el ordenamiento jurídico, en el caso particular, directa o indirectamente, haga referencia a él”; es decir, sólo como política legislativa. Sin embargo, esta teoría representa un avance en relación con las dos anteriores, porque no impone al demandante la prueba de todos los hechos de su demanda y al demandado la de todos los hechos de sus excepciones, sino que tiene

<sup>162</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, núm. 107, pág. 133.

<sup>163</sup> MICHELI observa, en este sentido, que esta teoría es sólo un aspecto de la doctrina de las presunciones, ob. cit., núm. 50, n. 25 y cita CHIOVENDA: *Instituciones*, t. II, pág. 339 y sigs.

<sup>164</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 59, pág. 381.

en cuenta que algunos de esos hechos pueden estar exentos de prueba; tampoco la exige solamente para las afirmaciones, pues el hecho anormal puede resultar alegado implícitamente, al negarse el hecho normal contrario.

c) **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 se altere la situación de hecho existente, como la posesión o el estado civil o la libertad económica y jurídica del demandado. Se impone la prueba, por ejemplo, a quien reivindique o impugne una filiación o alegue la existencia de obligaciones y vínculos jurídicos en el demandado, porque trata de innovar. Bien entendida significa que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho que implique innovación o niegue el hecho que se considera existente (porque en el segundo caso implícitamente se afirma el hecho nuevo contrario). No se trata de exigirle la prueba solamente a quien afirma, porque el hecho nuevo puede ser alegado de manera implícita cuando se niega. Por este aspecto se superan los inconvenientes de la tesis expuesta en el punto b.

Como vimos al criticar la tesis del punto b, algunos autores, entre ellos LESSONA, que creen encontrar la regla general en la imposición de la prueba a quien afirme un hecho, suelen complementarla exigiendo que tal afirmación contenga una innovación. Otros, como BONNIER, utilizan este criterio para clarificación de la tesis que impone como norma general la carga de la prueba al actor. BONNIER<sup>165</sup> sostiene que “es un principio de razón y de seguridad social a un tiempo, que el que quiera innovar debe demostrar que es fundada su pretensión”, principio que suele expresarse cuando se dice que la prueba incumbe al demandante; pero aclara que si una vez formulada la demanda, la otra parte alega una defensa o excepción, debe justificarla; y si el demandante primitivo replica a su vez, le corresponde probar su réplica, y así sucesivamente. “En una palabra, el que alega un hecho nuevo contrario a la posición que adquirió su adversario, debe probar la verdad de este hecho”. Luego agrega: “El que reclama alguna cosa en juicio quiere innovar, puesto que ataca, o bien la posesión positiva de su adversario, si se trata de un derecho real, o bien, en materia personal, esa especie de posesión de su libertad en que se halla colocado todo hombre cuya dependencia con respecto a otra no está probada”.

BENTHAM<sup>166</sup> aconseja atenerse a la máxima, tan antigua como sabia, que protege el *statu quo* y la presunción de libertad. Además, considera que la prueba debe ser impuesta a la parte que pueda satis-

<sup>165</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, Edit. Reus, 1929, núms. 36-37, págs. 42-44.

<sup>166</sup> BENTHAM: *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, t. II, libro 2º, cap. II.



hacerla con menores inconvenientes, menos pérdida de tiempo y menor incomodidad.

Sostienen igualmente esta tesis, CLARO SOLAR<sup>167</sup>, ALZATE NOREÑA<sup>168</sup>, Antonio ROCHA<sup>169</sup>, RODRÍGUEZ Y PEÑA<sup>170</sup>.

Son aplicables a esta teoría las críticas formuladas a la anterior, pues, como hemos dicho, son criterios similares. Es cierto que debe presumirse la subsistencia de las situaciones de hecho y de los estados jurídicos, para exigirle la prueba a quien alegue su extinción o modificación como un hecho nuevo; si bien es cierto que este criterio puede servir para crear presunciones legales y judiciales e inclusive para la valoración de los indicios, es decir, que puede ser correcto en muchos casos y como regla parcial, sin embargo no sirve como regla general, porque deja sin explicación muchos otros y puede conducir a resultados erróneos, ya que en ocasiones se hace difícil saber en qué consiste la innovación y quién la alega. Según concepto de ALSINA<sup>171</sup>, en ocasiones le corresponde probar a quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica existente, esto es, sin que pretenda innovar; y, como advierte ROSENBERG<sup>172</sup>, tal criterio sirve a lo sumo como explicación para la carga primaria de la prueba de quien perturba un estado de posesión, mas no como regla general, "ya que no necesita preceder a todo proceso un estado de posesión tranquilo, ni todo proceso tiende a una modificación de lo existente"; además, no explica por qué siempre corresponde al agredido una parte de la prueba, ni el juego de la carga en casos sobre realización o el contenido de un negocio jurídico y en particular de un contrato, o en las controversias sobre la responsabilidad por defectos de la cosa, o acerca de la capacidad negocial.

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 en relación con las tres primeras, porque no se limita a contemplar la situación procesal de las partes (demandante o demandada), ni la forma 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

167 CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, 1939, pág. 660.

168 ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, pág. 100.

169 ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, pág. 19, y *Conferencias sobre derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 48-52. Pero utiliza también el criterio de la afirmación (cfr. punto b).

170 RODRÍGUEZ Y PEÑA: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1956, pág. 64.

171 ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, pág. 192.

172 ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, número 8, págs. 89-90.

que los haya afirmado o negado. Sin embargo, tiene inconvenientes y deficiencias como veremos más adelante.

CHIOVENDA<sup>173</sup> explica y acoge esta teoría, aunque también aplica el criterio de la normalidad, según vimos en el punto *d*. Dice que se trata de distinguir entre las condiciones de existencia de una relación: algunas son específicas, esto es, “propias, inmediatas, esenciales a ella, como el acuerdo sobre la cosa que se vende y sobre el precio y el acto escrito en la venta de inmuebles; estos son los hechos constitutivos de la relación”; otras son generales, “comunes a otros negocios jurídicos (capacidad, seriedad del consentimiento, comerciabilidad del objeto, etc.)” y si bien no son hechos constitutivos, deben concurrir con éstos para que puedan producir el efecto que les es propio, de suerte que “su falta puede constituir un hecho impeditivo de la relación y dar lugar a una excepción”. Y agrega: “Se deben, pues, probar los hechos singulares, específicos (constitutivos), no los hechos genéricos, constantes. La falta de un hecho normal, constante, habitualmente concurrente, es una anomalía; el que tenga interés debe afirmarla y probarla (hecho impeditivo)”. Luego concluye: “Resumiendo, se puede decir: el actor debe probar los hechos constitutivos esto es, aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos”, que impiden a éstos producir el efecto que les es propio. Igualmente, corresponde al demandado probar los hechos extintivos, como el cumplimiento de su obligación (el actor no necesita probar la omisión del cumplimiento)<sup>174</sup>. Mientras el demandante no demuestre los hechos constitutivos de su derecho, el demandado no necesita probar nada; si lleva pruebas para acreditar simplemente la inexistencia de los hechos afirmados por el actor, estará dando una prueba contraria, o contraprueba, pero no formulando una verdadera excepción<sup>175</sup>.

DE LA PLAZA<sup>176</sup> defiende esta tesis, aunque luego sostiene que el interés en el hecho es la última guía, y termina aceptando la opinión de GUASP, quien en definitiva se atiene a la posición que el dato por probar ocupa respecto a las partes<sup>177</sup>. SCHÖNKE<sup>178</sup> la adopta, pero habla asimismo del “examen de la estructura del supuesto legal concreto del que se pretende sacar una consecuencia jurídica”, con lo cual se aproxima a la tesis que explicaremos a continuación (punto *g*). Esta teoría ha tenido muchos otros simpatizantes y predominó durante algún

<sup>173</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, núm. 45, págs. 101-102.

<sup>174</sup> CHIOVENDA: Ob. cit., pág. 108.

<sup>175</sup> CHIOVENDA: Ob. cit., pág. 100.

<sup>176</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, págs. 457-458.

<sup>177</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 338.

<sup>178</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 203.

tiempo. El gran CARNELUTTI parece acogerla, cuando dice: "Quien propone una pretensión en juicio, debe probar los hechos que la sustenten, y quien opone por su parte una excepción, debe probar los hechos de que resulta; en otros términos: quien pretende debe probar el hecho o hechos constitutivos, y quien excepciona, el hecho o hechos extintivos, así como la condición o condiciones impeditivas (del hecho constitutivo)"<sup>179</sup>. Pero en otra parte se refiere al interés en el hecho afirmado, como criterio de distribución, según vimos anteriormente (*cf.*, punto *b*), y en la misma obra advierte que a veces la ley "pone el riesgo de la prueba faltante de un hecho a cargo del demandado, inclusive si se trata de un hecho constitutivo, o viceversa, a cargo del actor, aun si se trata de un hecho extintivo o de una condición impeditiva"<sup>180</sup>. Por consiguiente, en definitiva CARNELUTTI no le da a esta clasificación el carácter de regla general y única. También KISCH<sup>181</sup> se inclina por esta tesis, pues manifiesta que el actor debe probar el fundamento de su petición y el demandado los hechos nuevos que alegue, "suficientes para impedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado en la demanda", esto es, las excepciones. Lo mismo Moacyr Amaral SANTOS<sup>182</sup>.

Los redactores del Código Civil de Napoleón consagraron este criterio en el art. 1315, 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 italiano (art. 1312), el español (art. 1315), el chileno (art. 1698), el colombiano (art. 1757). La redacción empleada por don Andrés BELLO en el texto chileno, que se copió en nuestro código, es más breve y mejor: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta". La doctrina francesa, acogida por chilenos y colombianos<sup>183</sup>, como también la jurisprudencia colombiana<sup>184</sup> han considerado que el principio así establecido tiene un alcance general y no sólo para las obligaciones (*cf.*, núm.

179 CARNELUTTI: *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, cita en Apéndice de *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, VII, pág. 219.

180 CARNELUTTI: *Lezioni...*, pág. 343, y cita de Apéndice.

181 KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1940, págs. 207-208.

182 AMARAL SANTOS: *Prava judiciaria no civil e comercial*, Edit. Max Limonad, Sao Paulo, 3ª ed., t. I, núms. 83-84, págs. 125-129, y núms. 89-91, páginas 145-150.

183 PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, t. VII, núm. 1418, pág. 760; CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, t. XII, núm. 1988, págs. 659-660; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 465; ÁLVARO PÉREZ VIVES: *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 1954, t. II, pág. 225; MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 50, pág. 313; ANTONIO ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 13-14, y *Derecho probatorio*, Bogotá, Edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 49.

184 Cas. civ., 31 mayo 1938, "G. J.", t. XLVI, núm. 1936, pág. 572.

126). Una regla similar, pero de alcance general, consagró más tarde el art. 2697 del nuevo Código Civil italiano (art. 54 del Libro de la Tutela de los Derechos), que exige a cada parte la prueba de los hechos que fundamentan su pretensión o excepción, en los siguientes términos: "El que quiere hacer valer un derecho en juicio, debe probar los hechos que constituyen su fundamento. El que alega como excepción la ineficacia de tales hechos, o bien, que el derecho se ha modificado o extinguido, debe probar los hechos en que se funda la excepción".

Diversas críticas se han formulado a esta teoría. GUASP<sup>185</sup> 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. Y explica: "Aparte de la dificultad de la distinción en cada caso entre esas tres categorías, es lo cierto que si el demandante afirma circunstancias impeditivas o extintivas, hipótesis nada excepcional, sobre él pesará la carga de la prueba". Según vimos anteriormente, también CARNELUTTI advierte que en ocasiones la ley impone al demandante la prueba de hechos extintivos y al demandado la de hechos constitutivos<sup>186</sup>. Una crítica similar formula Pedro ARAGONESES ALONSO<sup>187</sup>. Por su parte, SILVA MELERO<sup>188</sup> observa que el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo de los hechos, es más bien una "cualidad de relación" y no algo incorporado al hecho mismo, es decir, que se lo contempla siempre en relación a otra cosa, y que un hecho puede ser a un mismo tiempo constitutivo y extintivo, e igualmente, desde un punto de vista ontológico, no hay circunstancia constitutiva que no implique una inversa o contraria impeditiva. Para ALSINA<sup>189</sup>, esta teoría representa un criterio más exacto, por lo cual parece acogerla: pero luego dice que "no siempre bastará al actor la prueba del hecho constitutivo, sino que en algunos casos deberá probar también la violación del derecho", por ejemplo, cuando alega que el acto ejecutado no era el convenido, y que "un hecho impeditivo o modificativo o extintivo puede fundar una demanda, lo cual es frecuente en las acciones meramente declarativas", en cuyo caso corresponde su prueba al actor, como cuando pide una nulidad por error, dolo, violencia o simulación (observamos que la simulación no es causa de nulidad).

Razón evidente asiste a las críticas anteriores, y para confirmarlas

185 GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 337-338.

186 CARNELUTTI: Véanse citas anteriores.

187 ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 486.

188 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 99.

189 ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, t. II, págs. 192-194.

basta recordar que el poseedor sin título, el deudor y cualquier sujeto pasivo de una relación jurídica sustancial, puede demandar para que se declare extinguida la propiedad que era del demandado o su derecho, o para impugnar un estado civil, etc., 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<sup>190</sup>. A más 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 cumplimiento y no solamente el hecho que originó esa obligación (*cfr.*, núm. 46, punto f).

Como sucede con los criterios anteriores, éste es cierto para muchos casos, quizás la mayoría, pero no sirve como regla general absoluta. Los criterios de la normalidad o anormalidad y de la innovación, pueden combinarse con éste en uno solo, como lo propone CHIOVENDA<sup>191</sup>, pues en el fondo los hechos constitutivos de una relación jurídica o de un derecho son los normales y esenciales, mientras que los impeditivos o extintivos son los anormales o innovativos. Pero ni siquiera en esa forma puede servir este criterio como regla general, porque no es correcto imponer siempre al demandante la prueba de los hechos constitutivos, normales o esenciales, y al demandado la de los impeditivos, anormales o innovativos, porque puede ocurrir lo contrario, como hemos visto. Tampoco es correcto decir que la carga de probar corresponde a quien afirme aquéllos o éstos, cualquiera que sea su posición procesal (de actor o demandado), pues también hemos explicado que, en ocasiones, recae sobre quien los niega y, en otras, quien los afirma está relevado de probarlos por existir una presunción o ser notorios o de naturaleza indefinida.

Ningún criterio que pretenda distribuir la carga de probar según la posición procesal de las partes, puede servir de regla general. Por este aspecto, las teorías de la normalidad e innovación resultan más generales y mejores, entendidas en su verdadero alcance, es decir, en el sentido de que a quien pretende un derecho sólo le corresponde la carga de probar los hechos normales que lo originan y al adversario la del hecho anormal, o nuevo, que les impida producir sus efectos jurídicos o los extinga o modifique, sin que se pretenda imponer la carga de unos u otros al demandante o al demandado.

El error básico de esta teoría consiste en asignarle en todo tiempo al demandante la carga de probar los hechos constitutivos, y siempre al

<sup>190</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 119, y *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., núm. 92.

<sup>191</sup> CHIOVENDA: Citas anteriores.

demandado la de los extintivos o impeditivos. Si se contempla la naturaleza del hecho con independencia de la situación procesal de la parte y se considera el efecto jurídico perseguido o la norma legal sustancial cuya aplicación se reclama, la mayoría de las objeciones que se le han formulado quedan descartadas. En otros términos, si se enuncia diciendo que corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien pretenda el nacimiento del derecho o relación jurídica, y la de los extintivos e impeditivos a quien alegue éstos (independientemente de que sea demandante o demandado o interviniente al lado de aquél o de éste), se le da una mejor presentación y se la hace más aceptable como regla general, aproximándola en el fondo a las teorías defendidas por ROSENBERG y MICHELI, que dan el criterio correcto y que examinaremos en los puntos siguientes.

El demandante no necesita probar siempre el hecho constitutivo; por ejemplo, el incumplimiento de la contraparte, representa un elemento constitutivo del efecto jurídico pedido por el actor, por ejemplo, para la resolución de un contrato o la indemnización de perjuicios o su cumplimiento, y, sin embargo, éste no necesita probarlo, salvo que se trate de una obligación de no hacer. El cumplimiento, por otra parte, no constituye siempre un hecho extintivo; esto es así cuando se demande por incumplimiento de una obligación o por la indemnización compensatoria y el demandado lo oponga, probándolo; pero si el actor afirma que cumplió una prestación que debía, para de tal hecho reclamar en su favor algún derecho, ese cumplimiento se convierte en elemento constitutivo de su pretensión, y debe probarlo.

Puede suceder que la ley exija la prueba del incumplimiento en algunos casos (en las obligaciones de no hacer, por ejemplo) e inclusive, que imponga a quien reclama un derecho la prueba de que no existe cierto hecho impeditivo, o a quien lo niega, la de que no existen los constitutivos; por consiguiente, enunciada de esta manera más amplia, si bien esta teoría comprende la gran mayoría de los casos, no es una regla general y abstracta. Puede decirse solamente que es una regla aplicable, a menos que exista norma en contrario; y, en algunos casos, subsiste la dificultad de precisar cuándo un hecho es constitutivo o impeditivo del nacimiento de un derecho o de una relación jurídica.

Esta dificultad de distinguir entre los hechos constitutivos y los impeditivos, la ponen de presente MICHELI y RUBINO. Conforme al concepto de RUBINO<sup>192</sup>, "desde un punto de vista causal no se pueden distinguir hechos constitutivos y condiciones de eficacia o hechos impeditivos, porque las normas que establecen el no nacimiento de un derecho cuando existan determinadas circunstancias, no son de por sí ni excepcionales, ni completas, por cuanto las mismas integran la norma constitutiva de la obligación misma, con la especificación de la hipótesis legal".

<sup>192</sup> RUBINO: *Negoziio indiretto*, Milano, 1937, págs. 65 y sigs., cita de MICHELI: Ob. cit., núm. 51, pág. 318, n. 31.

MICHELI declara que ni siquiera una indicación legislativa genérica de los hechos impeditivos les daría una autonomía procesal que no tienen<sup>193</sup>. CARNELUTTI considera los hechos extintivos como sustitutivos, esto es, constitutivos de una nueva situación jurídica, y los impeditivos como complementarios, porque le dan vida a una situación jurídica y forman parte de la hipótesis principal<sup>194</sup>, lo cual significa que son constitutivos de ésta. La dificultad de precisar su contenido individual, salta a la vista.

Tampoco hay acuerdo sobre lo que debe entenderse por hecho impeditivo. Algunos autores, como FALZEA<sup>195</sup>, opinan que consiste en la inexistencia de un presupuesto para la eficacia de la hipótesis legal; pero, entonces, la existencia de tal hecho sería un elemento constitutivo de esa hipótesis y su prueba debería corresponder a quien la reclama y no a quien alega su inexistencia, o sea, el hecho impeditivo. MICHELI rechaza ese concepto; asimismo, la mayoría de los autores. CHIOVENDA<sup>196</sup> acepta que la ausencia de una condición general puede ser un hecho impeditivo, pero no niega que los haya también positivos. Por nuestra parte, 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); la falta de una condición necesaria para el nacimiento del derecho es apenas una negación de éste, que 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 presume; así, la falta del documento cuando la ley lo exige para la validez del contrato de una ceremonia oficial en el matrimonio, no es un hecho impeditivo, sino ausencia de un elemento constitutivo. El hecho impeditivo debe ser, pues, algo diferente de la falta de una condición o un elemento para el nacimiento del derecho pretendido.

Precisamente FINZI<sup>197</sup> distingue las condiciones impeditivas y los hechos impeditivos en sentido estricto; no obstante, estima que éstos son aquellos que conservan determinado efecto jurídico, producido por otros hechos, que continúan eficaces al no producir sus efectos los nuevos hechos constitutivos (por ejemplo: la falta de inscripción de un título de propiedad de finca raíz, en el registro público, sería un hecho impeditivo, porque conserva la vigencia del título anterior que no resulta cancelado). Creemos que conservar un efecto jurídico anterior,

193 MICHELI: Ob. cit., núm. 51, pág. 327.

194 CARNELUTTI: *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit Uthea, 1944, t. I, pág. 425.

195 FALZEA, cita de MICHELI: Ob. cit., núm. 51, pág. 323.

196 CHIOVENDA: Cita anterior.

197 FINZI: *Rivista de diritto processuale civile*, II, págs. 166 y sigs.; cita de MICHELI: Ob. cit., núm. 52, pág. 328-339.

es lo mismo que impedir que se surta el nuevo efecto jurídico que vendría a extinguir aquél, por lo cual es solamente una distinta presentación del mismo concepto. Igualmente, SARACENO<sup>198</sup> explica la diferencia que hay entre los hechos impositivos y las simples circunstancias impositivas del nacimiento de un derecho. Pero, en realidad, éstas consisten en la ausencia de un elemento constitutivo, y por ello es mejor prescindir de esa clasificación, que ninguna ventaja ofrece. Además, según el claro concepto de MICHELI<sup>199</sup>, “subsiste todavía la duda de si el legislador considera, o no, el hecho mismo como *quid* absolutamente necesario para la producción de cierto efecto, aunque sea la conservación de un efecto jurídico”.

Tampoco se resuelve el problema recurriendo a los criterios de la normalidad, la apariencia o la posesión, ni a la presunción de mantenimiento o durabilidad de los estados jurídicos, o a la conformidad de la situación de hecho con el derecho, porque esos criterios son de valor relativo e implican las dificultades que expusimos al examinar las respectivas teorías. De ahí que ROSENBERG recurra al contenido de la norma y no al hecho mismo, para una clasificación similar, como veremos en el punto siguiente. Y tanto este autor como MICHELI, e indirectamente quienes sostienen las tesis de ambos, reclaman la necesidad de relacionar los hechos con los supuestos de la norma legal por aplicar, o con la situación de la parte respecto al efecto jurídico pedido, para poder distribuir la carga de la prueba con un criterio verdaderamente general (*c/r.*, puntos *g* y *h*).

Estas dificultades condujeron a la eliminación del concepto de hecho impositivo en la regla general sobre carga de la prueba, que se introdujo en Italia, como reforma al Código Civil, en el artículo 54 del Libro de la Tutela de los Derechos. En efecto, allí se dice que quien excepciona la ineficacia de los hechos constitutivos, debe probar los que conformen tal excepción. Sin embargo, como observa MICHELI<sup>200</sup>, subsiste la duda acerca de cómo distinguir los elementos que fundamentan el derecho, de los que hacen ineficaces aquéllos, por lo cual opina que en definitiva sólo el derecho sustancial puede resolver el problema.

**g) TEORÍA QUE IMPONE A CADA PARTE LA CARGA DE PROBAR LOS PRESUPOSTOS 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 LASSERRA. Quienes formulan la regla general y dicen que cada parte debe probar los hechos que sirven de base a sus pretensiones o excepciones, en

<sup>198</sup> SARACENO: *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, CEDAM, 1940, pág. 156.

<sup>199</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 52, pág. 329.

<sup>200</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 51, pág. 327.



el fondo están de acuerdo con esta nueva teoría, pues, esos hechos son precisamente los presupuestos de las normas legales que regulan tales presunciones o excepciones (*cfr.*, punto c).

Dicha teoría parte de la base de que es imposible elahorar 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). 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, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación*, y de tal premisa se deduce la regla general: quien resulta favorecido por esa norma, porque consagre el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probarlo (a menos, naturalmente, que por estar admitido o confesado por la otra parte no requiera más prueba, o que esté exento de ésta por gozar de presunción o de notoriedad o por su carácter indefinido).

Según GUASP<sup>201</sup>, se debe considerar la situación relativa del sujeto y el tema probatorio, o sea, la posición del dato que debe probarse respecto a las partes: cada uno tiene la carga de probar los datos que le interesen, y éstos son aquellos que "constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables". Pero GUASP estima que esto se traduce, en definitiva, en el principio romano que impone la prueba a quien afirma y no a quien niega, punto que no compartimos con el ilustre profesor español, pues consideramos, que, por el contrario, aquella regla elimina la distinción entre afirmaciones y negaciones, para sustituirla por el criterio que acabamos de exponer; el mismo GUASP critica la tendencia a separar los datos en positivos y negativos, porque significa una consideración aislada del objeto de la prueba<sup>202</sup>.

ARAGONESES<sup>203</sup> estima que, "cada parte debe probar aquellos datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma que le es favorable"; a menos que gocen de presunción o notoriedad o estén admitidos por la parte contraria.

SILVA MELERO considera que el criterio de la normalidad es el mejor y goza de la experiencia de siglos<sup>204</sup>, pero concluye diciendo que como regla general sólo puede aceptarse la de que "cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable"<sup>205</sup>.

FENECH<sup>206</sup> aplica el concepto de carga de la prueba a las partes privadas en el proceso penal, y adopta el criterio de GUASP cuando dice:

201 GUASP: Ob. cit., pág. 338, y ed. de 1956, págs. 350-351.

202 GUASP: Ob. cit. pág. 337.

203 ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1958, pág. 406.

204 SILVA MELERO: Ob. cit., págs. 99-100.

205 SILVA MELERO: Ob. cit., pág. 102.

206 FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Labor, 1960, t. I, página 586.

“quien afirma —haciendo sinónimos, afirmación y alegación— debe probar, o sea, que cada parte soporta la carga de probar aquellos datos de hecho que constituyen el supuesto tácito de la norma que le es favorable”.

PRIETO CASTRO<sup>207</sup> dice que incumbe a cada parte alegar y probar los hechos que forman el supuesto de la norma en que basa una pretensión, pero recurre a la tesis anterior para imponer la carga de los constitutivos y al demandado la de los impeditivos, extintivos y excluyentes.

EISNER<sup>208</sup> enuncia la misma regla en los siguientes términos: “aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico que le concedería lo que pide, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto —el supuesto de hecho en que se encuentra la norma se dieron en realidad—. O sea: cada una de las partes o alguna de ellas, en cada caso, soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable”.

El art. 377 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, consagra esta tesis en su segundo inciso. Desafortunadamente, en el primero adopta la tesis de la afirmación (*cfr.*, punto 6), dejando una absurda contradicción en el mismo texto.

DE LA PLAZA<sup>209</sup> rechaza las tesis que contemplan la condición positiva de los hechos o la posición que en la litis ocupan las partes; considera más seguro el criterio que distingue los hechos en constitutivos e impeditivos o extintivos, pero reconoce que presenta dificultades y tiene deficiencias; estima que “es el interés el que ha de servir de guía, en último término, para resolver la cuestión” (concepto carnelutiano); sin embargo, considera que tal es el criterio de GUASP, y transcribe la regla general que éste formula, de manera que en definitiva se decide por esta teoría.

CARNELUTTI no adopta ninguna de las teorías expuestas, mas sí utiliza algunos de sus criterios, pues, como hemos visto, habla del interés en la afirmación como regla para la distribución de la prueba y al mismo tiempo recurre a la clasificación de los hechos en constitutivos, impeditivos o extintivos, es decir, al contenido de la afirmación o naturaleza del hecho afirmado; pero como también se refiere al efecto jurídico que del hecho se deduce y a la hipótesis concreta de la norma por aplicar, en el fondo considera como base, para tal distribución, la posición del hecho respecto de la norma legal aplicable, puesto que de ésta se deduce su eficacia jurídica<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, t. I, núm. 283.

<sup>208</sup> EISNER: *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, pág. 58.

<sup>209</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, págs. 457-460.

<sup>210</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, pág. 21 y Apéndice; *Lezioni di diritto processuale civile*, t. I, pág. 335.

SCHÖNKE<sup>211</sup> expresa un concepto análogo, cuando dice: "Carga de la prueba significa la que recae sobre una parte respecto de un hecho fundamental para el proceso que desea se tome en consideración en la resolución y que ha sido discutido". Porque ésta equivale a tener interés en que ese hecho produzca los efectos jurídicos que la norma legal contempla.

Giorgio LASERRA<sup>212</sup> admite este concepto cuando afirma que la carga de la prueba no es más que la aplicación de la doctrina de la posición del hecho, desde los diversos puntos de vista de las partes.

COUTURE<sup>213</sup> considera que es un criterio suficientemente estable, distribuir la carga entre actor y demandado, el de exigirle a "uno y otro, la demostración de sus respectivas proposiciones de hecho", lo cual en el fondo equivale a la prueba de los presupuestos de hecho de la norma favorable.

Como dijimos antes, los autores que, como RICCI, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, JOSSEERAND y VISHINSKI<sup>214</sup> hablan de que cada parte debe probar los hechos que fundamentan sus pretensiones y excepciones, en el fondo se refieren a los que se contemplan como presupuestos de hecho en las normas legales que sería necesario aplicar para la prosperidad de aquéllas o de éstas.

Empero, es ROSENBERG el principal defensor de esta teoría, por lo cual nos detendremos un poco en exponer sus opiniones. Al tratar de la carga subjetiva y objetiva de la prueba<sup>215</sup> advierte que, como el tribunal debe estar convencido de la existencia de los presupuestos de la norma cuya aplicación se discute, cualquier duda con respecto a uno de estos impide que reconozca la aplicabilidad de dicha norma, y por ello "la carga de la certeza pesa sobre la parte en cuyo provecho redundaría el efecto de la norma". Tales presupuestos pueden ser positivos: para que se aplique la norma; o negativos: para no aplicarla. Más adelante expone ROSENBERG "el principio de la distribución de la carga de la prueba"<sup>216</sup>, que resulta una lógica deducción de lo expuesto antes y dice: "En el fondo sólo es posible sentar *una sola* regla de distribución de la carga de la prueba, la cual se deduce sin más de la exposición precedente, en particular, de la exposición hecha en el núm. 3: la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de

211 SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 203.

212 LASERRA: *La prova civile*, Napoli, Casa Edit. Eugenio Jovene, 1957, página 100.

213 COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950, t. I, pág. 222.

214 Véanse citas en el punto c de este número.

215 ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejca, 1956, número 3.

216 ROSENBERG: *Ob. cit.*, núm. 9, págs. 91-109.

o destruirlo. Por consiguiente, puede hablarse de *normas complementarias*, que se añaden a la *principal* para determinar sus características o sus efectos.

Ahora bien: "La distribución de la carga de la afirmación y de la prueba se basa en esa diferencia de preceptos jurídicos. El demandante debe probar como realizados en los hechos, los presupuestos del precepto en el cual funda su petición, esto es, los presupuestos de la norma fundadora (junto con los de las normas complementarias pertinentes); el demandado debe probar los presupuestos de la norma mediante la cual trata de conseguir el rechazo de la demanda, o sea, los presupuestos de una norma impeditiva o destructiva o excluyente." Si sólo se prueban los presupuestos de la norma invocada por el actor, el juez debe acceder a lo que éste pide de acuerdo con ella; si el demandado prueba los de la norma impeditiva, extintiva o destructiva, el juez debe fallar en su favor. Como la petición del demandado se basa, por lo general, en un precepto jurídico independiente, se infiere que regularmente corresponde a él una carga de la afirmación y de la prueba respecto a los hechos que le sirven de presupuesto. Al demandado, en cambio, sólo le atañe la carga de probar cuando invoca una norma independiente, que le es favorable, cuya aplicación debe justificar (también cuando invoca la misma norma, pero en su favor, en razón de hechos diferentes, agregamos); cuando se limita a negar los hechos alegados por el actor o la aplicación a ellos de la norma jurídica invocada, o sostiene que los efectos jurídicos de tal norma son otros o que exige diferentes presupuestos de hecho, nada tiene que probar (sin embargo, observamos, cuando el hecho afirmado por el demandante goce de presunción o de notoriedad o sea de carácter indefinido, es decir, esté exento de prueba, el demandado no puede limitarse a negarlo porque le corresponde probar el hecho contrario).

Según explica ROSENBERG, algunos autores expresan este mismo concepto, pues dicen que el demandante debe probar los hechos que fundan su derecho, o sea los constitutivos, y el demandado, los impeditivos o extintivos o excluyentes; pero es más correcto hablar de que aquél debe probar "los presupuestos de las normas fundadoras del derecho y el demandado los presupuestos de las normas impeditivas, destructivas o excluyentes". Es, pues, una teoría con muy amplio respaldo en la doctrina alemana. La razón es clara: "Los hechos producen sus efectos sobre las relaciones jurídicas, no por sí mismos, sino en virtud de los preceptos jurídicos" y tienen importancia en cuanto se relacionen con éstos. Es remontándose al precepto jurídico como se conoce si un hecho pertenece al grupo de los constitutivos de derecho o de los impeditivos, destructivos o excluyentes. A veces se hace de un hecho presupuesto positivo de un derecho, y otras, su presupuesto negativo. "Sólo el ordenamiento jurídico se mantiene inalterable; sólo él nos informa acerca del efecto que corresponde a un hecho." La existencia de un

en apoyo de su derecho a recibir indemnización de perjuicios; esa misma norma sobre el dolo, que tiene carácter extintivo en lo que se refiere al demandado en aquel caso, adquirirá en cuanto a éste el carácter de constitutiva de su pretensión, si toma la iniciativa y demanda para que se declare con fundamento en ella la inexistencia de su aparente obligación; cuando las dos partes se imputen recíprocamente dolo en el contrato, la misma norma resultará invocada por el actor como constitutiva de su pretensión y por el demandado como extintiva de ella, y si ambos reclaman indemnización de perjuicios, mediante reconvencción del segundo, la norma adquirirá el carácter de constitutiva de sus recíprocas y opuestas pretensiones, sin dejar de ser extintiva en lo que atañe a la pretensión del adversario.

Creemos que no hace falta recurrir a la anterior clasificación de las normas 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, los ejemplos anteriores demuestran que, de recurrirse a tal clasificación, sería más exacto aplicarla a los *efectos* de las normas en el proceso, respecto de cada parte, esto es, según que de ellas se pretenda deducir una pretensión o una excepción; esos *efectos* pueden ser constitutivos o impositivos y extintivos, pero no hay normas de una u otra clase, pues la misma puede producir aquéllos o éstos, según sea la posición de la parte en cuyo favor se deba aplicar, en cada proceso. Quizás en el fondo sea éste el verdadero concepto de ROSENBERG; en todo caso, fue un acierto suyo el trasladar dicha clasificación de los hechos a las normas, porque disminuye los problemas que suscita la tesis anterior.

No es, pues, exacto que la distribución de la carga de la prueba se basa en los diferentes preceptos jurídicos; es mejor hablar de la posición de las partes respecto al efecto jurídico que la norma por aplicar consagra, como criterio para esa distribución, y asignarle la carga de los supuestos de hecho de tal norma a la parte que se beneficia con ella; es decir, al demandante los de la norma en que funda su pretensión y al demandado los de la norma cuyos efectos se oponen a aquélla (sin calificarlas de constitutivas o impositivas o extintivas, pues la que invoca el demandado puede tener la primera condición, como sucede cuando se demanda la declaración negativa de inexistencia de un derecho del cual es titular el demandado y éste por su parte alega que nació legalmente, en cuyo caso el demandante reclama la aplicación de una norma extintiva respecto a tal derecho y le corresponde sin embargo la prueba de sus presupuestos de hecho). El mérito de MICHELI, como veremos en seguida, consiste en haber hecho notar la importancia de esta orientación, pero, en nuestro concepto, se debe relacionar expresamente el efecto jurídico pedido por cada parte, con la norma que lo consagra. Por eso creemos que el criterio definitivo debe formarse unificando los conceptos de estos dos grandes juristas, como lo intentar-

mos al exponer el nuestro. Los estudios de ROSENBERG marcaron un avance considerable en esta materia. La regla general que presenta como criterio para distribuir la carga de la prueba, se basa en los efectos de la norma por aplicar, en relación con la parte que con ellos se favorece, en lo cual acertó indudablemente el sabio profesor alemán. Este concepto lo comparten los numerosos autores mencionados antes, así como MICHELI y quienes siguen a éste. En realidad, la mencionada clasificación de las normas resulta utilizada solamente de manera secundaria y como explicación de aquella regla a los diversos casos concretos. MICHELI le hace varios reparos, como veremos en el punto siguiente, pero en el fondo se trata de aclarar y precisar mejor el concepto, pues no existe real oposición entre los dos grupos de autores.

h) TEORÍA QUE DISTRIBUYE LA CARGA DE PROBAR SEGÚN LA POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO DEL EFECTO JURÍDICO PERSEGUIDO. Es la expuesta por Gian Antonio MICHELI, ilustre profesor de la Universidad de Florencia.

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 o 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. Asimismo, porque estima que el criterio que se adopte debe "referirse especialmente a la estructura del proceso civil, en cuanto está dirigido a hacer valer determinada serie de estados o de relaciones jurídicas controvertidas"; que es indispensable separar radicalmente el criterio de valoración de la prueba y el de su carga, para evitar los muchos errores que tal confusión acarrea<sup>217</sup> y, en general, separar los elementos procesales de los sustanciales<sup>218</sup>; que no es posible considerar los hechos aislados de la norma legal que debe aplicarse o del contrato cuyo cumplimiento se discute, cuando se quiere elaborar la regla para distribuir la carga de la prueba, "pues la referencia a los hechos que integran la hipótesis, no puede hacer contemplar por el juez los hechos mismos en modo diverso del previsto por la norma de la ley o por la voluntad de las partes" y sólo así adquiere la regla un carácter verdaderamente general, para la actuación del derecho en el proceso, cuando fallen las pruebas<sup>219</sup>.

Varias críticas formula MICHELI a la tesis de ROSENBERG, expuesta en el punto anterior. Considera que "representa una formulación, si se quiere más exacta de la doctrina corriente, cuando ésta afirma que el actor puede limitarse a probar los hechos constitutivos, cuya norma

217 MICHELI: Ob. cit., núm. 50, págs. 310-312 y n. 8.

218 MICHELI: Ob. cit., núm. 51, pág. 325.

219 MICHELI: *Ibidem*, núm. 51, pág. 323.

jurídica atribuye una específica eficacia constitutiva, mientras que al demandado le corresponde la prueba de los hechos impeditivos o extintivos, pero no conduce a ulterior profundización, en lo que concierne a la distinción entre los varios hechos". Agrega que "el contenido de la norma jurídica es doble, existan o no los presupuestos que contempla, por lo cual y desde un punto de vista abstracto, puede resultar dudoso, si las consecuencias de la falta de certeza deben pesar sobre quien está interesado en probar la existencia de los requisitos mismos, o bien sobre quien, por el contrario, está interesado en probar la existencia de estos últimos". Esta objeción —opina MICHELI— no se resuelve con una simple referencia a la distribución de los hechos, "ya que verdaderamente el criterio norma-contranorma vale precisamente en cuanto exista ya una regla de juicio preconstituida, como es la contenida en el art. 1312 y en el art. 54 del *Libro de la Tutela de los Derechos*". Dice que se justifica así la regla en cuanto a los hechos modificativos y extintivos, no por razones abstractas, sino por la formulación concreta del artículo de ley que la contiene, "formulación que se inspira en gran parte en la concreta estructura del proceso civil, así como en la posición ocupada por las partes respecto del efecto jurídico pedido".

Creemos que la crítica de MICHELI no se justifica, porque ROSENBERG advierte, precisamente, que una misma norma puede ser constitutiva para una parte y extintiva o impeditiva para la otra y, en consecuencia, la carga de probar corresponde a quien reclama sus efectos constitutivos; además, también ROSENBERG tiene en cuenta la formulación concreta de la norma legal por aplicar en favor de una de las partes y, por lo tanto, en el fondo, la posición que ésta ocupa respecto del efecto jurídico perseguido. MICHELI acepta en sus conclusiones<sup>220</sup> que "la clasificación de esos hechos, tal como es aceptada en la regla de juicio, debe deducirse de la norma sustancial" por aplicar en el proceso y que ésta determina el contenido de la pretensión de cada parte, criterio idéntico al de ROSENBERG. Por estas razones, consideramos que las diferencias que MICHELI cree que existen entre sus conceptos y los de ROSENBERG, son más de simple redacción que de contenido.

MICHELI opina que "es necesario referirse a una visión más concreta del fenómeno que tenga en cuenta la manera como se manifiesta el proceso concreto"; 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, ya que este último regula la hipótesis legal, por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral, adoptado por cada una de las partes en el proceso, esto es, la situación pro-

<sup>220</sup> MICHELI: *Ibidem*, núm. 80, pág. 485.

cesal puesta en práctica por la parte, la cual formula una propia demanda en juicio". Esto hace resaltar la autonomía del criterio procesal de la distribución de la carga, o sea, la fisonomía de la regla de juicio<sup>221</sup>. Además, debe tomarse como punto de partida no la hipótesis abstracta normativa "sino más bien la hipótesis normativa, en cuanto hecha concreta por la pretensión formulada por la parte en juicio, esto es, dirigida a obtener un cierto efecto jurídico", para que de este modo resulten refundidas las perspectivas formal y sustancial del fenómeno, en la misma consideración integral del proceso, por lo cual se opone, como vimos atrás (cfr., núm. 125), a la distinción entre carga abstracta y concreta de la prueba<sup>222</sup>.

MICHELI tiene razón en las anteriores observaciones. Pero, ¿existe en realidad oposición entre sus conceptos y los de ROSENBERG? Creemos que no. Porque cuando se contemplan los supuestos de hecho de la norma que la parte reclama en su favor, se considera su posición sustancial respecto del efecto jurídico perseguido en el proceso (aspectos procesal y sustancial). Nos parece que se trata de dos maneras de presentar un mismo concepto, desde puntos de vista diferentes, salvo en lo referente a la clasificación de la carga de la prueba, que MICHELI rechaza (nosotros lo secundamos en esto, cfr., núm. 125) y que ROSENBERG acoge, y en cuanto a otros puntos meramente adjetivos, MICHELI sostiene que "el recurrir a la norma sustancial es absolutamente necesario, a fin de determinar la relevancia de los elementos de la hipótesis y también con respecto a la carga de la prueba"<sup>223</sup>; no otra cosa hace ROSENBERG, al sostener que debe tenerse presente de qué norma sustancial es presupuesto el hecho dejado de probar, para aplicar la carga a quien la reclama como favorable a sus pretensiones o excepciones. MICHELI dice que el derecho sustancial no basta para explicar el fenómeno, por lo cual hay necesidad de recurrir al criterio del contradictorio y al específico de la regla de juicio, o sea, a la relación entre el sujeto y el efecto jurídico pedido; en el mismo sentido, ROSENBERG sostiene que debe considerarse el efecto jurídico que cada parte pretende deducir de cierta norma legal, para establecer si el hecho es o no presupuesto de la misma. Agrega MICHELI que "no es posible hablar de normas constitutivas, extintivas o impeditivas, en términos abstractos, sino respecto de una específica hipótesis", ni determinar temas fijos de prueba, salvo casos excepcionales; pero ROSENBERG reconoce esto mismo cuando explica que una norma puede ser constitutiva en un caso y extintiva o impeditiva en otro o respecto de la parte contraria.

Ambos autores basan la distribución de la carga de la prueba en la posición sustancial de las partes, esto es, en la pretensión o la excepción que se han hecho valer en el juicio, respecto a la norma legal que

221 MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 69, págs. 429-430.

222 MICHELI: Ob. cit., núm. 73, págs. 456-457.

223 MICHELI: Ob. cit., núm. 70, págs. 442-443.



consagra ese efecto jurídico, sin olvidar su posición procesal, aunque MICHELI hable del efecto jurídico pedido, y ROSENBERG se refiera a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo cual, en síntesis, equivale a lo mismo. De ahí que MICHELI diga que es indispensable tener en cuenta “la identificación de las pretensiones formuladas en juicio” y su *causa petendi*, para conocer la posición de la parte respecto del efecto jurídico pedido, con base en determinado título<sup>224</sup>; ello significa tener en cuenta los hechos alegados como fundamento de tal pretensión (*causa petendi*) y los contemplados en la norma como supuestos para su aplicación (efecto jurídico perseguido), según afirma ROSENBERG. En otros lugares explica MICHELI que es necesario “señalar el contenido de la demanda de parte, contenido que se refiere necesariamente a una norma jurídica por aplicar en el caso concreto, mientras se invoca cierto efecto jurídico”<sup>225</sup> y que el criterio procesal de distribución de la carga “en el plano del proceso, se concreta en la situación de *petitor* respecto de cierto efecto, indicado por la ley material”<sup>226</sup>, esto es, que la norma por aplicar establece “la relación que tiene lugar entre la parte y el efecto jurídico pedido”, el cual le da significado a la calificación de los hechos por parte de dicha norma<sup>227</sup>; pero nos parece que tener en cuenta la norma jurídica por aplicar, para relacionar los efectos jurídicos pedidos por las partes, es, precisamente, determinar los supuestos de hecho que contempla tal norma para que sus efectos jurídicos se produzcan; y que relacionarla con la demanda o con los efectos jurídicos perseguidos por las partes, es establecer si tales supuestos están invocados como fundamento de las pretensiones o excepciones, para imponer la carga a quien haga valer aquéllas o éstas, conforme lo sostiene ROSENBERG.

Distriuir 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; al mismo resultado se llega si se tiene en cuenta, como lo hace ROSENBERG, cuál de las partes reclama la aplicación en 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. 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

224 MICHELI: Ob. cit., núm. 76, pág. 472.

225 MICHELI: Ob. cit., núm. 77, n. 125.

226 MICHELI: *Ibidem*, núm. 78, págs. 478-479.

227 MICHELI: *Ibidem*, núm. 80, págs. 487-489.

de conseguir cierto efecto''<sup>228</sup>. Es el reconocimiento de que la relación entre parte y efecto jurídico pedido, es la misma que entre aquélla y la norma que contempla el hecho como supuesto para su aplicación.

CALAMANDREI y REDENTI adoptan un punto de vista similar al de MICHELI, pero sus opiniones pueden también invocarse en apoyo de la tesis de ROSENBERG. En efecto, el primero considera que debe determinar el contenido de la demanda de parte, a fin de conocer el efecto jurídico que se pretende deducir de la norma jurídica que se invoca para el caso concreto, lo cual equivale a establecer quién alega en su favor el hecho que sirve de presupuesto a tal norma<sup>229</sup>; el segundo sostiene que se ha de considerar quién está legitimado por la norma sustancial para pedir efecto jurídico en el juicio, es decir, la posición del sujeto respecto de la acción-pretensión (en sentido sustancial), lo cual conduce a considerar los presupuestos de hecho de esa norma<sup>230</sup>.

PAVANINI sostiene una tesis análoga a la de MICHELI, pues dice que la carga de probar se debe distribuir según la posición sustancial de las partes en el proceso, esto es, según los efectos jurídicos sustanciales que cada uno persigue<sup>231</sup>.

Acepta también esta tesis el ilustre profesor brasilero Alfredo BUZAI<sup>232</sup>.

### 130. 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.

1) NO SE TRATA DE FIJAR QUIÉN DEBE LLEVAR LA PRUEBA, SINO QUIÉN ASUME EL RIESGO DE QUE FALTE. En el número 126 explicamos que 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 constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31, punto 4º), ésta surte todos sus efectos cualquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. 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.

<sup>228</sup> MICHELI: *Ibidem*, núm. 82, pág. 493.

<sup>229</sup> CALAMANDREI: *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1941, págs. 58 y sigs., y 136; *Studi...*, t. I, pág. 27.

<sup>230</sup> REDENTI: *Profili pratici del dir. proc. civ.*, Milano, 1938, págs. 103 y siguientes, y 276; lo mismo, FRANCESCO SILVIO GENTILE: *La prova civile*, Sandi Sapi, Roma, 1960, pág. 14.

<sup>231</sup> PAVANINI: *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, CEDAM, 1937, pág. 278.

<sup>232</sup> ALFREDO BUZAI: *La carga de la prueba*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, Venezuela, enero-diciembre 1965, págs. 3-22.

Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. 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 en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte* (el cual se traduce en una decisión adversa).

Consecuencia de este principio es el valor general que tiene la prueba practicada en cualquiera de los procesos acumulados, para los hechos alegados en todos (*cf.*, núms. 31 y 110), lo mismo que la producida a solicitud de terceros intervinientes o litisconsortes iniciales, en beneficio de todas las partes, sin que importe determinar quién alegó el hecho probado<sup>233</sup>.

2) LOS CRITERIOS DE LA NORMALIDAD Y LA INNOVACIÓN SÓLO SIRVEN COMO GUÍAS DE UNA POLÍTICA LEGISLATIVA. Esto quiere decir que su empleo es útil para resolver en normas especiales y para casos determinados, el problema de la carga de la prueba, y para establecer presunciones, pero no como regla general, porque no tienen aplicación a todos los casos y con frecuencia es difícil conocer cuál es el hecho anormal o nuevo, como lo expusimos al estudiar las anteriores teorías.

3) LAS MÁXIMAS ROMANAS "*onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor*" y "*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" Y SUS EQUIVALENTES, PUEDEN ADAPTARSE A LOS CONCEPTOS MODERNOS. La interpretación literal exagerada de estas máximas, ha conducido a las conclusiones absurdas que de ellas se ha pretendido deducir, como vimos al explicar las mencionadas teorías (*cf.*, puntos a y b), pero bien entendidas pueden conservar su validez en el derecho contemporáneo. La primera máxima no es incorrecta sino incompleta; en principio, es cierto que la carga de probar corresponde al actor, entendiéndose por tal también al demandado cuando excepciona, mas hace falta precisar y aclarar sobre cuáles hechos recae, porque no se trata de una regla absoluta que comprenda la totalidad de los hechos alegados en la demanda o las excepciones, ni explica por qué se le impone esa carga. La segunda máxima contempla la situación de la parte que se limita a negar el hecho alegado por su adversario demandante o demandado (éste, cuando propone excepciones), en cuyo caso no le corresponde la carga de probar; pero no tiene valor absoluto, porque existen excepciones para los hechos presumidos, notorios o de carácter indefinido, ya que quien los niega debe probar el hecho contrario, y, por otro aspecto, no sirve para determinar el alcance de la carga de la prueba de la parte opuesta.

Interpretada a *contrario sensu*, la segunda máxima equivale a gra-

233 MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 19, págs. 135-136.

var con esa carga al actor (demandante o demandado que excepciona), cuando el adversario se limita a negar el hecho alegado por aquél, de suerte que concuerda con la primera y la complementa al precisar que se trata de los hechos que alegue, sea afirmativa o negativamente. Pero, inclusive, si se toman en conjunto e interpretan correctamente, presentan las deficiencias anotadas, porque no es cierto que quien alegue un hecho como base de su pretensión o excepción tenga siempre la carga de su prueba, no sólo por existir presunciones y exoneración de prueba en los casos de notoriedad o de naturaleza indefinida, sino, además, porque la alegación de la inexistencia de un hecho impeditivo o extintivo no impone la carga de probarlo en la mayoría de los casos (*cfr.*, punto *b*).

4) EL CRITERIO DE LO CONSTITUTIVO O IMPEDITIVO O EXTINTIVO, NO SIRVE PARA ELABORAR LA REGLA GENERAL. Vimos que no es posible resolver el problema de la distribución de la carga de la prueba si se recurre a la clasificación de los hechos en esas tres categorías y, menos aún a asignarle siempre al demandante la carga de probar los primeros y al demandado la de los segundos, y que ni siquiera existe acuerdo acerca de cuáles corresponden a una o a otra (*cfr.*, punto *f*); e igualmente, que es indispensable relacionar los hechos con los efectos jurídicos pedidos y, por lo tanto, con las normas que los consagran, de las cuales son supuestos necesarios para su aplicación (*cfr.*, puntos *g* y *h*). La clasificación resulta más útil y más fácil de hacer si se aplica, como propone ROSENBERG, a las normas y no a los hechos, pues entonces se vinculan éstos a los efectos jurídicos consagrados en aquéllas y se tiene una base más objetiva; pero, como dijimos al criticar los conceptos del maestro alemán (*cfr.*, punto *g*), las dificultades y las deficiencias de la teoría no desaparecen con este nuevo enfoque de la clasificación, ya que la misma norma puede ser constitutiva o impeditiva, según la posición de la parte que la invoca y los efectos jurídicos pretendidos, aun en el mismo proceso o respecto de la misma relación jurídica controvertida.

Creemos que para elaborar la regla general sobre la distribución de la carga de la prueba no hace falta recurrir a la clasificación de las normas y mucho menos de los hechos, en las tres categorías mencionadas; por el contrario, utilizarla implica muchos y graves inconvenientes. Por otra parte, la distinta condición que dicha regla puede presentar, según la parte que le invoca y el efecto jurídico que persigue, demuestra que lo que realmente puede tener carácter constitutivo e impeditivo o extintivo es *el efecto* de la norma jurídica, y no ésta ni los hechos aisladamente considerados; pero tampoco entendida así puede servir esa clasificación como regla general para distribuir la carga de probar, porque en ocasiones corresponde la prueba a quien persigue que se apliquen en su favor los efectos extintivos o impeditivos de una norma, y no siempre a quien reclama sus efectos constitutivos.

La clasificación de los hechos mismos en esas tres categorías puede tener utilidad, pese a las dificultades que presenta, en la teoría general del hecho jurídico y para entender mejor el sentido y alcance de la excepción, como una especie de oposición a la demanda o pretensión<sup>234</sup>, pero no como criterio para distribuir la carga de probar. Para nosotros el verdadero hecho impeditivo es el que suscita efectos jurídicos que excluyen los que normalmente debe producir otro, por ser siempre una excepción perentoria, y debe ser positivo, aun cuando se enuncie como negación (así, quien niega la capacidad, afirma en realidad un hecho impeditivo, como la menor edad o la locura, y quien niega el consentimiento en un acto suyo, afirma el hecho impeditivo del error, la violencia o el dolo). Por lo tanto, quien alega que la pretensión o excepción del contrario no reúne un elemento de hecho necesario para su prosperidad (como la escritura pública o la continuidad de la posesión, o la notoriedad de las relaciones sexuales entre el presunto padre o la madre), no opondrá un hecho impeditivo, sino que niega un elemento constitutivo cuya prueba corresponde a éste, y si quien lo alega es un demandado, no estará proponiendo ninguna excepción. El hecho constitutivo es el que normalmente produce el efecto jurídico de dar nacimiento a un derecho o relación jurídica.

5) 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 (demandante o demandada, o interviniente adhesivo o con pretensión propia) y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con éste en relación con la norma jurídica que debe aplicarse. Luego, 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, 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*. La posición procesal de la parte interesa sólo para conocer por qué persigue ese efecto jurídico, esto es, si para imponer sus consecuencias al adversario (en cuyo caso aquélla será demandante o reconviniente) o para oponerse a los reclamados por éste (y entonces estará actuando como demandado), pero no afecta la regla sobre la carga.

La relación entre la parte y el efecto jurídico pedido, es la misma que existe entre aquélla y la norma que contempla el hecho como presupuesto de su aplicación; por consiguiente, es lo mismo distribuir la carga probatoria teniendo en cuenta la posición de la parte respecto del efecto jurídico pedido, o su posición respecto del hecho alegado que

<sup>234</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núms. 416-419, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 106-110.

sirve de presupuesto a tal norma. De ambas maneras se expresa correctamente la regla general. Los conceptos de ROSENBERG y MICHELI se complementan, y sólo se oponen en puntos secundarios, como lo explicamos al comentar los del último. Pero 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.

Es importante recordar que cuando la ley procesal exija alegar el hecho para que el juez pueda tenerlo en cuenta en su decisión, tal alegación es indispensable para que dicho funcionario aplique la regla de la carga de la prueba, pues en el caso contrario estará por fuera del tema probatorio en ese proceso y el juez no puede considerarlo sin incurrir en incongruencia, al separarse de la *causa petendi* invocada, aun cuando esté contemplado como presupuesto de la norma que se ha de aplicar. En esta hipótesis, su prueba no interesa ni puede dar lugar a recurrir a la regla de juicio en caso de que falte. Esta regla le sirve al juez para decidir en el fondo cuando no encuentre la prueba de un hecho sobre el cual debe basar su decisión; si el efecto jurídico perseguido tiene como presupuesto un hecho no alegado y la ley exige su alegación, debe proferir por tal motivo sentencia de fondo desestimatoria, y la regla sobre carga de la prueba no juega papel alguno. Sin embargo, cuando se trate de un hecho accesorio o secundario, no hace falta haberlo alegado en la demanda ni como fundamento de las excepciones, para que se tenga en cuenta la sentencia y, por consiguiente, para que se aplique al mismo la regla sobre carga de su prueba (*cfr.* núm. 44); asimismo, cuando la ley procesal no exija alegar las excepciones perentorias y, en cambio, autorice al juez para declararlas de oficio, como sucede en Colombia (salvo las de prescripción y compensación), basta probar oportunamente los hechos que las constituyan y, en consecuencia, se aplica a ellos la regla sobre carga de la prueba, aun cuando no hayan sido alegados (*cfr.*, núm. 44).

Recordamos también que, como regla general, solamente los hechos controvertidos son fundamento para 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 menos que la ley excluya para ellos la confesión; en este caso, no interesa la falta de controversia.

Así, pues, los requisitos de alegación y controversia del hecho, rigen no sólo para la sentencia, sino también para la decisión de algunas cuestiones incidentales (como excepciones dilatorias, nulidades, falsedad de documentos, recusaciones, etc.). Esto pone de presente las relaciones entre las dos cargas: la una es complementaria de la otra. No

basta alegar los hechos, pues es necesario probarlos; ni es suficiente su prueba, pues se deben alegar en la oportunidad que la ley señala (al menos que sean hechos secundarios). Pero no existe entre ambas cargas una completa equivalencia o, como dice CARNELUTTI, no son cargas paralelas<sup>235</sup>, porque no siempre corresponde la prueba a quien alega el hecho (como en los casos de presunciones, notoriedad y carácter indefinido) y los hechos secundarios no requieren alegación pero sí prueba, lo mismo que los exceptivos en los procesos civiles y laborales colombianos (salvo la prescripción y la compensación). La carga de la afirmación (que es mejor denominar de la alegación, porque comprende afirmaciones y negaciones) significa que, en principio, cada parte debe alegar los hechos que interesan a su causa; sin embargo, los secundarios basta probarlos, y en el sistema colombiano que no exige al demandado alegar sus excepciones, éstas pueden resultar de hechos alegados por el demandante (en cuyo caso no requieren más prueba si se acepta su confesión) o simplemente de hechos probados y aunque su prueba provenga también de éste o de actividad oficiosa del juez. Respecto del demandante, sí es necesaria siempre la alegación de los hechos sustanciales, inclusive en el sistema procesal colombiano.

Por otra parte, para obtener el efecto jurídico pedido, no es suficiente probar los hechos alegados, porque es necesario, además, que éstos sean los que, conforme a la norma jurídica, deban producir aquel efecto; en consecuencia, para que el juez pueda recurrir a la regla de la carga de la prueba, es indispensable no sólo que el hecho haya sido alegado, sino también, que concuerde con el contemplado como presupuesto de la norma jurídica que se debe aplicar; de lo contrario, la decisión será desestimatoria de la petición basada en tal hecho, sin que importe su alegación y su prueba. Esto pone de presente la inseparable relación entre la regla de juicio y la norma jurídica por aplicar y el efecto jurídico perseguido con fundamento en ese hecho, y demuestra que el criterio enunciado es el correcto.

De dos maneras puede presentarse esa falta de concordancia entre el hecho y la norma o el efecto jurídico perseguido: a) se alega el hecho pertinente al litigio, pero se pide un efecto jurídico que no corresponde; b) el efecto jurídico pedido es correcto, y no obstante se deja de alegar el hecho que le sirve de presupuesto. En ambos casos el juez debe resolver en contra de esa parte, sin recurrir a la regla sobre carga de la prueba. En el primero, aparentemente existe la carga de la prueba en cabeza de esa parte; sin embargo, como el suministrarla no le sirve para obtener la decisión favorable, porque el juez no puede aplicar la norma jurídica que la consagra sin incurrir en incongruencia, en realidad la regla deja de tener operancia. En el segundo, el hecho está por fuera del tema de prueba en ese proceso y el juez no puede basar en él su decisión, por lo cual la regla de juicio no puede

235 CARNELUTTI: Cita anterior.

operar, aun cuando se haya suministrado su prueba. Téngase en cuenta que en aquella hipótesis se trata de no haberse formulado la petición adecuada, y no de haberse dejado de invocar la norma que consagra este efecto jurídico, pues en el último caso el juez debe aplicarla de oficio; esto se refiere no sólo a las pretensiones de la demanda, sino también a las excepciones cuando la ley así lo exige (a las de prescripción y compensación, en Colombia; a todas, en el derecho europeo).

6) LA REGLA GENERAL PARA SU DISTRIBUCIÓN. Conocido cuál debe ser el criterio para elaborar esta regla general, resulta muy sencillo enunciarla: *corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable*; o, expresada de otra manera, *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.

La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. Esta existe en general para los hechos que de acuerdo con la norma aplicable son presupuestos de las peticiones que formula; pero la falta de alegación hace que la prueba resulte inútil e innecesaria, esto es, que desaparezca el interés práctico para la parte en satisfacer la carga de la prueba.

La controversia se requiere para que, por regla general, sea necesario aducir al proceso medios probatorios, a fin de que el juez tenga el hecho por cierto, debido a que su admisión equivale a su prueba (*cfr.*, núms. 44 y 156). Pero si el hecho no es susceptible de probarse por confesión, aun admitido deberá probarse por el medio exigido en la ley y opera entonces la carga.

En virtud del principio de la comunidad de la prueba (*cfr.*, número 31, punto 4º), ésta produce todos sus efectos, en favor o en contra de las partes, quienquiera que la haya suministrado, no importa que provenga del adversario o del juez oficiosamente, por lo cual no es correcto expresar que la parte gravada con la carga debe probar el hecho o que a ella le corresponde su prueba; lo acertado es decir que soporta el riesgo de que falte esa prueba y que el juez resuelve en su contra con base en dicha regla.

No se debe hablar de presupuestos de la norma invocada o reclamada, porque en virtud del principio *jura novit curia*, al juez le corresponde aplicar oficiosamente el derecho, sin que deba limitarse a las normas que las partes hayan alegado. Se tiene en cuenta la norma que regula los efectos jurídicos pedidos y que el juez oficiosamente debe conocer y aplicar; esto es, que le corresponde a esa parte la carga de probar los hechos que aquélla contempla como sus presupuestos,



siempre que los haya alegado (si son principales o esenciales) y no estén admitidos (si vale para ellos la prueba de confesión).

Cuando se adopta alguno de los criterios que hemos rechazado, los casos de hechos presumidos, notorios o de carácter indefinido constituyen excepciones a la regla sobre la carga de la prueba, o, según algunos, una inversión de la regla; por el contrario, si se aplica el adoptado por nosotros (lo mismo que el de ROSENBERG, MICHELI y demás autores que los siguen), esos casos no constituyen ninguna excepción a la regla general, pues tales hechos no son entonces presupuestos para que la norma surta sus efectos jurídicos (lo son únicamente los demás hechos contemplados en ella) y, en cambio, el hecho contrario, cuyos efectos impiden que aquella norma se aplique, es presupuesto de la norma favorable a la parte adversaria. Por esa razón, la primera no está gravada con la carga de la prueba de ese hecho, sino de los otros que en aquella norma se contemplan, mientras que la segunda tiene la carga de probar el hecho contrario. La presunción, la notoriedad y el carácter indefinido del hecho, no invierten la carga de la prueba, sino que liberan de ella, en el sentido de que no existe para ese hecho, o, como dice SCHÖNKE, se cambia el tema probatorio<sup>236</sup>.

Con el objeto de que se entienda bien nuestro concepto, 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 o 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 éste. 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; en cambio, la norma que le otorga al poseedor el derecho a 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 natural de un hombre al concebido durante 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 norma que impide declarar esa paternidad por el motivo indicado, tiene como presupuesto el hecho positivo y concreto de las relaciones sexuales de la madre con un tercero, en esa época. Lo mismo ocurre con los hechos cuya notoriedad es aceptada.

Expuesta la regla como nosotros proponemos, tiene un alcance verdaderamente general. Al mismo tiempo se corrigen y complementan las

<sup>236</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 206.

reglas examinadas en los puntos *a* y *f* de este número, y se le da mayor claridad a la formulada por ROSENBERG y MICHELI y sus seguidores, que en lo sustancial hemos aceptado.

En efecto, se precisa cuáles son los hechos que debe probar el actor y el demandado, o quién afirma o niega, o quién pretende o excepciona, según el efecto jurídico perseguido y la norma que lo contempla como presupuesto de su aplicación, sin que su posición procesal modifique la regla; quedan reducidos a simples criterios auxiliares y en realidad innecesarios, los de la normalidad o la innovación y del carácter constitutivo o extintivo, invalidativo o impeditivo de los hechos o las normas o los efectos jurídicos de éstas, y al precisar que tengan o no esa condición, corresponde probarlos siempre a quien pretende la aplicación en su favor de la norma que los contempla como supuestos necesarios o simplemente a quien favorece dicha norma (porque su aplicación puede resultar oficiosamente: *jura novit curia*) y, por consiguiente, basta tener en cuenta esta regla para que la conclusión resulte correcta. También se complementa y aclara la tesis carnelutiana del interés de la parte, al dejar claramente definido que se trata del interés en el hecho previsto como supuesto de la norma cuya aplicación favorece a esa parte; esto es, que corresponde la carga a quien tiene interés en deducir del hecho los efectos jurídicos que contempla la norma de la cual es presupuesto para su aplicación.

Resulta así que es cierto que al demandante le corresponde probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión y, por lo tanto, los constitutivos de ésta, pero sólo en el sentido de que se trata de los previstos en la norma que invoca o que le es favorable como supuestos de su aplicación; también es cierto que al demandado le corresponde probar los hechos que alega como fundamento de su excepción y, en consecuencia, como impeditivos o extintivos de la pretensión del demandante, sólo en cuanto se trata de los que sirven de presupuesto a la norma cuya aplicación lo favorece, sea que la invoque o no. Con todo, la prueba que corresponde al demandante no se limita a los hechos cuya naturaleza en abstracto sea constitutiva, porque cuando alegue hechos extintivos o impeditivos de una situación o un derecho reclamados por el demandado, le corresponderá al primero demostrarlos si son presupuesto de la norma cuya aplicación reclama o le resulta favorable, tal como ocurre en las pretensiones de declaración negativa o para que se declare que no se tiene una obligación determinada; tampoco se limita la prueba a cargo del demandado a los hechos extintivos, impeditivos o modificativos de la pretensión del demandante, porque tales hechos pueden tener el carácter de constitutivos de un derecho o una relación jurídica que aquél reclame en oposición a los pretendidos por éste, como cuando propone la excepción de compensación o de prescripción adquisitiva, o alega mejor derecho para ocupar la herencia reclamada por el demandante o para poseer el bien que éste reivin-

dica, o retener la tenencia que se le reclama. Igualmente, se resuelve el problema de catalogar la oposición del demandado como simple negación de un hecho constitutivo de la pretensión del demandante o como circunstancia impeditiva, para determinar a quién corresponde la carga de su prueba, pues basta examinar la norma que contempla como presupuesto y la parte que la invoca o que resultaría favorecida con su aplicación oficiosa, para gravar a ésta con esa carga, cualquiera que sea la denominación que a dicho hecho corresponda.

### 131. Carácter procesal de las normas sobre carga de la prueba

En los números 13 y 14 estudiamos la naturaleza de las normas sobre pruebas y vimos que existen varias teorías al respecto. Unos pocos, como SATTI, les asignan un carácter exclusivamente sustancial; otros, entre quienes podemos mencionar a CARNELUTTI, FLORIAN, Hugo ALSINA y civilistas como PLANIOL y RIPERT, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, COLIN y CAPITANT, CLARO SOLAR, ALESSANDEI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, las consideran de naturaleza mixta (sustancial y procesal) y también ROSENBERG y SCHÖNKE, aun cuando éstos limitan el carácter sustancial a las reglas sobre carga de la prueba y a las presunciones legales; una posición especial adopta GUASP, para quien existen dos ramas separadas, material y procesal, en el derecho probatorio, correspondiendo a la primera las normas que establecen formalidades probatorias para la existencia de ciertos actos o relaciones jurídicas (*ad substantiam actus*), y a la segunda las demás; muchos les reconocen un carácter exclusivamente procesal, entre ellos BENTHAM, MICHELI, CHIOVENDA, ROCCO, SILVA MELERO, VISHINSKI, Rafael DE PINA; por último, los defensores del derecho judicial las colocan en el llamado derecho judicial material, principalmente Jaime y Roberto GOLDSCHMIDT<sup>237</sup>.

Como es obvio, quienes les asignan a las normas sobre pruebas un carácter exclusivamente sustancial o procesal, catalogan en la misma rama del derecho las normas sobre carga de la prueba; los que consideran que aquéllas tienen una naturaleza mixta, le dan ese mismo carácter a las últimas, y quienes dividen tales normas en procesales y sustanciales, colocan entre éstas a las reguladoras de la carga de probar, excepto GUASP, quien limita las segundas a las que consagran formalidades necesarias para la existencia misma del acto o relación jurídica. Dentro de la teoría del derecho judicial, se asigna a las normas sobre carga de la prueba el carácter de materiales.

El estudio de estas diversas opiniones y de la nuestra lo hicimos allí. Las reglas sobre carga 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

<sup>237</sup> Véanse citas en el número 631; RAFAEL DE PINA: *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, págs. 18 y 254.

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.

### 132. Casos concretos sobre carga de la prueba

Para terminar este capítulo haremos un breve examen de la manera como opera la regla sobre carga de la prueba en varios casos concretos.

a) CUANDO SE ALEGA EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE QUE NO EXISTEN PERSONAS CON MEJOR O IGUAL DERECHO A RECIBIR LO PRETENDIDO. Esto ocurre en los casos de las herencias, prestaciones alimenticias, obligaciones divisibles a cargo de herederos y otros similares. La persona que reclama la herencia no tiene la carga de probar la inexistencia de otros herederos concurrentes o de mejor derecho, pues le basta afirmarlo y probar su vocación herencial; quien demanda por alimentos a un pariente de segundo o tercer grado que, conforme a la ley, tiene la obligación de prestarlos si no existen otros de grado más cercano, tampoco tiene la carga de probar la inexistencia de éstos, sino el parentesco con aquél; el acreedor que demanda a un heredero para el pago de una deuda del causante, no necesita demostrar su condición de único heredero; finalmente, quien reclama el pago de una acreencia que por ley podría corresponder a varios titulares u obligar a varios deudores, si los hubiera, no necesita probar la inexistencia de los demás acreedores o deudores distintos del demandante o demandado (partimos de la base de que en el título no aparecen éstos, naturalmente)<sup>238</sup>. No se trata de que deba presumir que no existen más titulares activos o pasivos de la relación jurídica; simplemente, que la norma que la regula no contempla como presupuesto ese hecho negativo, sino el positivo del parentesco o el vínculo entre demandante y demandado; mientras que el efecto jurídico perseguido por el último al alegar la existencia de otra persona que lo exonera total o parcialmente de su obligación, tiene como presupuesto tal hecho, y por ello le corresponde probarlo.

b) CARGA DE LA PRUEBA DEL DOLO, DE LA BUENA Y LA MALA FE, DEL ERROR, LA VIOLENCIA Y LA IGNORANCIA. La regla general opera sin problemas para estos casos<sup>239</sup>. Quien invoque cualquiera de estos vicios del consentimiento o la existencia de una de tales circunstancias en el terreno contractual o extracontractual, para deducir efectos jurídicos

<sup>238</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejca, 1956, número 29, págs. 330-333; MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 62, págs. 400-401.

<sup>239</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, núms. 58-60, págs. 374-389; ROSENBERG: *Ob. cit.*, número 25, págs. 209 y 234; SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, *cit.*, pág. 204.

favorables consagrados en una norma legal, debe probar su existencia, como presupuesto para la aplicación de dicha norma, a menos que la ley expresamente los presuma en el caso concreto e imponga a la otra parte la carga de probar el hecho contrario (*cf.*, núms. 46, parágrafo b, y 130, punto 6º).

Establecido el error, quien alega su excusabilidad tiene la carga de probar los hechos que la configuran.

La buena fe, en cambio, no requiere prueba, porque debe presumirse, es decir, no es presupuesto para la aplicación de la norma cuyos efectos dejan de producirse en el caso de faltar, a no ser que la ley exija su prueba expresa o tácitamente para deducir ciertos efectos jurídicos. En consecuencia, por regla general no existe la carga de probar la buena fe, la cual se traduce en la ignorancia no culposa de ciertas circunstancias; solamente en el último supuesto, que es la excepción, existe la carga de su prueba, verbigracia, cuando la ley consagra una presunción de mala fe y se trata de liberarse de ella.

Lo mismo ocurre con la prueba de la ignorancia, cuando la ley la contemple para cualquier efecto jurídico: quien persiga tal efecto, debe probarla como presupuesto de la norma que lo consagre.

La distribución de la carga de la prueba no la determina el carácter constitutivo, impeditivo o extintivo del dolo, el error o la violencia. Quien persiga el efecto jurídico contemplado en la norma que los tenga como presupuestos de su aplicación, está sujeto a la carga de probarlos, sea que tengan aquélla o esta condición y que obre como actor o como demandado.

Por ejemplo: el carácter constitutivo puede ser invocado por el demandante para deducir en su favor un derecho y la correlativa obligación del demandado, pero si existe a cargo de éste una presunción de dolo o mala fe, aquél no está sujeto a la carga de probarlo; si quien tiene a su cargo la presunción de dolo o mala fe, demanda, no obstante, reclamando su derecho a ser indemnizado o a otra prestación, el demandado puede oponerle a dicha pretensión ese hecho presumido del actor sin necesidad de probarlo, pese a su carácter impeditivo del nacimiento de tal derecho; la persona obligada contractualmente a una prestación, puede oponer a la demanda de su acreedor el dolo o la mala fe presumido de éste, como circunstancia extintiva de esa obligación, y no tiene la carga de probarla. Y así ocurrirá en cualquier caso análogo.

En todos estos casos, el hecho presumido (dolo, mala fe, etc.), no es presupuesto para la aplicación de la norma que consagra los efectos jurídicos perseguidos por la parte contraria a la gravada por la presunción; en cambio, la ausencia de tal hecho, que se traduce en el hecho contrario, es supuesto para la aplicación de la norma en favor de quien la alegue. La presunción no altera la regla general sobre la carga de la prueba, ni representa una inversión de ésta, como lo explicamos en el número 130, parágrafo 6º.

c) **CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA.** Siempre que el demandante pretenda deducir efectos jurídicos favorables de una culpa del demandado, tendrá la carga de probar los hechos que la configuran, y cuando el segundo oponga como excepción la culpa del primero, esto es, la alegue para deducir efectos jurídicos que excluyan los pretendidos por el demandante, estará sujeto a la carga de su prueba, lo mismo en el terreno contractual que en el extracontractual. Se exceptúan, naturalmente, los casos en que la ley establece una presunción de culpa. La situación procesal del demandante o demandado no modifica la aplicación de la regla general, ya que sólo importa determinar quién pretende deducir en su favor los efectos jurídicos de la norma que contempla la culpa como supuesto para su aplicación; lo mismo da que se trate de imponer una prestación al demandado o que éste se libere de la reclamada por el demandante<sup>240</sup>. Si la persona gravada con una aparente responsabilidad toma la iniciativa para demandar en declaración negativa su libertad con base en la culpa de su contraparte, estará gravada con la carga de probar, lo mismo que si espera a ser demandada y la opone como excepción.

La prueba de la ausencia de culpa se somete a la misma regla general. Cuando la norma legal la contemple como presupuesto para ciertos efectos jurídicos y la parte los reclame, estará gravada con la carga de probarla; esto ocurre cuando hay presunción de culpa respecto de una parte y ésta pretende liberarse de responsabilidad demostrando lo contrario, y también cuando la ley disponga expresa o tácitamente que sólo quien pruebe la inexistencia de culpa tendrá cierto beneficio jurídico.

En cambio, no está gravado con la carga de probar la ausencia de culpa quien es demandado para imponerle responsabilidad contractual o extracontractual por culpa (si no existe una presunción legal en su contra), porque se trata de aplicar en favor del demandante la norma que contempla esa culpa como supuesto de sus efectos jurídicos y, por lo tanto, es el segundo quien tiene la carga de la prueba; lo mismo ocurre si en dicha hipótesis la persona a quien extracontractualmente se reclama la responsabilidad, toma la iniciativa y demanda para que se declare que no está sujeto a ésta, por no haber existido culpa de su parte, pues la carga de la prueba gravará al demandado que alega esa culpa. Es decir: cuando se presume la culpa, quien se basa en ella para reclamar el beneficio jurídico, no necesita probarla, pues corresponde probar el hecho contrario a quien intente liberarse de tal presunción; en cambio, cuando no existe tal presunción, debe probarla quien pretende recibir dicho beneficio.

Como puede apreciarse, el carácter constitutivo, extintivo o impe-

<sup>240</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 28, págs. 318-327; MICHELI: Ob. cit., núm. 70, págs. 434-444; ROCCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 329-363.

ditivo de la culpa (mejor dicho, de los efectos jurídicos que de ella se pretende deducir), no determina quién lleva la carga de su prueba, sino la situación de las partes respecto al efecto consagrado en la norma de cuya aplicación se trate, esto es, la circunstancia de ser o no favorecidas con ella. Para esa distribución se aplica la regla general enunciada (*cf.*, núm. 130, párrafo 6º), cualquiera que sea la denominación que corresponda al efecto de la culpa, conforme con esa clasificación y la situación procesal (de demandante o demandado) que tenga la parte que la alegue. Tienen aplicación a la culpa los ejemplos que pusimos para el caso del dolo o la mala fe, en el párrafo anterior, en los cuales se pueden apreciar perfectamente las distintas situaciones que pueden presentarse.

Si las dos partes se imputan culpa recíproca o concurrente, cada una está sujeta a la carga de probarla según la regla general <sup>241</sup>.

No existe diferencia entre la manera como opera la carga de la prueba respecto de la culpa o ausencia, de ésta, en los terrenos contractual y extracontractual; la regla general es una misma, sea que exista o no presunción en el caso concreto, como acabamos de explicarlo. En ambos terrenos, cuando se tiene la carga de probar la ausencia de culpa, tal circunstancia es el supuesto de la norma que consagra el efecto jurídico exculpativo en favor del sujeto de la carga, y cuando se tiene la carga de probar la culpa, ésta es presupuesto de la norma cuyos efectos jurídicos se pretende deducir de ella. Lo que puede variar es la regulación legislativa de las presunciones en unos o en otros casos, pero ya hemos explicado cómo el hecho presumido deja de ser presupuesto para la aplicación de la norma, mientras que el hecho contrario lo es de la norma que consagra el efecto opuesto (*cf.*, núm. 130, párrafo 6º).

d) CARGA DE LA PRUEBA DEL NACIMIENTO DE OBLIGACIONES Y DE SU CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO. Este punto corresponde principalmente al terreno contractual, pero también se relaciona con las obligaciones extracontractuales, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por hechos culposos o dolosos.

La carga de probar el nacimiento de la obligación corresponde a quien lo alega, por ser presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido <sup>242</sup>.

Conforme a la regla general sobre distribución de la carga de la

<sup>241</sup> ROSENBERG: *Ob. cit.*, págs. 328-329.

<sup>242</sup> EISNER: *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, pág. 62; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 129; ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, págs. 13 y 51; ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1942, pág. 193; CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, 1939, pág. 660; MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 69, páginas 429-434; ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejeca, 1956, núms. 22, 23 y 27, págs. 275-292 y 305-317.

prueba, la parte que reclama el cumplimiento de una obligación por el demandado, debe probar el hecho que la norma invocada supone como presupuesto de su aplicación, esto es, el nacimiento de su derecho correlativo, y la parte que opone la alegación de haber cumplido, es decir, que su obligación se extinguió, debe probar el hecho respectivo, porque es supuesto de la norma que contiene tal efecto jurídico (C. C. colombiano, art. 1757 y similares de los Códigos francés, italiano, español y chileno). El primero no está gravado con la carga de probar el incumplimiento, porque el nacimiento de su derecho lo faculta, por sí mismo, a pedir su satisfacción y, por lo tanto, aquella circunstancia negativa no aparece como supuesto para la aplicación de la norma que lo favorece.

Cuando el demandante alegue haber cumplido una obligación suya, para deducir de tal hecho una consecuencia jurídica favorable, debe probar el cumplimiento, porque es supuesto de la norma que estatuye ese efecto jurídico; lo mismo ocurre cuando el demandado lo oponga a la pretensión del actor. En el primer caso, el cumplimiento tiene efectos constitutivos de la propia pretensión; en el segundo, efectos extintivos de la del contrario (*cfr.*, núm. 129, párrafo *f*), pero en ambos es supuesto de la norma favorable a quien lo alega <sup>243</sup>.

Ninguna importancia tiene, para la distribución de la carga de probar, cuál sea el contenido del efecto jurídico perseguido por quien alega el cumplimiento o incumplimiento (si se pide resolución del contrato o indemnización o cumplimiento de la parte contraria, etc.), porque sólo importa la circunstancia de reclamarse la aplicación de la norma que establece ese hecho como supuesto necesario para cualquier efecto jurídico.

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 éste se opone a la pretensión del actor, no está alegando haber cumplido, *sino no haber incumplido*, pues su cumplimiento consiste en la simple actitud negativa indefinida que no requiere prueba, y, por consiguiente, se tratará de una simple negación del derecho pretendido por el demandante, y no de alegación de hechos opuestos. En cambio, en las demás obligaciones (de dar, hacer, entregar), si el demandado se opone a la demanda, está afirmando haber ejecutado el hecho positivo que implica el cumplimiento, y por eso le corresponde su prueba.

<sup>243</sup> MICHELI y ROSENBERG: Citas anteriores.



En el caso de las obligaciones de hacer, el cumplimiento, hecho positivo, es presupuesto de la norma invocada por el demandado para eximirse de la obligación que el demandante probó; en el caso de las obligaciones de no hacer, el incumplimiento, hecho positivo, es presupuesto de la norma invocada por el demandante para reclamar el efecto jurídico pretendido. La regla general sobre distribución de la carga se cumple perfectamente en ambos casos <sup>244</sup>.

Cuando se alega ausencia de culpa en el incumplimiento o fuerza mayor o caso fortuito, se aplica la regla general que para ésta rige, como ya lo explicamos (*cfr.*, parágrafo c).

Quien alegue tal circunstancia como exculpativa de su incumplimiento, está reclamando la aplicación de la norma que contempla ese efecto jurídico y, en consecuencia, está sujeto a la carga de probarla, por ser supuesto de dicha norma.

Si el demandado alega que el no cumplimiento se debe 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 <sup>245</sup>.

Naturalmente, cuando exista una presunción de cumplimiento o incumplimiento, la carga de probar el hecho contrario corresponde a la otra parte.

El caso de la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*), 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. En otros términos, cada parte debe probar los hechos que sirven de supuesto a la norma que consagra el efecto jurídico que le es favorable, dentro del marco general del contrato. Esto es consecuencia del principio, que hemos afirmado muchas veces, de que la posición procesal de las partes no altera la distribución de la carga de la prueba <sup>246</sup>.

e) EL CASO ESPECIAL DE LOS VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA O ARRENDADA. Aun cuando la regla general exige, como vimos, que el cumplimiento de la obligación debe probarlo quien lo alegue, y por lo tanto, el demandado, cuando se le imputa incumplimiento, como en los casos de compraventa o arrendamiento el vendedor o arrendador tiene

<sup>244</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 69, págs. 432-434; CHIOVENDA: *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. III, número 278; ROSENBERG: Ob. cit., núm. 27, pág. 309.

<sup>245</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 110, págs. 129-134; SCHÖNKE: Ob. cit., página 204; CHIOVENDA: Ob. cit., t. III, núm. 277, pág. 108.

<sup>246</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 58, págs. 376-379; ROSENBERG: Ob. cit., núm. 23, págs. 286-288, y núm. 27, págs. 305-317.

la obligación de dar o entregar la cosa, libre de vicios que imposibiliten o disminuyan su goce o la hagan inepta para el fin a que está destinada, si se la recibe sin protestas por el comprador o arrendatario, se presume que no tenía vicios y que aquéllos cumplieron tal obligación, por lo que les corresponde a éstos la carga de probar esos vicios ocultos, cuando los aleguen, por ser supuestos para la aplicación de la norma que consagra los efectos jurídicos perseguidos (resolución o indemnización)<sup>247</sup>.

Si el demandado alega que el comprador o arrendatario conocieron o debieron conocer el vicio antes o al tiempo del contrato, estará proponiendo una excepción cuya prueba tiene la carga de suministrar, ya que tal hecho es presupuesto del efecto jurídico que pretende obtener con la aplicación de la norma que lo estatuye.

La distribución de la carga de probar se cumple en ambos casos, por lo tanto, conforme a la regla general<sup>248</sup>.

f) CARGA DE LA PRUEBA DE LA INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES SUPLETORIAS O SUBSIDIARIAS. Estas normas regulan cuestiones contractuales, a falta de estipulación expresa de las partes. Suele decirse que representan la voluntad presunta de las partes, es decir, que cuando nada estipulan, debe entenderse que han tenido la voluntad de incluir tácitamente en el contrato el contenido de la norma legal; no obstante, como atinadamente lo observa ROSENBERG<sup>249</sup>, “las partes raras veces han pensado en los puntos regulados por la ley en forma dispositiva”; se trata “de efectos jurídicos que la ley vincula a la conclusión de un negocio jurídico”, los cuales “se producen, no porque han sido queridos y declarados por las partes o porque corresponden a la voluntad presunta de éstas, sino porque la ley así lo dispone, sin tener en cuenta siquiera la voluntad contraria, no declarada, de las partes”. Y cita esta frase de STAMMLER: “No es exacto que el contenido del derecho subsidiario se debe al propósito de expresar la voluntad presunta o propia de las partes: se trata más bien de satisfacer *los intereses objetivos del tráfico, las necesidades de la vida social en general*, procurándose satisfacerlos también con respecto al caso singular concreto.”

La carga de la prueba de que hubo estipulación en contrario o diferente a lo dispuesto en la norma supletoria, corresponde a quien alega en su favor la aplicación de la cláusula contractual que supone la existencia del hecho de tal estipulación, pues en el fondo equivale a reclamar la aplicación favorable de la norma legal que le da valor a esa cláusula y que tiene por presupuesto el hecho de su estipulación. Quien alegue la aplicación de la norma supletoria no necesita probar que no hubo pacto en contrario, y quien reclame este pacto, está gravado con

<sup>247</sup> LESSONA opina en contrario: que el arrendador debe probar el buen estado precedente del inmueble. Ob. cit., t. I, núm. 118, pág. 152.

<sup>248</sup> MICHEL: Ob. cit., núm. 60, pág. 390.

<sup>249</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 21, págs. 263-265.

la carga de su prueba, no importa la situación procesal de demandante o demandado. La regla general sobre distribución de la carga tiene vigencia absoluta para este caso <sup>250</sup>.

El caso de los llamados *accidentalí negotii*, esto es, de las estipulaciones especiales en desacuerdo con las que la ley consagra como cláusula normal del contrato o *naturalia negotii*, es análogo al anterior, pues la norma legal tiene entonces el carácter de supletoria. También lo es el caso de interpretación de un contrato de manera diferente a como corresponde hacerlo según las normas legales sobre la materia. En ambas hipótesis corresponde la prueba a quien alega la estipulación accidental o especial y la interpretación diferente, porque de tal hecho pretende deducir en su favor una consecuencia jurídica <sup>251</sup>.

g) LA CARGA DE PROBAR LA FALSEDAD O AUTENTICIDAD DE DOCUMENTOS. Es necesario distinguir los casos en que el documento es auténtico y aquéllos en que no tiene esa condición. En el primero, la parte que lo aduce o que se beneficia con él, ha cumplido la carga de probar su autenticidad, impuesta por la norma procesal que regula el mérito probatorio de ese medio, y la parte contraria que pretenda deducir en su favor el efecto jurídico de la falsedad, está sujeta a la carga de alegarla y probarla, por ser el supuesto necesario de la norma legal que lo consagra. Cuando no es auténtico, la carga de probar la autenticidad pesa sobre quien pretende deducir cualquier efecto jurídico del documento, y la parte contraria que lo rechaza u objeta está libre de la carga de probar la falsedad, porque no formula por eso ninguna excepción, sino que se limita a negar la autenticidad como hecho constitutivo del efecto procesal probatorio perseguido por su adversario (C. de P. C. col., art. 645). La regla general sobre distribución de la carga de probar se aplica sin problemas.

La circunstancia de existir o no un incidente especial sobre falsedad del documento, no altera la distribución de la carga de su prueba, como tampoco la situación procesal de demandante o demandado que tengan las partes; en ambos supuestos, la carga de probar la autenticidad le corresponde a la parte beneficiada con el documento, y la carga de probar la falsedad, a quien alegue que tal autenticidad es aparente; por lo tanto, si no se trata de documento auténtico, quien alegue la falsedad impone a la parte contraria la carga de probar su autenticidad <sup>252</sup>.

Declarada la falsedad, si a un mismo tiempo no se probó la autoría, corresponde la carga de demostrar ésta a quien la impute, para deducir cualquier efecto jurídico, sea en ese proceso o en otro posterior.

Se aplican aquí las conclusiones a que llegamos en materia de prueba del dolo, la ignorancia y la buena fe, en el punto b) de este número.

h) LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN. De dos

<sup>250</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 265; MICHELI: Ob. cit., núm. 66, págs. 419-421.

<sup>251</sup> ROSENBERG y MICHELI: Citas anteriores.

<sup>252</sup> Véase la jurisprudencia de la Corte, que citamos en el núm. 560.

maneras puede alegarse la prescripción en un proceso: sea la primera, como pretensión, para que se declare en favor del demandante, que es lo que ocurre en las demandas de pertenencia en Colombia, reglamentadas por las leyes 120 de 1928 y 51 de 1943; sea la segunda, como excepción, para que se declare extinguida la obligación a cargo del demandado y, en consecuencia, el derecho correlativo del demandante; pero en ambos casos la carga de la prueba opera de idéntica manera y de acuerdo con la regla general, esto es, que a quien pretenda deducir en su favor los efectos jurídicos de la prescripción, sea como pretensión o como excepción, le corresponde la carga de probar los hechos contemplados como supuestos para la aplicación de la norma legal que la consagra.

Tales hechos son: 1) el momento en que comenzó a correr el término de la prescripción adquisitiva o extintiva, que depende de circunstancias diferentes, como el conocimiento que la parte demandante tuvo de la ocupación por la demandada, del inmueble que aquélla poseía o mantenía en tenencia, en las acciones de amparo ante los funcionarios de policía; como la iniciación de la ocupación o perturbación por el demandado en las acciones posesorias, o la iniciación de la posesión material o explotación económica del inmueble rural por el demandante que alega haberlo adquirido por prescripción o por el demandado que la opone a la acción reivindicatoria, o la exigibilidad del derecho de crédito que se reclama y, por lo tanto, de la obligación correlativa cuya extinción se alega, etc.; 2) si se trata de prescripción adquisitiva, se requiere también la prueba de la existencia de esa situación en la fecha en que se completa el término necesario para la prescripción, lo cual hace presumir su permanencia durante todo ese tiempo, puesto que a la parte contraria le corresponde la carga de probar la interrupción por cualquier causa legal, si la alega, porque equivale a reclamar en su favor la aplicación de la norma legal que consagra ese efecto jurídico. Cuando se trate de simple prescripción extintiva de la acción incoada por el demandante o de su caducidad, al demandado le basta la prueba del primer hecho, si a partir de entonces ha transcurrido el tiempo previsto en la ley y a aquél le corresponde la carga de probar la interrupción natural o civil si la alega.

Si el demandante prueba la interrupción civil producida por la presentación en debida forma de la demanda, y el demandado alega que ella no ha producido sus efectos, esto es, que no debe ser tenida en cuenta por razón de una causa legal, le corresponde probar tal hecho, por ser el supuesto de la norma que invoca en su favor.

Naturalmente, cuando la pretensión del actor se basa en un hecho indefinido o notorio o que goza de presunción, está exento de la carga de su prueba y le corresponde al demandado la carga de probar el hecho contrario. Así sucede en el caso de que se demande la prescripción del derecho de servidumbre por no haberlo usado el demandado durante

veinte años, pues tal negación es indefinida; corresponde a éste probar que sí la utilizó <sup>253</sup>.

i) LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS REIVINDICATORIOS. PRUEBA DEL DOMINIO Y LA POSESIÓN. La reivindicación o acción de dominio corresponde al dueño de una cosa singular, mueble o inmueble, o de una cuota indivisa de ésta, de la que no está en posesión, para que el poseedor material de ella se la restituya; también pueden reivindicarse los otros derechos reales, excepto el de herencia, al cual corresponde la acción de petición de herencia. Por consiguiente, son tres los supuestos de la pretensión reivindicatoria: a) el dominio del demandante o su titularidad del derecho real; b) la cosa singular o la cuota indivisa sobre ésta, en la cual está radicado ese derecho real; c) la posesión material actual del demandado de esa cosa o cuota. Suele hablarse de la identificación de la cosa poseída por el demandado con la que es objeto del derecho real del demandante, como de un cuarto supuesto, pero en realidad está comprendido en los anteriores <sup>254</sup>.

Para conocer cómo opera la carga de la prueba en estos procesos, basta aplicar la regla general enunciada, esto es, que al demandante le corresponde la carga de probar esos tres supuestos de las normas legales que consagran el derecho a reivindicar, para que el juez pueda aplicarlas al caso concreto; si el demandado alega que tiene mejor derecho a conservar el bien o cuota reivindicada, en razón de un título proveniente de un tercero y anterior al aducido por su demandante, o de uno emanado de éste, o de una posesión material más antigua que ese título, o que no obstante haberse iniciado posteriormente ha configurado una prescripción adquisitiva, estará reclamando en su favor la aplicación de la norma legal que le da valor a su título adquisitivo de dominio o que ampara su posesión material, y le corresponderá la carga de probar esos hechos.

Como al demandante le corresponde la carga de probar la posesión actual del demandado, éste no necesita acreditarla para gozar de la presunción de ser dueño; pero si aquél aduce títulos o prueba posesión material anterior a la del demandado, para desvirtuar esa situación prevalente le corresponde a éste la carga de probar, bien sea la existencia de otro título más antiguo o que su posesión material se originó con anterioridad, con lo cual le impone al demandante la carga de probar que los títulos de sus antecesores tradentes vienen desde antes.

La regla general sobre distribución de la carga de probar se cumple perfectamente en todos estos casos, puesto que siempre se tratará

<sup>253</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 24 julio 1934, "G. J.", t. XLI, número 1895 bis, pág. 85.

<sup>254</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 18 mayo 1940, "G. J.", t. XLIX, número 1955, pág. 308; 4 julio 1941, t. LI, núm. 1975; 27 octubre 1945, t. LIX, núm. 2025, pág. 723; 15 febrero 1946, t. LX, núm. 2029, pág. 22; 30 mayo 1949, t. LXVI, núm. 2073, pág. 102, etcétera.

de imponerla a quien quiera hacer surtir en favor de su pretensión o excepción los efectos jurídicos de la norma legal que los consagra.

j) **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS DE PETICIÓN DE HERENCIA.** En estos procesos al demandante le basta probar su título de heredero y la ocupación por el demandado de esa herencia (si esa ocupación es a otro título, no hay lugar a petición de herencia, sino a reivindicar o a pedir la restitución de la tenencia o a ejecutar una acción posesoria, según el caso); tales son los únicos supuestos de hecho para la aplicación de la norma que consagra esta acción (C. C. col., art. 1321). Si el demandado alega un mejor derecho a la herencia, estará reclamando la aplicación en su favor de la norma que se le otorgue, en razón de un parentesco más cercano o de la nulidad del testamento aducido por el actor o de otro título y, por lo tanto, le corresponde la carga de probar los hechos que la norma invocada contemple.

Si el demandante en la misma demanda reivindica bienes que pertenecen a la herencia y que se encuentran en poder de terceros, se aplica a esta pretensión lo dicho en el parágrafo anterior.

k) **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS POSESORIOS.** En estos procesos no se discute dominio, sino posesión material. Si se trata de restitución por despojo, son presupuesto de la norma legal que consagra el derecho para el demandante y que éste debe probar, los hechos siguientes: 1) que tenía la posesión en el momento del despojo del bien objeto de la demanda o del derecho real constituido en él, según el caso; 2) que tal posesión la tenía por lo menos con un año de anterioridad sin interrupciones y en forma tranquila; 3) que fue privado de ella por el demandado o el causante de éste; en este último caso, si se trata de título singular, se debe demandar al actual poseedor y a su causante, pero si se trata de herederos del autor del despojo, se les debe demandar a todos mientras la sucesión está ilíquida o a quien recibió en la partición de la herencia ese bien <sup>255</sup>.

Si el demandado se opone alegando prescripción de la acción posesoria, le corresponde la carga de probar que su posesión lleva más de un año; si alega que recibió la posesión voluntariamente del demandante, le corresponderá la prueba de tal acto, y si dice haberla recibido de un tercero, debe acreditar ese hecho (en este último caso puede sumar esa posesión a la propia, para efectos de la prescripción).

Si el demandante, por su parte, alega que a la posesión del demandado debe descontarse el tiempo durante el cual ejerció violencia o hubo clandestinidad, está sujeto a la carga de probar tal circunstancia, puesto que pretende deducir de ella los efectos jurídicos de la norma que los consagra.

En los procesos posesorios por perturbación se aplican los mismos principios, pero en vez del despojo se prueba el hecho perturbatorio.

<sup>255</sup> ROSENBERG: Ob. cit., núm. 11, pág. 134.

b) LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS Y SIMILARES. La pretensión hecha valer en un proceso ejecutivo debe aparecer inicialmente clara, expresa, líquida o a lo menos liquidable, a cargo del demandado, en favor del actor y exigible en el momento de la demanda, por ser éstos los presupuestos para la aplicación de las normas legales que regulan la procedencia de la acción. Esto significa que corresponde al demandante la carga de probar esos hechos o requisitos, y que las pruebas deben acompañarse a la demanda. Si el juez las encuentra suficientes y se reúnen además los presupuestos procesales para el caso, debe admitir la demanda y librar el mandamiento ejecutivo a cargo del demandado y en favor del demandante.

Si la obligación que se imputa al demandado es condicional, el actor debe probar el cumplimiento de la condición para que se cumpla el requisito de ser exigible. Este principio se aplica a la hipótesis de las obligaciones originadas en contratos bilaterales, a cargo de ambas partes, porque en este caso es condición para la exigibilidad de las unas que se hayan cumplido las otras, a menos que del contrato se infiera que las del demandante deben cumplirse después.

Al demandado le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de supuestos a las normas legales en que fundamenta sus excepciones, por ejemplo, los que extingan o modifiquen su obligación, o los que le hagan perder el carácter de exigible que aparece en el título ejecutivo, o los que le den derecho a una compensación, etc. En nuestro proceso ejecutivo esas pruebas y excepciones deben ventilarse en incidente especial, que termina con sentencia, y, por lo tanto, no pueden invocarse para reclamar la reposición o revocación del mandamiento de pago.

Cuando el demandante se limita a reclamar la ausencia de alguno de los requisitos necesarios para que haya título ejecutivo y cuya prueba es de cargo del ejecutante, no propone ninguna excepción, ni debe aducir pruebas, y, en consecuencia, es procedente la reposición o revocación, por el superior, del mandamiento ejecutivo, si encuentra que tal reclamo es fundado; se aplica aquí la distinción entre existencia de nuevos hechos impeditivos o extintivos y ausencia de hechos constitutivos de la pretensión del demandante (*cf.*, núm. 130, punto 4º): quien alegue uno de aquéllos debe probarlo, porque es presupuesto de la norma cuyo efecto jurídico persigue; pero quien afirma que a la pretensión del adversario le hace falta uno de éstos, no necesita probar nada, porque se trata de un hecho supuesto de la norma que consagra el efecto perseguido por el último, y la carga, por lo tanto, grava a éste y no a aquél. Por consiguiente, cuando el título aducido por el ejecutante es un contrato bilateral y de éste surgen obligaciones a su cargo, cuyo cumplimiento debe ser previo o simultáneo al de las exigidas al ejecutado, es indispensable, para que exista título ejecutivo, que aparezca la prueba de ese cumplimiento, y en caso negativo, éste puede

reclamar la revocación del mandamiento ejecutivo que por error haya librado el juez, por faltar una prueba cuya carga correspondía al actor; en cambio, si del mismo título ejecutivo o de otras pruebas de valor similar se infiere que el ejecutante cumplió sus obligaciones o que éstas son exigibles solamente después del cumplimiento por el ejecutado, para que éste pueda desvirtuar esa situación debe aportar la prueba del hecho en contrario, por ser presupuesto de la norma cuyo efecto jurídico reclama en el incidente de excepciones.

Así, pues, la regla general que hemos adoptado para la distribución de la carga de la prueba, tiene aplicación al proceso ejecutivo, especialmente cuando, como sucede en Colombia, se permite al ejecutado proponer excepciones contra el título ejecutivo o contra las obligaciones que de él emanan, con lo cual se le da al proceso un indudable carácter bilateral y contradictorio; pero aun cuando no se otorguen esos medios de defensa al ejecutado, siempre tendrá aplicación aquella regla, porque el juez debe negar su actividad ejecutiva cuando el actor no le presente las pruebas exigidas en la ley procesal para su procedencia y las requeridas para que se reúnan los presupuestos procesales de la acción y los previos del juicio, como la capacidad o *legitimatío ad processum* y la representación, si no se obra a nombre propio, o si el demandado debe concurrir por intermedio de otra persona. Nos separamos en esto último de MICHELI, quien estima que en el nuevo proceso ejecutivo italiano no tiene aplicación la regla de juicio, porque no consagra el principio del contradictorio <sup>256</sup>.

Las explicaciones anteriores se aplican a los procesos de venta de cosa hipotecada o dada en prenda, de quiebra y concurso de acreedores, de lanzamiento del tenedor y demás en que debe acompañarse a la demanda la prueba del derecho pretendido y la consiguiente correlativa obligación del demandado.

m) LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE SIMULACIÓN O NULIDAD DE CONTRATOS. La distribución de la carga en estos procesos es una misma, sea que la simulación o nulidad aparezca alegada como pretensión o como excepción, pues hemos visto que la posición procesal de las partes no altera la regla (*cfr.*, núm. 130). Quien reclame en su favor el efecto jurídico de la nulidad o simulación, consagrado en una norma legal, tiene la carga de prohar los hechos que la configuren, por ser presupuestos para su aplicación.

Cuando la nulidad surja del mismo contrato, porque le falte un requisito formal necesario para su validez, como la determinación del inmueble objeto de una compraventa o de su precio, la prueba de éste será a un mismo tiempo prueba de aquélla y será de cargo de quien la alegue; si en tal caso se opone la nulidad como excepción contra la pretensión de hacer cumplir el contrato, el demandado no necesitará alle-

<sup>256</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 79, pág. 484.



gar más pruebas, por ser aquélla suficiente y haberla suministrado al demandante, en virtud del principio de la comunidad o adquisición de la prueba.

Si una de las partes pretende hacer valer el contrato y la otra alega su simulación o su nulidad por causas que no surgen de él, aquélla tendrá la carga de probar su celebración con las formalidades exigidas por la ley para su validez, por ser el supuesto de la norma que lo regula, y ésta la de probar los hechos impositivos de su validez o que configuran su simulación<sup>257</sup>, pues está reclamando los efectos jurídicos de la norma que le es favorable y que los contempla como presupuestos necesarios. En cuanto a los requisitos de fondo, como capacidad, consentimiento y causa, se deben tener en cuenta las presunciones establecidas en la ley, para el efecto de la carga de su prueba, pues, como lo explicamos en otro lugar (*cf.*, núm. 130, punto 6º), el hecho presumido deja de ser presupuesto para la aplicación de la norma que lo contempla, al paso que el hecho contrario es presupuesto de la norma favorable a la otra parte. Quien reclama la validez del contrato no está gravado con la carga de probar que su causa es real y lícita, ni que el consentimiento estuvo libre de vicios y que las partes eran capaces, debido a que esos requisitos se presumen, y quien sostenga el hecho contrario para que se apliquen los efectos de la norma que consagra la nulidad por ese motivo, tiene la carga de probarlo, a menos que surja del mismo contrato.

n) LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CASO DE LAS NEGACIONES. Sobre la prueba de las negaciones tratamos al estudiar los hechos indefinidos (*cf.*, núm. 46, punto f) y la teoría que impone la carga de probar a quien afirma y no a quien niega (*cf.*, núm. 129, punto b), por lo cual nos remitimos a lo expuesto en ese lugar. Ahora nos limitaremos a exponer algunas breves conclusiones.

1ª) No existen diferencias en materia de prueba entre negaciones y afirmaciones, esto es, respecto de los hechos contenidos en aquéllas y en éstas, pues en ambos casos se presentan iguales problemas, se utilizan unos mismos medios y se debe tener idéntico criterio para su valoración, por lo cual la regla sobre distribución de la carga de la prueba es también una misma.

2ª) Las negaciones indefinidas están exentas de prueba por la imposibilidad práctica que existe para suministrarla, pero lo mismo ocurre con las afirmaciones indefinidas; las demás negaciones se prueban con el hecho positivo contrario, de manera que existen las mismas posibilidades y dificultades para su prueba que hay respecto a las afirmaciones simples, por lo cual la regla sobre la distribución de la carga opera en ambas de una misma manera.

3ª) Las negaciones definidas imponen la carga de su prueba a quien las formula, cuando pretenda deducir de ellas en su favor un efecto

<sup>257</sup> ROCHA: *Ob. cit.*, págs. 266-296.

jurídico, pero no cuando se trate de negar el hecho alegado por la parte contraria como fundamento de una pretensión o excepción, pues entonces la prueba le corresponde a ésta<sup>258</sup>.

4ª) Como sucede en las presunciones (*cf.*, núm. 130, punto 6º), la exención de prueba para las negaciones y afirmaciones indefinidas no significa una inversión de la carga, pues el hecho indefinido no es presupuesto para la aplicación de la norma jurídica que favorece a quien lo afirma o niega, y, por lo tanto, no tiene la carga de probarlo, mientras que el hecho concreto positivo opuesto al indefinido es presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por la parte contraria, por lo cual ésta tiene la carga de su prueba (las dos normas pueden estar contenidas en un mismo texto legal y tal cosa sucede frecuentemente, cuando se consagra un efecto jurídico determinado para ciertos hechos, "a menos que" o "mientras que no" se presente otra situación de hecho; debe, pues, tenerse cuidado de no confundir la diferente norma jurídica con el distinto texto legal).

5ª) Como se ve, la regla general que hemos enunciado para distribuir la carga de la prueba (*cf.*, núm. 130, punto 6º), tiene aplicación absoluta al caso de las negaciones, tanto definidas como indefinidas.

6ª) Por consiguiente, cuando una norma legal imponga la prueba de un hecho negativo a quien persiga los efectos jurídicos consagrados en ella, debe interpretarse en el sentido de que tal exigencia se limita a los casos en que no se trate de una negación indefinida, pues, como hemos visto (*cf.*, núm. 46, punto f), puede existir o no esta condición, según que en la práctica haya o no verdadera imposibilidad para probarla, lo cual debe ser apreciado por el juez con criterio riguroso.

a) LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS ACCIONES DE DECLARACIÓN NEGATIVA. La manera como se presenta la pretensión y la clase de acción ejercitada no modifican la situación del demandante en cuanto a la carga de la prueba, porque ésta se determina por los efectos jurídicos perseguidos, en relación con los hechos que les sirven de presupuesto y no por la posición procesal de la parte (demandante o demandada), ni por la forma como tales efectos se persiguen (como pretensión o excepción). Por consiguiente, en relación con la carga de la prueba no puede existir diferencia entre las acciones de declaración negativa o positiva, pues en ambas le corresponde al actor la carga de probar los hechos que sean presupuestos de los efectos jurídicos consagrados en la norma que le es favorable. La declaración negativa que en la demanda se solicita, puede tener como fundamento hechos positivos o negativos (por ejemplo, haber cumplido la obligación o no haber nacido ésta), y respecto de los últimos, se aplican las conclusiones expuestas en el punto anterior.

<sup>258</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 15 julio 1939, "G. J.", t. XLVIII, núm. 1949, pág. 400; 12 abril 1940, t. XLIX, núm. 1955, pág. 211; 5 marzo 1953, t. LXXV, núm. 2129, pág. 23.

Un caso de éstos se presenta en la acción negatoria de servidumbre, es decir, cuando el actor pide que se declare que su predio no está gravado; entonces está sujeto a la carga de demostrar los hechos que sirven de presupuesto a dicha pretensión; lo mismo ocurre si los alega como fundamento de una excepción contra la demanda que persiguió imponerle tal servidumbre a su predio. No se trata de una negación indefinida, porque implícitamente se está formulando la alegación positiva de la libertad del predio, basada en hechos concretos. Así lo resolvió nuestra Corte Suprema en un caso de acción negatoria de servidumbre de tránsito, citado por ROCHA, quien manifiesta su acuerdo con la decisión<sup>259</sup>; al demandante le corresponde la carga de probar que el predio del demandado tiene otra salida actual a una vía pública, o que a otro predio le corresponde soportar tal servidumbre, o que la incommunicación se debe a un acto voluntario del demandado, hechos todos de carácter positivo y concreto. En cambio, si el demandante pide que se declare la prescripción del derecho de servidumbre del demandado, por el no uso, la carga de la prueba pesa sobre el último, porque aquél alega un hecho indefinido negativo<sup>260</sup>.

p) LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS CASOS DE AFIRMACIONES INDEFINIDAS. Como varias veces lo hemos dicho (*cfr.*, núm. 46, punto f y párrafo n de este número), las afirmaciones indefinidas tienen el mismo tratamiento probatorio que las negaciones indefinidas, esto es, que se encuentran exentas de prueba. Esto significa que quien las formula no está sujeto a la carga de probarlas, porque no son presupuestos para la aplicación de la norma cuyos efectos jurídicos se reclaman, al paso que quien alega el hecho positivo opuesto para deducir en su favor el efecto jurídico contrario (que puede consistir en el rechazo del perseguido por su contraparte), tiene la carga de demostrarlo, por ser supuesto necesario de él. La regla general sobre distribución de esta carga tiene perfecta aplicación en estos casos.

q) LA CARGA DE LA PRUEBA EN CUESTIONES PROCESALES. Hemos dicho que 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 juicio (*cfr.*, núm. 126, punto n). Siempre que se trate de aplicar una norma jurídica procesal que suponga presupuestos 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

<sup>259</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 56-60.

<sup>260</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 24 julio 1934, "G. J.", t. XLI, número 1895 bis, pág. 85.

procesales de la acción y previos del juicio, para que el juez aplique en su favor la norma que consagra el efecto jurídico de la demanda, esto es, su admisión y la orden de notificar o citar al demandado para vincularlo al proceso (capacidad, representación, no caducidad de la acción cuando la ley señala un término corto para su ejercicio, jurisdicción y competencia del juez, documentos o pruebas especiales requeridos para esa demanda); corresponde a la parte que alegue una nulidad del proceso, o un motivo de recusación, o una objeción a un dictamen de peritos o a unas costas, o una tacha a un testigo o a un documento auténtico, o una oposición al secuestro, o la entrega de un bien, la carga de probar los hechos en que se basa; quien opone la excepción procesal 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 presentarse la prueba de su interés para hacerlo y conserva la carga en el incidente a que da lugar la oposición de alguna de las partes, cuando se trata de intervención por coadyuvancia o accesorio, porque el opositor se limita a negar el interés alegado por aquél; quien ofrece una caución debe acreditar su suficiencia; quien reclama la terminación del proceso por transacción extrajudicial, necesita aducir su prueba y lo mismo quien alega incompetencia por virtud de un compromiso arbitral; quien alega la suspensión o restitución de términos, 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 hasta 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 de adquisición de la prueba (*cfr.*, núm. 31, punto 4, y 126, punto *d*).

## CAPÍTULO XVIII

### VALOR DE LOS PACTOS O CONTRATOS SOBRE PRUEBAS

#### 133. Diversos pactos o contratos sobre pruebas

Pueden existir tres clases de contratos sobre esta materia: *a*) los que tengan por objeto darle valor de prueba a un medio no autorizado por la ley; *b*) los que persigan otorgarle a un medio autorizado por la ley, un valor o mérito de convicción superior o diferente al que ésta les dé o al que el juez libremente les reconozca (según rija la tarifa legal o la libre apreciación); *c*) 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).

En el segundo grupo pueden incluirse los pactos que pretenden darle mérito ejecutivo o para un lanzamiento u otra acción procesal especial, a un medio al cual la ley no le otorga ese valor, y, en el último, los que, por el contrario, persigan privar a un medio de ese mérito procesal que la ley le asigna. Pero estas dos clases de cláusulas tienen la especial característica de afectar no solamente la regulación legal o la libre apreciación que al juez le corresponde hacer de la fuerza de convicción de la prueba, sino el sistema procesal mismo, es decir, la regulación legal del proceso especial de ejecución, de lanzamiento o de venta de cosa hipotecada, etcétera.

#### 134. La opinión de los autores sobre estos pactos o contratos

CHIOVENDA dice que “no cabe pretender en juicio la observancia de los contratos relativos a las pruebas” y agrega: “El caso se presenta a menudo, como sucede, por ejemplo, cuando el demandado toma para sí la prueba de la inexistencia de aquello que el actor debía probar existente; el demandado puede no conseguir el propósito de su prueba, *sin que por ello sólo se tenga que considerar, por el juez, existente el derecho afirmado por el actor y, en consecuencia, condenarse al demandado.* La cuestión no cabe plantearla preguntándonos si tales contratos

son o no contrarios al orden público; otra es la razón de no poderse exigir su observancia, a saber: que se refieren a una actividad ajena (la actividad del juez) sobre la regulación de la cual en nada puede influir la voluntad de las partes, sino cuando la ley así lo disponga expresamente”<sup>1</sup>.

Al tratar de la “inversión convencional de la carga de la prueba”, dice CHIOVENDA<sup>2</sup>: “Que prevalezca ese principio (el dispositivo) en un sistema procesal determinado, no significa dominio en él de la voluntad de las partes, sino que se concede un acentuado valor a su actividad; no implica reconocimiento de un pretendido derecho de disposición de las partes sobre el material de la causa, sino la sanción de su responsabilidad en la tarea de facilitar al juez el material de conocimiento.” Así, pues, les niega valor a tales cláusulas.

ROSENBERG acepta el valor de las convenciones que conduzcan a crear simples presunciones de hecho y alterar en ese caso la carga de la prueba, como la que presumiera que la enfermedad de unos ganados asegurados existía ya al tiempo de otorgarse la póliza, si se presenta dentro de los tres días siguientes; pero rechaza todo valor a las cláusulas que establezcan presunciones jurídicas, pues dice: “Sólo una norma jurídica puede ser fuente de una presunción jurídica”, y cita el caso de las presunciones que sirven de presupuestos de la resolución del juez, como las del procedimiento ejecutivo<sup>3</sup>.

En otro lugar estudia ROSENBERG los contratos sobre pruebas con más detenimiento<sup>4</sup>, y dice: “Finalmente, según la posición sistemática de la carga de la prueba se decide la cuestión de saber si las partes pueden regular la distribución de esta carga mediante negocio jurídico. Se habla de contratos sobre la carga de la prueba (aunque pueden entrar en cuenta negocios jurídicos unilaterales, por ejemplo, un testamento) y muchas veces se los considera inadmisibles.” Luego agrega: “Son éstos los contratos que tienden a restringir la apreciación libre de la prueba por parte del juez, por ejemplo, al admitir sólo determinados medios de prueba, en particular documentos, o al excluir ciertas especies de prueba, o al fijar la fuerza probatoria de algunos medios de prueba, o al querer obligar al juez a aceptar sin más o bien a concluir de la existencia de ciertas circunstancias la verdad o la falsedad de determinados hechos. Tales contratos son efectivamente inadmisibles y nulos porque significan una intromisión en la actividad del juez, y porque la convicción judicial no puede ser objeto de convenios entre las partes. Pero no se trata en este caso de contratos sobre la

<sup>1</sup> CHIOVENDA: *Instituciones de derecho privado*, Madrid, Revista de derecho privado, 1922, t. III, núm. 281, pág. 112.

<sup>2</sup> CHIOVENDA: Ob. cit., núm. 281, págs. 211-212.

<sup>3</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, páginas 200 y 217.

<sup>4</sup> ROSENBERG: *La carga de la prueba*, ed. cit., págs. 78-80.

carga de la prueba. Por tales solamente pueden entenderse, de acuerdo con el concepto de la carga de la prueba, aquellos contratos que arrojan a una u otra parte la carga de la incertidumbre de un hecho. Estos contratos son válidos por cuanto las partes pueden disponer del objeto del contrato, en cuanto dichos contratos no infringen el derecho imperativo, y porque también en la práctica han sido considerados siempre como válidos, pues se abstienen de toda disposición en el sentido de prescribir al juez cuándo y en qué condiciones debe admitir aquella incertidumbre, y sólo contienen precauciones para el caso de que el juez no considere un hecho ni verdadero ni falso.

“No hay razón para prohibir esto. Por el solo hecho de que las partes regulan sus derechos y deberes de modo distinto de la regulación legal, determinan por sí mismos los hechos que deben comprobarse en cada proceso, esto es, determinan la carga de la prueba en el sentido aceptado por nosotros; esto ocurre, por ejemplo, en el caso en que las condiciones del seguro excluyen el deber de indemnización para los accidentes provocados por negligencia grave e imponen al demandante la carga de la prueba con respecto a la involuntariedad del suceso. Y del mismo modo que muchas veces nuestras leyes otorgan a disposiciones de derecho material la forma de normas relativas a la carga de la prueba, o insinúan la distribución de esta carga por la redacción y la forma de las normas materiales, también las partes pueden elegir para sus convenios la forma de reglas concernientes a la carga de la prueba o bien regular cuestiones de esta carga por la redacción de sus declaraciones.”

Más adelante agrega <sup>5</sup>: “Un contrato sobre la carga de la prueba en este sentido es, por ejemplo, la cláusula frecuente en contratos de compra ‘pago al contado contra documentos de embarque’ o ‘pago contra conocimiento’ o ‘pago contra factura’; pues de este modo se impone a veces en forma diferente de la distribución legal de la prueba al comprador la carga de la prueba con respecto a defectos de la mercadería, por los cuales se niega a aceptarla o a pagar el precio, o porque la mercadería no habría estado lista para ser expedida.”

Sobre el contrato de seguros dice <sup>6</sup>: “Sin embargo, las condiciones del contrato de seguro pueden regular la carga de la prueba, de tal manera que el demandante, al reclamar la suma asegurada a base tanto del seguro de vida como del seguro de accidente, debe probar que la muerte fue causada por un accidente y que no fue la consecuencia de un suicidio. Si el demandante reclama la suma asegurada a base del seguro de accidentes, debe probar que el accidente se produjo durante el tiempo por el cual rigió éste (*Vers. Vertrag*, núm. 149), que se realizó el contrato respectivo y que se pagó a tiempo la primera prima de acuerdo con las condiciones estipuladas.”

<sup>5</sup> ROSENBERG: Ob. cit., pág. 80.

<sup>6</sup> *Ibidem*, núm. 12, pág. 143. Véanse también págs. 148-150.

En esto discordamos del ilustre profesor alemán, por cuanto acepta la validez de los pactos sobre carga de la prueba cuando la ley la regula; la aceptamos únicamente cuando no exista regulación legal al respecto. Seguimos, por ello, el concepto de CHIOVENDA, de SCHÖNKE, para quien "son ilícitos los convenios sobre la carga de la prueba"<sup>7</sup>, lo mismo que el de GOLDSCHMIDT<sup>8</sup>. Además, ROSENBERG se basa en el art. 55 del Libro de la Tutela de los Derechos, que es muy especial, como veremos al examinar el concepto de MICHELI, que también concuerda con el nuestro.

En el *Tratado* se pronuncia ROSENBERG por la nulidad de "los convenios que pretenden limitar al magistrado en su libre apreciación de la prueba", para que se admitan o excluyan ciertos medios o fijarles su fuerza probatoria<sup>9</sup>.

SCHÖNKE dice que puede aceptarse el convenio que exija una prueba en lugar de otra o para un hecho una prueba especial; pero que "es inadmisibile todo acuerdo de las partes en lo que afecte a la apreciación judicial de la prueba, o respecto de las consecuencias jurídicas que el tribunal haya de deducir de la situación de hecho declarada existente"<sup>10</sup>.

DE LA PLAZA cita a GOLDSCHMIDT, quien excluye todo valor a los pactos que alteren "la posición que, según la naturaleza de los hechos o el interés en probar, han de ocupar las partes", para rehuir su exigibilidad "contra lo dispuesto en la ley, y, concretamente, los que intentan modificar la carga material de la prueba". Luego concluye: "Nada dicen al respecto las leyes españolas; pero la doctrina parece orientarse en el sentido que impone el carácter público del proceso y la preeminente posición que en la prueba debe reservarse al juzgador."<sup>11</sup>

SILVA MELERO<sup>12</sup> rechaza la validez de los pactos sobre la carga de la prueba.

PLANIOL y RIPERT se inclinan a darle valor a los pactos sobre pruebas, cuando sólo afecten la carga de ella, pero lo niegan cuando se refieren a "la determinación de los procedimientos de pruebas, su condición de admisibilidad, las formalidades y la fuerza probatoria de cada uno de ellos, como prescripciones imperativas para los jueces y los particulares"<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, pág. 199.

<sup>8</sup> Véase cita de DE LA PLAZA más adelante.

<sup>9</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, t. II, pág. 207.

<sup>10</sup> SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1950, páginas 199-200.

<sup>11</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1954, t. I, págs. 460-461.

<sup>12</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 94.

<sup>13</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, págs. 763 y 770.



ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA observan que la cuestión es discutible, pero que la Corte Suprema de Chile "ha resuelto que las reglas de la prueba son de orden público, y, por lo tanto, no admiten derogación"<sup>14</sup>.

Hugo ROCCO considera que "aun en materia de derechos disponibles no es admisible y lícito a las partes atribuir convencionalmente valor a ciertos medios de prueba, o *disponer de cierta formalidad*, que las normas procesales han considerado indispensable para el cumplimiento de la prueba"<sup>15</sup>.

Jaime GUASP dice que "las normas sobre la prueba procesal tienen carácter de *ius cogens* y no ofrecen campo adecuado a una regulación convencional por los sujetos que en la prueba intervinieren"<sup>16</sup>.

LESSONA dice<sup>17</sup>: "Las partes pueden, mediante acuerdo, renunciar, expresa o tácitamente, al precepto de la ley que se dirige a su tutela, el cual se considera establecido tanto para garantizar la igualdad de los litigantes, como para impedir que los pleitos se dilaten excesivamente." Pero más adelante manifiesta<sup>18</sup>: "El acuerdo de las partes no obliga al juez a admitir pruebas ilegales o que tengan objeto no idóneo", y al tratar de los medios de prueba, enfáticamente dice: "Todas esas convenciones que admiten o prohíben determinados medios de prueba, que amplían o restringen los determinados por la ley, son, a nuestro juicio, absolutamente ilícitas sin ninguna excepción"; una parte puede abstenerse de utilizar una prueba, pero no renunciar previamente a ella. Así, pues, las últimas citas aclaran el alcance de la primera, esto es, que la renuncia aceptable de los beneficios de una norma dictada para tutelar a una de las partes, no incluye la de carácter probatorio que le niegue valor a cierta clase de medios. En otro lugar acepta los pactos sobre inversión de carga de la prueba<sup>19</sup>.

FLORIAN<sup>20</sup> les niega valor a los pactos sobre apreciación de la prueba. Acepta que las partes pueden acordar la renuncia a ciertas pruebas, como a un testimonio; sin embargo, creemos que esa renuncia no puede impedir que en el proceso inquisitivo ordene el juez de oficio esas pruebas y que en el dispositivo sólo vale la renuncia hecha en el

<sup>14</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1941, t. III, pág. 466.

<sup>15</sup> ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957, Parte IV, pág. 190.

<sup>16</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 334.

<sup>17</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 194, pág. 236.

<sup>18</sup> LESSONA: Ob. cit., núm. 231, pág. 277 y núm. 47, págs. 49-52.

<sup>19</sup> LESSONA: Ob. cit., núms. 128 y 130, págs. 161-162 y 166.

<sup>20</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, t. I, núm. 111.

curso del juicio, pero no la anterior contractual, y, por lo tanto, que el renunciante puede solicitarlas válidamente.

MICHELI<sup>21</sup> estudia detenidamente el problema de la validez de los pactos sobre la carga de la prueba. Dice que cuando se trata de manifestaciones unilaterales de una parte que ofrece dar la prueba que no le corresponde, la jurisprudencia alemana se inclina a aceptar su validez, pero él les niega valor, por considerar que la regla de juicio debe aplicarse en ese caso para exigir la prueba a quien le correspondía. Advierte MICHELI que el problema es más complejo cuando se trata de pactos o convenciones, pues que comprende "la delicada cuestión relativa a la disponibilidad del proceso por parte de los sujetos particulares, a la derogabilidad en general de normas procesales, dirigidas a la formación de la convicción del juez", y observa que existe una tendencia en la jurisprudencia a darles validez con base en el art. 55 del Libro de la Tutela de los Derechos, según el cual los hechos con los que se invierte o se modifica la carga de la prueba son nulos solamente cuando se trata de derechos no disponibles por las partes, o cuando la modificación o la inversión tienen por efecto hacer excesivamente difícil para una de las partes el ejercicio del derecho. Además, opina que la validez de la convención resulta de la naturaleza de los derechos que se deben aplicar y no en razón de la regla de juicio, por cuanto el punto es dudoso, pues parece que el legislador quiso referirse a las normas que regulan directamente determinada hipótesis, que las partes pueden derogar en el límite en que pueden disponer de los derechos que pretenden hacer valer en juicio. Finalmente, MICHELI se inclina en favor de la tesis que excluye la regla de juicio, o sea sobre la carga de la prueba, de la libre disponibilidad de los particulares, por cuanto se refiere al ejercicio del poder jurisdiccional, y dice que una excepción podría ser la facultad concedida al juez por las partes para decidir en equidad, cuando la ley lo autoriza.

Tampoco aceptamos la opinión de SCHÖNKE sobre la validez del VELÁSQUEZ<sup>22</sup> les niegan valor a los contratos o convenciones, judiciales o extrajudiciales, que establezcan medios de prueba distintos de los legales o que desconozcan estos medios legales o modifiquen su valor. No hemos encontrado un concepto expreso en ROCHA.

Como de las citas anteriores se deduce, la doctrina general rechaza por lo común los pactos o contratos que tratan de otorgarle a un medio probatorio un valor que la ley no le da o de quitarle a otro el mérito que la ley le asigna; y más enfática aún es al rebazar los convenios o contratos que alteren las formalidades que la ley procesal señala para

<sup>21</sup> MICHELI: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, números 37-38, págs. 236 y 246.

<sup>22</sup> ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Siglo XX, 1944, capítulo VII, pág. 33; GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Manual práctico de la prueba civil*, Bogotá, Librería Jurídica, 1951, págs. 47-49.

la precedencia de determinada vía procesal, como la ejecutiva. En cuanto a inversión convencional de la carga de la prueba, con excepción de LESSONA, ROSENBERG y PLANIOL y RIPERT, los demás que hemos citado les niegan también valor.

### 135. Nuestro concepto

Las citas anteriores respaldan totalmente la tesis que por nuestra parte sostenemos, sobre la invalidez de esos contratos o convenios o cláusulas que pretenden darle a un medio probatorio un mérito que la ley no le reconoce o negarle el que ésta le otorga, cuando se trata de sistemas procesales regidos por el principio de la tarifa legal absoluta o atenuada, como es el caso colombiano. Si la ley procesal consagra el principio de la libre apreciación de las pruebas, el juez obra con libertad en su tarea de valoración; pero ni aun en ese caso tales pactos o cláusulas pueden obligar al juez, y sólo pueden servirle de elemento de convicción sujeto a su crítica personal, pues sería absurdo que cuando el legislador no somete al juez a restricciones en tan delicada tarea, pudieran someterlo las partes.

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, como sucede en el art. 1757 del C. C. colombiano y normas similares, tampoco éstas pueden ser alteradas por acuerdos de 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, 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 afectan exclusivamente la prueba sino el procedimiento mismo, la manera como 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 otorgue mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene, como la que prive de ese mérito al que sí lo tiene, según la regulación legal. En ese sentido se expresan los autores citados, lo mismo que la Corte Suprema colombiana.

No creemos que puedan crearse presunciones de hecho por convenciones, como lo admite ROSENBERG, por ejemplo en el caso que éste propone de que se pacte que si un daño o enfermedad resulta dentro de cierto tiempo posterior al contrato, se presuma que existía antes de él, o que su causa es anterior. Lo que en realidad se pacta es una limitación válida de la responsabilidad asumida por el asegurador o vendedor, en el sentido de que el primero no responde por el daño surgido

durante ese término posterior al contrato, y el segundo se hace responsable de él.

Para nosotros, son inválidas en todos los casos las cláusulas que tratan de invertir la carga de la prueba consagrada en la ley, y, por lo tanto, las que suelen ponerse en ciertos contratos de adhesión, para exigirle al adherente o su causahabiente la prueba de un hecho que en realidad es una excepción que le corresponde probar a la empresa demandada. Pero deben distinguirse tales cláusulas de las que delimitan la responsabilidad adquirida, que son válidas mientras una ley no las prohíba.

Igualmente, 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 del ejecutado o hayan sido aceptadas en confesión judicial por éste o en sentencia previa, porque la ley exige que el título ejecutivo provenga del deudor o de providencia judicial que apareje ese mérito, como lo dijo la Corte colombiana en el fallo antes citado; pero si el ejecutado otorgó mandato al ejecutante para hacer en su nombre la liquidación, puesto que ninguna norma legal se opone a que lo haga, ese acto se entiende suyo, como siempre que alguien obra en nombre de otra persona por mandato convencional o legal, y entonces el título ejecutivo reunirá el requisito anotado.

Tampoco aceptamos la opinión de SCHÖNKE sobre la validez del convenio que exija una prueba en lugar de otra o para un hecho que exija una prueba especial que la ley no contemple, porque equivale a modificar las normas legales sobre el valor de los medios aducidos, si existe tarifa legal, o a desconocer la que le otorgue al juez libertad para apreciarlos. En esto estamos de acuerdo con la mayoría de los autores.

Tampoco aceptamos la opinión de SCHÖNKE sobre la validez del contratos de adhesión, como los de seguros y trasportes, que se traducen en una exoneración de responsabilidad para la empresa<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> "G. J.", t. XLIV, núms. 1920-1921, pág. 676; t. XL, núms. 2029-2031, páginas 71-73; t. XLIV, núms. 1920-1921, págs. 676-679, y núms. 1918-1919, págs. 405 y 145. En Venezuela la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado a aceptar la validez de estos pactos, como se ven en las citas que trae HUMBERTO BELLO LOZANO: *Pruebas*, Edit. Estrados, Caracas, 1966, págs. 77 y 115-127.

## CAPÍTULO XIX

### CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

#### 136. Diversos criterios para clasificar las pruebas judiciales

Los autores suelen adoptar diversos criterios para la clasificación de las pruebas judiciales, y a menudo se confunden las pruebas propiamente dichas con los sistemas para valorarlas y aportarlas al proceso o con el procedimiento empleado para tales efectos y con otras actividades relacionadas con ellas. Conforme a esto, puede hablarse de una clasificación principal y de otra secundaria o accesorio.

Una buena clasificación debe contemplar la prueba judicial desde 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.

#### 137. La clasificación principal o verdadera

Entendemos por clasificación principal o verdadera la que contempla la prueba desde los varios aspectos enunciados en primer término, y por clasificación secundaria o accesorio la que se refiere a otras actividades procesales relacionadas con aquélla.

A) SEGÚN SU OBJETO (PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS; PRUEBAS PRINCIPALES O 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 existe entre la prueba y el hecho probado, es decir, entre el hecho que prueba y el objeto de la prueba o hecho que se demuestra con tal

prueba, cabe distinguir las pruebas *directas* o *inmediatas* y las *indirectas* o *mediatas*.

Desde este punto de vista, la prueba es *directa* o *inmediata*, cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado y el hecho que prueba, es decir, se trata de un solo hecho. Se llega así al conocimiento del hecho por probar de manera directa o inmediata, mediante percepción del juzgador. Existe en la actividad del juez un cierto grado de razonamiento inductivo que le permite conocer qué es lo que está percibiendo (cierto animal, una casa, etc.) e identifica 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 judicial, cuando el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba y por probar; en las demás pruebas el juez recibe la percepción que del hecho a probar ha tenido otra persona (partes en la confesión y en el documento; terceros, en el testimonio y la pericia) o percibe un hecho diferente que le sirve de medio para inducir el que se trata de probar (indicios). Objeto de esta prueba son únicamente los hechos presentes o actuales, bien sea porque tienen la condición de permanentes o porque siendo transitorios ocurren en presencia del juez o subsistencia en el momento de la inspección.

La prueba es indirecta o mediata, cuando el hecho objeto de la prueba es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juzgador sólo percibe el segundo y de éste induce indirecta o mediatamente la existencia del primero. En este sentido son pruebas indirectas la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e indicios, pues el juez sólo percibe la narración de la parte o el testigo, la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia del hecho por probar, es decir, el contrato o el suceso de que hablan los tres primeros o que relata el documento o que indican los indicios. La relación entre la percepción del juez y el objeto por probar es mediata; entre aquél y éste se interpone el hecho que prueba.

Este punto de vista es el adoptado por CARNELUTTI, quien primero se refirió a la identidad o diversidad entre el hecho por probar y el hecho percibido por el juez<sup>1</sup> y más tarde a la identidad o diversidad entre la prueba y el hecho por probar, "llamando directa a aquella prueba que consiste en el mismo hecho a probar e indirecta aquella otra que consiste en un hecho diverso al hecho a probar"<sup>2</sup>. FLORIAN<sup>3</sup> concluye adoptando este criterio; FRAMARINO DEI MALATESTA tiene el mis-

<sup>1</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, núm. 1, págs. 53-55.

<sup>2</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, núm. 207, páginas 491-492.

<sup>3</sup> FLORIAN: *Delle prove penali*, 1924, y ed. castellana, Bogotá, Edit. Temis, 1968, t. I, núm. 64.

mo concepto <sup>4</sup>; también GUASP <sup>5</sup>, L. PRIETO CASTRO <sup>6</sup>, MAURO MIGUEL Y ROMERO - CARLOS DE MIGUEL ALONSO <sup>7</sup>, BONNIER <sup>8</sup>, MITTERMAIER <sup>9</sup>, y en Colombia ANTONIO ROCHA <sup>10</sup>, y en Chile MARIO CASARINO VITERBO <sup>11</sup>. Adoptan este criterio también VIADA y ARAGONESES <sup>11b</sup> y LINO ANTONIO PALACIO <sup>11ter</sup>.

Suele decirse que en la prueba directa del hecho es prueba de sí mismo, pero creemos que es más exacto afirmar que basta la verificación por el juez, mediante sus sentidos, del hecho mismo, para que exista la prueba; la prueba directa no es el hecho mismo sino la actividad o verificación del juez, es decir, la inspección judicial y no el hecho inspeccionado, éste es el objeto de la prueba. Cuando hablamos de identidad entre el hecho por probar o probado y el hecho que prueba, nos referimos a la actividad perceptoria del juez, que es la misma para ambos, al paso que en la prueba indirecta existen dos percepciones: la del sujeto que percibió el hecho (parte, perito, testigo) y la del juez que sólo percibe el hecho de la confesión o del dictamen o del testimonio o del documento.

2º) Desde un segundo punto de vista, muy diferente del anterior, suele distinguirse la prueba directa o inmediata de la indirecta o mediata, según que el hecho objeto de la prueba sea o no el mismo hecho que se quiere probar y que constituye el tema de prueba, pero sin exigir que en el primer caso el hecho que prueba sea el mismo hecho por probar. Se contempla el modo o la manera como el objeto de la prueba 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; las pruebas directas resultan así más numerosas e incluyen los documentos, los testimonios y las confesiones, los dictámenes de peritos y las inspecciones judiciales, cuando versan sobre el hecho que desea probarse, es decir, me-

<sup>4</sup> FRAMARINO: *Lógica de las pruebas*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, t. I, páginas 163-182 y 206-223.

<sup>5</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 335.

<sup>6</sup> L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, pág. 397.

<sup>7</sup> MIGUEL Y ROMERO - DE MIGUEL ALONSO: *Derecho procesal práctico*, Edit. Bosch, Barcelona, 1967, t. I, págs. 242-243.

<sup>8</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1929, t. I, págs. 17-18 y 211.

<sup>9</sup> MITTERMAIER: *Tratado de las pruebas*, Madrid, 1887, pág. 114.

<sup>10</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. Facultad de Rosario, 1962-1963, páginas 31-32, y *De la prueba en derecho*, Edit. Lerner, Bogotá, 1967, t. I, págs. 59-62.

<sup>11</sup> CASARINO VITERBO: *Derecho Procesal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1967, t. IV, pág. 77.

<sup>11b</sup> VIADA-ARAGONESES: *Curso de derecho procesal penal*, t. I, Madrid, 1969, pág. 345.

<sup>11ter</sup> PALACIO: *Manual de derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. I, núm. 192, pág. 423.

dios de prueba que no son el mismo hecho por probar pero que lo demuestran directamente o recaen directamente sobre éste. Prueba *indirecta* viene a ser, en cambio, la que versa sobre un hecho diferente al que se quiere probar o es tema de prueba, de tal 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 (también la de presunciones para quienes la consideran un medio de prueba), tiene siempre ese carácter y los demás medios son indirectos cuando versan sobre hechos-indicios y no sobre el que se trata de probar (un documento o testimonio o experticio o una confesión, pueden referirse a un hecho distinto al que se trata de probar, que sirve de indicio de la existencia o inexistencia de éste), pero entonces estos medios se refunden con la prueba indiciaria o son elementos de ésta. Este criterio lo adoptan, conjuntamente con el anterior, CARNELUTTI y FLORIAN<sup>12</sup>, y de manera exclusiva, GORPHE<sup>13</sup>, ROSENBERG<sup>14</sup>, PLANIOL y RIPERT<sup>15</sup>, LENT<sup>16</sup>, BONNIER<sup>17</sup>, UGO ROCCO<sup>18</sup>, SILVA MELERO<sup>19</sup>, FENECH<sup>20</sup>, PRIETO CASTRO<sup>21</sup>, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>22</sup>, DE LA PLAZA<sup>23</sup>, DELLEPIANI<sup>24</sup>, ALSINA<sup>25</sup>, ALZATE NOREÑA<sup>26</sup>, Moacyr Amaral SANTOS<sup>27</sup> en su magnífico y monumental *Tratado sobre la prueba*, en cinco tomos (pero identifica las directas con las *históricas*, siendo así que éstas pueden ser también

12 CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1959, t. I, pág. 259; FLORIAN, ob. cit. núm. 37.

13 GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, pág. 39.

14 ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1955, t. II, pág. 202.

15 PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, La Habana, 1945, t. VII, pág. 766.

16 LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, edic. italiana, Morano, 1962, pág. 201.

17 BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1929, núm. 6, págs. 16-20.

18 ROCCO: *Trattato*, t. II, pág. 187, y edit. México, pág. 419.

19 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, pág. 75.

20 FENECH: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1963, t. I, págs. 579-580.

21 PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, primera parte, Madrid, 1964, páginas 396-397.

22 GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 237-238; aún cuando adoptan también, en un sentido diferente, el punto de vista de CARNELUTTI.

23 DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Revista de derecho privado, 1954, t. I, pág. 466.

24 DELLEPIANI: *Nueva teoría de la prueba*, Edit. Temis, Bogotá, 1961, pág. 59.

25 ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, t. II, página 175.

26 ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, pág. 73.

27 MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil, e comercial*, Edit. Max Limonad, Sao Paulo, Brasil, 3ª edic. 1961, t. I, núm. 28, pág. 54 y núm. 46, pág. 71. Esta es una de las obras más importantes sobre pruebas judiciales, en cinco extensos volúmenes.



indirectas; tiene razón, en cambio, al decir que las *críticas* son siempre indirectas, como luego veremos).

Creemos que es correcto utilizar los dos criterios, pues sin duda el carácter directo o indirecto de la prueba existe en ambos casos.

Algunos autores<sup>28</sup> hablan, desde este punto de vista, de identidad entre el hecho objeto de la prueba y el contemplado como supuesto de la norma de cuya aplicación se trata; pero nos parece que eso puede ocurrir en muchos casos, aunque también dejar de presentarse en otros numerosos, porque las partes pueden solicitar pruebas de hechos que no son presupuestos de tal norma, por error o para un mayor abundamiento. Claro está, cuando ocurra el primer caso, en la prueba directa existirá identificación del hecho objeto de la prueba y del hecho por probar, con el que sirve de supuesto a la norma; pero basta con la identificación de los dos primeros para que se trate de una prueba directa.

Esta clasificación de las pruebas en directas e indirectas tiene, como puede apreciarse, una firme razón de ser, no obstante que, como algunos autores lo observan<sup>29</sup>, analizadas rigurosamente puede decirse que todas son en el fondo directas con relación a un hecho o a un tema probatorio concreto o indirectas con relación a otros; por ejemplo: la inspección judicial es prueba directa de las cosas observadas por el juez, pero si éstas sirven únicamente para demostrar otro hecho, dicha prueba adquiere el carácter de indirecta como en el caso que trae CARNELUTTI<sup>30</sup>; el cuerpo de un herido es prueba indirecta del acto de herir, pero directa de la herida misma y por tanto la inspección sobre aquél tiene uno u otro carácter, según lo que se quiera demostrar. Igualmente, la prueba indirecta es prueba directa de sí misma, de su existencia; de que existen los testimonios, los documentos, la confesión o cada uno de los indicios. Pero creemos que debe mantenerse la clasificación, porque indudablemente existen en la práctica judicial esas dos maneras de conocer el juez los hechos y esa identidad o diversidad entre el objeto de la prueba y el hecho por probar.

Otros autores han llegado a negarle a la prueba directa el carácter de verdadera prueba, entendida según el primer punto de vista expuesto, como percepción directa por el juez, con el argumento de que entonces hay evidencia del hecho y por tanto no se trata de llevar al juez el convencimiento sobre la existencia del mismo y de que sólo es prueba el hecho que conduce a demostrar la existencia de otro hecho desconocido; de acuerdo con este criterio, la inspección judicial quedaría por fuera del concepto genérico de prueba. CARNELUTTI<sup>31</sup> cita

<sup>28</sup> PRIETO CASTRO Y GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA, obs. cit.

<sup>29</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, edic. cit., págs. 55-59 y *Teoría General*, edic. cit., págs. 492-494; FLORIAN, obs. cit., t. I, núm. 64; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, págs. 75-76.

<sup>30</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, edic. cit., núm. 207, págs. 493-494.

<sup>31</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 13, págs. 56-59.

a este respecto las opiniones de MEELIN, BENTHAM, PESCATORE, VON CANSTEIN y HEULSER, pero las rechaza porque conducen a identificar erróneamente la prueba con el acto de la parte que le suministra al juez los medios de investigación y de ahí que como en la inspección sólo aparece la actividad del juez y las partes no prueban nada, es decir, no suministran ningún medio de prueba, concluyen negándole tal carácter. En cambio, si por prueba se entiende, la opinión de CARNELUTTI y de la mayoría de los autores (*cfr.*, núm. 7) y la nuestra, todo medio útil para la comprobación por el juez de un hecho, es decir, para suministrarle las razones o motivos de convencimiento sobre su existencia o inexistencia, resulta indiscutible que en la inspección judicial y por tanto en la percepción directa del hecho por el juez, existe una prueba.

Vale la pena recordar las razones que tuvo CARNELUTTI para rectificar su propia opinión que limitaba a la indirecta el concepto de prueba<sup>32</sup>. Como él advierte, aquella confusión estaba implícita en la definición de la prueba como "equivalencia sensible del hecho a valorar", que en otras ocasiones aceptó; pero para corregir tal error "basta pensar que la existencia de un objeto jamás es el fruto de una simple sensación, sino en todo caso el contenido de un juicio; por lo general, cuando el objeto se ve y se toca, el juicio es tan fácil y rápido que escapa a la atención, pero en realidad siempre cabe, entre otras cosas, un engaño de los sentidos, cuyo ejemplo más conocido es el sueño, y la afirmación de que aquello que tocamos o vemos existe, implica, por lo menos, la exclusión de tal engaño; pero esa exclusión sólo puede lograrse mediante un juicio. Por tanto, la existencia de cualquier cosa que vemos o tocamos también debe ser comprobada, y el fundamento de la comprobación es la prueba. Que un acto sea prueba de sí mismo no es ninguna contradicción, porque una cosa es el hecho como objeto de experiencia y otra cosa como objeto de existencia, y precisamente de la experiencia del hecho a través del juicio se deduce y arguye su existencia". Y en otro lugar<sup>33</sup> manifiesta que excluir de la noción de prueba la inspección o prueba directa, con el pretexto de que la certeza que produce no requiere prueba ni permite la actividad de aprehensión de la prueba, conduce al absurdo, observado por WACH de que "sería tan sólo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna", siendo así que, mediante la percepción, el juez comprueba la afirmación de las partes; es decir, la percepción es el proceso de fijación del hecho controvertido, del mismo modo que la deducción lo es en la prueba indirecta; además, en la prueba indirecta existe siempre la percepción por el juez del hecho intermedio.

Las razones suministradas por CARNELUTTI son suficientes para despejar cualquier duda sobre el particular.

<sup>32</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, edic. cit., núm. 207, págs. 492-494.

<sup>33</sup> CARNELUTTI: *La Prueba Civil*, núm. 13, págs. 57-58.

¿Cuál de las dos clases de prueba es mejor? Por regla general mientras más directo sea el contacto entre el juez y el hecho a probar, será mayor el valor que pueda tener la prueba para llevarle al juez la convicción, y a medida que tal relación se distancia, la fuerza de convicción va disminuyendo. En este sentido puede decirse que, por lo general, la prueba directa es mejor que la indirecta. Sin embargo, esta afirmación es de valor relativo, porque una prueba indirecta, en el primer sentido explicado atrás, como una confesión reforzada por indicios y testimonios, puede producir la misma certeza sobre el hecho, que la que puede dar la percepción directa del juzgador, y, por otra parte, en la actividad perceptiva existe siempre una posibilidad de error y en ocasiones exige conocimientos especiales para poder apreciar lo percibido. La certeza absoluta no se consigue en el proceso, con ninguna clase de pruebas, sino apenas una certeza subjetiva y relativa, siempre susceptible de error, como lo explicamos ampliamente al tratar del fin y el resultado de la prueba (*cfr.*, t. I, núm. 93) y de su valoración (*cfr.*, núms. 75-89). CARNELUTTI<sup>34</sup> expresa este concepto diciendo que si bien, por lo general, es menor la certeza obtenida mediante la prueba directa, no pocas veces el resultado de la prueba indirecta no es inferior al de aquélla, y que es inaceptable la tesis que considera como resultado de la directa la certeza y de la indirecta la probabilidad, pues la certeza no es otra cosa que el grado máximo de probabilidad.

Observamos, sin embargo, que la certeza no tiene grados ni puede ser mayor o menor, pues simplemente existe o no, como en otro lugar manifestamos (*cfr.*, núms. 56-89); la diferencia puede presentarse en cuanto al valor o fuerza de convicción de cada medio de prueba aisladamente considerado (en este sentido puede decirse que la inspección es mejor prueba que el testimonio) y en cuanto a la mayor o menor posibilidad de producir la convicción o certeza del juez con los varios medios, directos o indirectos, allegados al proceso y apreciados en conjunto (entonces es correcto afirmar que si existe prueba directa, es más posible obtener la convicción del juez).

Entendida la prueba directa como percepción inmediata del juez, es imposible obtenerla en muchos procesos, bien sea porque se trate de hechos pasados que no dejaron huellas materiales o porque estén ubicados en lugar distinto o porque para comprenderlos se requieren conocimientos que el juez no posee y exigen la asesoría 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 a probar (segundo sentido del concepto), se la encontrará en casi todos los procesos, ya que la indirecta por naturaleza

<sup>34</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, núm. 207, pág. 493.

queda reducida a la indiciaria y las demás únicamente cuando versen sobre un hecho que es indicio del que se pretende probar.

También es posible distinguir las pruebas, según su objeto, en *principales y accesorias o secundarias*, según que el hecho al cual se refieren forme parte del fundamento fáctico de la pretensión o excepción, o del ilícito investigado, en cuyo caso su prueba es indispensable, o que, por el contrario, apenas indirectamente se relacione con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que su prueba no es necesaria <sup>35</sup>.

B) SEGÚN SU FORMA (PRUEBAS ESCRITAS Y ORALES). Ejemplos de las primeras son los documentos públicos y privados, los dictámenes de peritos cuando se rinden por escrito, los certificados de funcionarios y por analogía los planos, los dibujos y las fotografías; ejemplos de las segundas son la confesión judicial en interrogatorio de la parte, los testimonios y los experticios en audiencias. Se trata propiamente de una clasificación de los medios de prueba <sup>36</sup>.

C) SEGÚN SU ESTRUCTURA O NATURALEZA (PRUEBAS PERSONALES Y REALES O MATERIALES). Se contempla la naturaleza o estructura del medio que suministra la prueba desde un punto de vista estático y entonces 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 peritos o testigos; al paso que otras veces se trata de cosas, como documentos (incluyendo los planos, dibujos y fotografías), huellas o rastros y objetos de toda clase <sup>37</sup>.

FLORIAN advierte <sup>38</sup> que no se trata de un verdadero criterio para distinguir las pruebas, porque todo medio es un acto de persona y una persona puede ser objeto de prueba o medio; sin embargo, creemos que debe mantenerse la clasificación, porque aun cuando un objeto sea el producto de un acto humano, constituye una prueba por sí mismo y en ocasiones se trata de cosas naturales, que no son obra del hombre, como un madero o una piedra.

D) SEGÚN SU FUNCIÓN (PRUEBAS HISTÓRICAS Y CRÍTICAS O LÓGICAS).

<sup>35</sup> FENECH: *Derecho procesal penal*, edic. cit., t. I, págs. 578-579; ALZATE, ob. cit., pág. 73.

<sup>36</sup> MAUBO CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, págs. 103-110.

<sup>37</sup> CARNELOTTI: *Teoría general del derecho*, edic. cit., núm. 209, págs. 496-497 e *Instituciones*, edic. cit., t. I, pág. 260; FRAMARINO DEI MALATESTA: *Lógica de las pruebas*, edic. cit., t. I, págs. 29 y 128; HUGO ROCCO: *Trattato*, edic. cit., t. II, pág. 188; GUASP: *Derecho procesal civil*, edic. 1962, págs. 336 y 352; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, parte primera, edic. cit., pág. 397; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, pág. 77; FENECH, ob. cit., págs. 581-582; MAURO MIGUEL y ROMERO-CARLOS DE MIGUEL Y ALONSO: *Derecho procesal práctico*, edic. cit., t. I, pág. 243; BOCHA: *De la prueba en derecho*, edic. 1949, pág. 35; pero en su obra posterior, *De la prueba en derecho*, edic. 1967, suprimió esta clasificación.

<sup>38</sup> FLOBIAN, ob. cit., t. I, núm. 64.

CARNELUTTI<sup>39</sup> explica admirablemente estas dos categorías de pruebas. 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 (*cf.*, núm. 2) y requiere la concurrencia de otro sujeto, a saber, quien le trasmite la imagen del objeto representado mediante su discurso, su escrito o su dibujo; ejemplos de esta clase de pruebas son el testimonio, la confesión, el dictamen de peritos (pruebas personales) y el documento, 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 a la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio, "no tanto para la comprobación cuanto para la formación de la imagen del hecho", razón por la cual se la denomina *crítica* por la mayoría de los autores<sup>40</sup> o *lógica* y *jurídica* por algunos<sup>41</sup>; tal es el caso de los indicios, las presunciones de hombre para quienes las consideran un medio de prueba, la inspección y las llamadas contraseñas (estas últimas son objetos creados por el hombre precisamente para servir de prueba crítica, por lo que están muy próximas a las pruebas históricas, respecto a las cuales vienen a constituir un puente de enlace, como explica CARNELUTTI<sup>42</sup>; este término es muy usado por los autores europeos y se encuentra en textos legislativos).

En la prueba histórica predomina la percepción del juez para conocer el hecho por probar a través del hecho que lo prueba, pero la razón interviene para comprobar la fidelidad de tal representación. En la prueba crítica el juez debe formular un juicio crítico o dialéctico para deducir tal hecho y por tanto predomina el raciocinio. Esto pone de presente que la prueba histórica es siempre indirecta, enten-

<sup>39</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, edic. cit., núms. 209-211; *Instituciones*, ed. cit., t. I, págs. 206 y 260.

<sup>40</sup> ROCCO: *Trattato*, t. II, pág. 187, y edic. México, pág. 418; GUASP, ob. cit., edic. 1962, pág. 335; DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, pág. 406; COUTURE: *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, pág. 55; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, pág. 76; ANTONIO ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, t. I, págs. 63-64; AMARAL SANTOS, ob. cit., t. I, núm. 46, pág. 71; JORGE A. CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V, págs. 37-38. Esta obra del ilustre profesor argentino, en seis tomos extensos, es la mejor escrita sobre la materia en América y una de las principales que se han producido en todo el mundo.

<sup>41</sup> FENECH, obs. cit., t. I, págs. 579-580; HUMBERTO BEICENO: *Categorías Institucionales del Proceso*, México, 1956, pág. 306.

<sup>42</sup> CARNELUTTI: Cita anterior, e *Instituciones*, edic. Buenos Aires, 1959, t. I, pág. 260.

dida en el primer sentido explicado en el ordinal A) de este número, porque el juez no inspecciona el hecho a probar ni lo percibe directamente, pues objeto de su percepción es la persona o la cosa que lo representa. También las pruebas críticas son indirectas cuando versan sobre un hecho distinto que suministra razones para deducir el hecho por probar, pues entonces se identifican con la indiciaria. Pero la prueba crítica puede ser directa, entendiéndose ésta en el mismo sentido acabado de mencionar, cuando lo percibido por el juez es el hecho mismo que quiere probar, como la existencia de un edificio, de un camino o de una herida en el cuerpo de un hombre, etcétera.

Se deduce de lo anterior que la inspección judicial es siempre una prueba crítica, porque tiene por función la percepción por el juez del hecho por probar o de otro que le sirve de indicio para deducir aquél, sin que exista función representativa alguna; cuando versa sobre documentos, su objeto lo constituye el documento mismo y la función representativa le corresponde a éste.

¿Cuál de las dos clases de prueba es mejor? Creemos que no es posible afirmar la supremacía de ninguna, por vía general. La prueba crítica por excelencia es la inspección judicial sobre el hecho mismo que se trata de probar y ofrece más garantías que cualquiera de las históricas, inclusive la de confesión; pero las demás pruebas críticas se traducen en indicios y por tanto ofrecen generalmente menor seguridad que la confesión e inclusive que la testimonial en muchos casos. Unas y otras se prestan a error; la histórica, porque existe la posibilidad de que quien la suministra, testigo, perito o parte, sufra una involuntaria equivocación al percibir la imagen que trasmite, o que maliciosamente deforme o falsifique la representación al declarar o dictaminar o al elaborar el documento y de que el juez se equivoque al recibir esa representación o al comprobar su correspondencia con la realidad por medio de su razón; la crítica, porque también el juez puede equivocarse al percibir directamente el objeto y cuando verse sobre hechos indiciarios, no obstante que concurren varios a formar su convencimiento, existe, además, el peligro de una equivocación en el razonamiento que utilice para inducir o deducir el hecho por probar.

En un sistema de tarifa legal esos peligros de error se acentúan, ya que la valoración crítica del juez está limitada; pero aun con absoluta libertad de apreciación y jueces competentes, ese riesgo, atenuado sin duda, continúa existiendo.

**E) SEGÚN SU FINALIDAD (PRUEBA DE CARGO Y DE DESCARGO O CONTRA-PRUEBA; PRUEBAS FORMALS Y SUSTANCIALES).** La parte que suministra la prueba puede perseguir una de dos finalidades: satisfacer la carga que pesa sobre ella (*cfr.*, núms. 126-130) o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte; en el primer caso podemos denominarla prueba de cargo y en el segundo de descargo o contraprueba o prueba contraria. Es decir, se tiene en cuenta la parte que la presenta o soli-

cita; si es quien se beneficia con el hecho por probar o su adversario, y la finalidad perseguida; si demostrar ese hecho o impedir que se considere probado (sea su existencia o inexistencia, lo último cuando se trate de negaciones concretas; *cfr.*, núm. 46, punto f, y 130).

Se debe evitar la confusión de considerar pruebas de cargo a las suministradas por el demandante y contrapruebas a las aportadas por el demandado; pues, como acabamos de explicar, ambas partes pueden recurrir a las dos clases de pruebas. Cuando el primero trate de demostrar los hechos que sirven de supuesto a los efectos jurídicos que persigue, estará usando pruebas de cargo, pero cuando quiera desvirtuar los hechos alegados por el demandado como excepciones, presentará contrapruebas de éstos; cuando el demandado pretenda probar los hechos en que fundamenta sus excepciones, la prueba será de cargo y si persigue desvirtuar los alegados por el actor como supuestos de su pretensión, la prueba será de descargo. Lo mismo ocurre en el proceso penal, respecto a las pruebas que perjudiquen o beneficien al sindicado.

Así, pues, la prueba de cargo y la contraprueba tienen por objeto el mismo hecho, con una finalidad opuesta (si aquélla busca probar su existencia, ésta tratará de demostrar su inexistencia y viceversa); la prueba de la pretensión y de la excepción, en cambio, recaen sobre hechos distintos que se contraponen (incluyendo los hechos accesorios que modifican el alegado por la contraparte o constituyen una modalidad diferente), de manera que en la excepción no existe una contraprueba, sino una contrarrazón<sup>43</sup>.

Entre los autores que utilizan esta clasificación podemos mencionar a LENT<sup>44</sup> y GUASP<sup>45</sup>, pero denominan las primeras pruebas directas, en contraposición a las contrarias o contrapruebas, lo cual nos parece inconveniente, porque se confunden con las directas que estudiamos en el párrafo A) de este número.

ROSENBERG<sup>46</sup> habla de prueba principal y contraria, pero la primera denominación no indica realmente la distinción perseguida, porque ambas pruebas son igualmente importantes; además las contempla según versen sobre el hecho supuesto de la norma por aplicar o sobre el hecho contrario, siendo así que el segundo es también supuesto de la norma invocada por la contraparte, de manera que su concepto no es suficientemente claro.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, lo mismo que PRIETO CASTRO<sup>47</sup> prefieren hablar también de prueba principal y contraprueba.

<sup>43</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, edic. cit., t. III, núm. 419; *Nociones generales de Derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, núm. 110.

<sup>44</sup> LENT, obs. cit., pág. 201.

<sup>45</sup> GUASP, ob. cit., ed. 1962, pág. 335.

<sup>46</sup> ROSENBERG: *Carga de la prueba*, ed. cit., pág. 202.

<sup>47</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, ob. cit., parte primera, pág. 237; PRIETO CASTRO, obs. cit., pág. 396.

MICHELLI<sup>48</sup> opone la prueba directa a la contraprueba y considera ésta como la que tiene por objeto una hipótesis opuesta a la afirmada por el adversario, incompatible en hecho o en derecho con ésta y la distingue expresamente de la excepción, en que aquélla no introduce, como hace, en cambio, la segunda, un elemento más, que no está de acuerdo con el fundamento de la demanda. Compartimos esta distinción, pero consideramos que la contraprueba se refiere siempre a los hechos y que la simple incompatibilidad en derecho apenas puede originar una contrarrazón; en efecto, cuando se invoca una norma jurídica diversa, cuyos supuestos de hecho son diferentes, se tiene la carga de su prueba y por tanto no se trata de suministrar la contraprueba, y si dichos supuestos son los mismos, las pruebas que aduzcan ambas partes serán concurrentes y no contrapuestas. MICHELLI distingue la contraprueba de la prueba contraria, en los siguientes términos: “la contraprueba tiene una estructura particular, en cuanto mediante la misma se tiende a combatir la ya alcanzada convicción del juez, y la misma se vincula, por tanto, a un poder (carga) procesal”, es decir, que recae sobre el mismo hecho y tiende a destruir la convicción que al juez le produce la prueba del contrario; “la prueba contraria, en cambio, no ofrece particularidad alguna, ni por cuanto concierne a la formación de la convicción del juez mismo, en el sentido de que sea necesario un grado de verosimilitud diverso del necesario para convencerlo cuando se trata de prueba directa, ni por lo que concierne al objeto de la prueba misma”, lo cual entendemos en el sentido de que esta prueba recae sobre hechos diferentes y se somete a las reglas comunes de la prueba directa. La distinción es correcta en su esencia, pero la distinción de las dos denominaciones resulta muy sutil, por lo que en la segunda hipótesis preferimos hablar de *prueba de hechos contrarios*, ya que respecto de cada uno (el alegado por el actor y el opuesto por el demandado) puede existir prueba y contraprueba.

Algunos autores<sup>49</sup> distinguen las pruebas penales en acusatorias y absolutorias, clasificación similar a la anterior, pues se tiene en cuenta si sirven para condenar o absolver al sindicado; las primeras corresponden a las pruebas de cargo y las segundas a las de descargo.

*Pruebas formales y sustanciales.* — Pueden clasificarse también las pruebas judiciales, de acuerdo con su finalidad, en formales y sustanciales, según que tengan un valor simplemente *ad probationem* o, por el contrario, *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; en el segundo, tienen, además, un valor material o sustancial, puesto que son condi-

<sup>48</sup> MICHELLI: *Carga de la prueba*, edic. cit., núm. 67, págs. 421-426.

<sup>49</sup> VISHINSKI: *La teoría de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1951, pág. 284; GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ: *Pruebas Criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, 1962, t. I, pág. 35.



ciones para la existencia o la validez de un acto jurídico material, tal como sucede en Colombia con la escritura pública para la compra-venta o hipoteca de inmuebles o la constitución de sociedades comerciales.

Esta clasificación tiene una gran importancia en materia de vigencia en el tiempo de la ley que establece nuevos medios de prueba o elimina alguno anteriormente aceptado, pues, cuando se trate de pruebas formales su aplicación es general e inmediata, tanto para demostrar los hechos que hayan ocurrido luego de su vigencia como los sucedidos con anterioridad, al paso que las sustanciales sólo pueden aplicarse a los que ejecutan posteriormente (*cfr.*, núms. 116-118).

Gustavo RODRÍGUEZ<sup>50</sup> habla de pruebas formales y especiales, según el sistema probatorio consagrado en la ley, de tarifa legal o de simple valoración; pero creemos que se trata de dos cuestiones diferentes, pues aun con un sistema de libertad de apreciación, pueden existir solemnidades especiales para la validez de ciertos actos, que al mismo tiempo constituyen su prueba, como en los ejemplos puestos atrás, y en uno de tarifa legal existen siempre bien definidas esas dos clases de pruebas.

F) SEGÚN SU RESULTADO (PRUEBAS PLENAS, PERFECTAS O COMPLETAS, E IMPERFECTAS O INCOMPLETAS, MAL LLAMADAS TAMBIÉN SEMIPLENAS; PRUEBAS VERACES Y FALSAS). Hemos visto que no es lo mismo el fin de la prueba que su resultado: aquél es siempre llevarle al juez la convicción sobre los hechos del proceso; éste puede ser en algunos casos tal convicción, pero en otros no alcanzará a suministrarla (*cfr.*, núm. 56). Por consiguiente, teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ella con el auxilio de otros medios que lo complementan, es posible clasificar las pruebas en plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en imperfectas o incompletas (en el segundo).

Se tiene en cuenta, pues, si con un solo medio se obtiene o no la convicción del juez, sin necesidad de recurrir a otros o, como bien lo dice COUTURE<sup>51</sup>, el grado de eficacia probatoria. Cuando se consideran en conjunto las practicadas en un proceso, hay prueba plena por ser perfecta y completa o no hay prueba por haber resultado incompleta o imperfecta, ya que en el primer caso existirá el convencimiento del juez y en el segundo no y únicamente en aquél puede considerar el hecho como probado (la ley permite excepcionalmente que el juez adopte ciertas decisiones sin que exista plena prueba, sino una apenas sumaria, como ocurre para decretar medidas previas a la demanda ejecutiva cuando el título aducido es un documento privado sin autenticidad, que lleva la firma de dos testigos (*cfr.*, núm. 91),

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ: *ob. cit.*, t. I, pág. 35.

<sup>51</sup> COUTURE: *Estudios*, ed. cit., t. I, pág. 92.

pero entonces la decisión nunca es definitiva, sino provisional y sujeta a revisión en el mismo proceso).

Para MITTERMAIER<sup>52</sup> la prueba completa o perfecta da certeza sobre el hecho por probar, al paso que la incompleta o imperfecta apenas sirve para que el juez considere el hecho como probable o verosímil; igual criterio adopta FENECH<sup>53</sup>. Este criterio es correcto a condición de no ser entendido como si la certeza y la probabilidad o verosimilitud fueran grados diversos del convencimiento. Creemos que la convicción sólo existe cuando se tiene certeza y que, como ésta, existe o no, pero no tiene grados (*cf.*, núms. 56 y 89); es la eficacia o valor demostrativo de la prueba lo que puede graduarse según que produzca esa convicción o sirva apenas para formarla con la ayuda de otras; además, como explica CARNELUTTI<sup>54</sup>, por certeza debe entenderse “la satisfacción del juez acerca del grado de verosimilitud”, o, como en otro lugar dice<sup>55</sup>, “certeza no es otra cosa racionalmente que el grado máximo de probabilidad que está consentido al juicio humano”.

Otros autores, como FRAMARINO<sup>56</sup>, rechazan esta clasificación como innecesaria e impropia; pero si se tiene en cuenta el resultado obtenido con cada prueba se justifica suficientemente, porque no todas son portadoras de certeza o producen el convencimiento del juez, aun cuando éste sea siempre el fin perseguido con ellas, sino, por el contrario, la mayoría aisladamente sólo sirven para deducir la probabilidad o verosimilitud del hecho y en ocasiones aún apreciadas de conjunto no sirven para obtener con ellas el fin perseguido<sup>57</sup>.

Algunos autores como COUTURE<sup>58</sup>, FLORIAN<sup>59</sup> y SILVA MELERO<sup>60</sup> consideran que esta clasificación sólo se justifica en un sistema de tarifa legal, pero no en uno de libre valoración. Estamos en desacuerdo con este concepto, porque en ambos sistemas es posible que el juez se dé o no por convencido con un medio de prueba o con todos los allegados al proceso. Otra cosa es que para llegar a ese resultado deba aceptar la calificación dada imperativamente por la ley o recurrir a su propia valoración, es decir, las pruebas pueden ser plenas o incom-

52 MITTERMAIER: *Tratado de las pruebas*, ed. Madrid, 1877, pág. 124.

53 FENECH: *Derecho procesal penal*, t. I, pág. 584.

54 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 19, pág. 96.

55 CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, ed. cit., núm. 207, pág. 493.

56 FRAMARINO, obs. cit., t. I, pág. 96.

57 Citas anteriores y BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, ed. Madrid, 1929, t. I, núm. 17, pág. 25; LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. Madrid, 1928, núm. 342, pág. 362; DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil*, ed. cit., t. I, pág. 467; GUASP, habla en el mismo sentido de pruebas ciertas y verosímiles, obs. cit., ed. 1962, pág. 335.

58 COUTURE: *Estudios*, ed. cit., t. I, pág. 93.

59 FLORIAN, obs. cit., t. I, núm. 64.

60 SILVA MELERO, obs. cit., t. I, pág. 74.

pletas por mandato legal o por la libre conclusión a que el juez llegue, pero en ambos casos existen las dos especies bien definidas.

Es posible también distinguir las pruebas, según su resultado, en *veraces y falsas o no veraces*, si se considera que su fin no consiste en establecer la verdad, sino en dar al juez el convencimiento sobre ésta (*cfr.*, núm. 55) y puede suceder que en unos casos ese convencimiento corresponda a la realidad y en otros no. La misma distinción puede hacerse si se considera el contenido del medio mismo, como un testimonio y un documento, en cuanto la declaración o narración contenida en aquéllos puede ser veraz o intencionalmente falsa.

G) SEGÚN EL GRADO O CATEGORÍA (PRUEBAS PRIMARIAS O DE PRIMER GRADO Y SECUNDARIAS O DE GRADO POSTERIOR; PRINCIPALES Y SUPLETORIAS). Se entiende por pruebas *primarias* las que tienen por tema el hecho que se pretende demostrar, bien sea directamente o a través de otro hecho; son pruebas *secundarias* las que tienen por tema otra prueba, es decir, con ellas se pretende probar otra prueba. Ejemplos de las primeras son las directas o indirectas, históricas y críticas, reales y personales, con las cuales se trate de demostrar cualquier hecho que sirva de presupuesto a las pretensiones o excepciones, o a la responsabilidad penal, como el documento que prueba el contrato, la confesión que prueba la autoría de un hecho, los indicios que demuestran la culpa o el dolo, los testimonios que establecen el perjuicio; 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 sobre hechos que sirven de indicios, las certificaciones del juez sobre las pruebas practicadas en un proceso destruido o perdido y las declaraciones de quienes fueron peritos sobre el contenido de su dictamen en el mismo supuesto. Las últimas son siempre indirectas o históricas y pueden ser de segundo grado cuando tienen por objeto una prueba primaria, o de grado mayor según se vayan alejando de la prueba que se quiere establecer; por ejemplo, testigos que declaran haber oído a otros manifestar que una parte hizo cierta confesión extrajudicial, copia de otras copias de documentos.

Entre los autores que aceptan esta clasificación podemos mencionar a CARNELUTTI, GUASP, SILVA MELERO, Antonio ROCHA<sup>61</sup>.

Naturalmente, como observa CARNELUTTI, "cuanto más crece el número de hechos intermedios (fuentes de prueba) tanto mayores son

<sup>61</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 48, págs. 203-204; *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, pág. 410 y *Sistema*, t. I, pág. 678, citados en el núm. XLIV del Apéndice de la primera; GUASP: *Derecho Procesal Civil*, ed. 1962, pág. 335; SILVA MELERO, *obs. cit.*, t. I, págs. 76-77; ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. Rosario, 1962-1963, pág. 33.

las posibilidades de errores de percepción o deducción, y de ahí que en un determinado punto la suma de estas posibilidades sea tan considerable que inutilice prácticamente la fuente de prueba demasiado remota”<sup>62</sup>. O dicho de manera más simple: cuanto mayor sea el grado de la prueba, menor es su valor de convicción.

Desde un punto de vista similar al anterior, puede hablarse de pruebas *principales* y *supletorias* o *sucedáneas*, cuando la ley dispone que sólo a falta de las primeras por motivos especiales, es posible probar el hecho con las segundas. En Colombia tenemos un ejemplo en las pruebas de estado civil: sólo cuando no existe la partida o acta civil de nacimiento o matrimonio, puede probarse aquél o éste con la partida eclesiástica o con la posesión de estado civil; lo mismo ocurre cuando por destrucción del protocolo de una notaría, puede demostrarse la existencia de la escritura pública con la certificación que sobre su registro dé el registrador de tales instrumentos o con copia de otra copia. No toda prueba de segundo o posterior grado es supletoria; así, en el segundo ejemplo la prueba supletoria es al mismo tiempo de segundo grado, pero en el primero el acta eclesiástica es prueba de primer grado a pesar de ser supletoria.

La prueba supletoria sólo tiene valor cuando se demuestra la inexistencia de la principal, al paso que las de segundo o mayor grado tienen valor a pesar de que se haya aportado otra de grado anterior con la cual concurren o estén en contradicción; éstas pueden ser útiles o resultar innecesarias o ineficaces, según las diversas circunstancias, pero su valor no está condicionado a la inexistencia de la prueba de primer grado.

CARNELUTTI<sup>63</sup> trae una enumeración de las pruebas de segundo o superior grado, que es interesante reproducir:

- “a) prueba del testimonio mediante el testimonio, en cuyo campo cabe aún distinguir;
  - ”prueba del testimonio de terceros mediante testimonios de terceros (testimonio de testimonio);
  - ”prueba del testimonio de terceros mediante testimonio de parte;
  - ”prueba del testimonio de parte mediante testimonio de parte;
- ”b) prueba del testimonio mediante documento;
- ”c) prueba del testimonio mediante indicios;
- ”d) prueba del documento mediante documento;
- ”e) prueba del documento mediante el testimonio; a) de la parte; h) de terceros;

<sup>62</sup> CARNELUTTI, cita anterior.

<sup>63</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 50, págs. 206-207.

- ''f) prueba del documento mediante indicios;
- ''g) prueba del indicio mediante indicio;
- ''h) prueba del indicio mediante testimonio (testimonio indicia-rio);
- ''i) prueba del indicio mediante documento''.

H) SEGÚN LOS SUJETOS PROPONENTES DE LA PRUEBA (PRUEBA DE OFICIO, DE PARTES Y DE TERCEROS). En el capítulo X estudiamos ampliamente la noción de sujetos de la prueba y vimos que es necesario distinguir los sujetos de la proposición o proponentes, de la ordenación y admisión u ordenadores, de la recepción o receptores, de la práctica o ejecutores, de la contradicción o contradictores, los destinatarios, los encargados de su valoración y asunción. Aquí contemplamos únicamente los primeros, que pueden ser el juez, las partes y los terceros intervinientes; en los demás casos el sujeto es siempre el juez de la causa o un comisionado de éste, excepto los contradictores que son las partes contra quienes se aduce la prueba.

Por consiguiente, desde este punto de vista se distinguen las pruebas judiciales en tres clases: de oficio o del juez, de las partes y de terceros intervinientes. Es decir, según los sujetos legitimados para proponerlas. Aun en los procesos dispositivos, existen algunas facultades para decretar pruebas de oficio (*cf.*, núms. 21-22).

Esta clasificación carece en realidad de interés, porque el valor de la prueba es el mismo, quienquiera que la haya pedido o si se ordena oficiosamente, en virtud del principio de la comunidad o adquisición de la prueba (*cf.*, núm. 31, punto 4º).

Entre los autores que utilizan esta clasificación podemos citar a CARNELUTTI<sup>64</sup>, ROCCO<sup>65</sup> y GUASF<sup>66</sup>.

I) SEGÚN LA OPORTUNIDAD O EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCEN (PROCESALES O JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES; PRECONSTITUIDAS Y CASUALES). Se entiende por pruebas *procesales* las que se practican o aducen en el curso de un proceso y por pruebas *extraprocesales* las que tienen origen fuera del proceso, como declaraciones de nudo hecho, inspecciones judiciales para futura memoria, documentos públicos y privados en que consten actos no procesales.

Las pruebas pueden ser *preconstituidas* y *causales*. Algunos autores las distinguen según el destino que la prueba tiene en el momento de buscarse<sup>67</sup>, es decir, según que se haya tenido la intención de producir un medio de prueba en cuyo caso son preconstituidas (como el

64 CARNELUTTI: *Instituciones*, ed. cit., t. I, pág. 261.

65 ROCCO: *Trattato*, ed. cit., t. II, págs. 189-190 y ed. México, pág. 420.

66 GUASF: *Derecho Procesal Civil*, ed. 1962, pág. 335.

67 GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Civil*, t. I, página 238; BENTHAM: *ob. cit.*, t. I, págs. 32 y 233.

documento en que se hace constar un contrato o la declaración extrajudicial y todas las que se aducen en el curso de un proceso), o que sin haberse tenido tal intención llegan a servir como prueba posteriormente en el proceso y entonces son casuales (las huellas o rastros, las cosas que sirven de indicios, el arma con que se dio muerte a una persona). Otros basan la clasificación en el momento o la oportunidad en que se producen: si antes del juicio o durante su curso, pero entonces se confunden con las extraprocesales y procesales<sup>68</sup>.

Nosotros acogemos esta clasificación desde el primer punto de vista, es decir, según el destino para que son creadas: si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extraprocesales diversos. Tanto las extrajudiciales como las judiciales pueden tener una u otra destinación y por tanto sólo con este criterio hay utilidad en distinguirlas.

J) SEGÚN SU CONTRADICCIÓN (SUMARIAS O CONTROVERTIDAS). Al exponer los distintos principios que regulan la materia de las pruebas judiciales, vimos que uno de los más importantes es el de contradicción (*cfr.*, núm. 31, punto 7º) y por eso entre los sujetos de la prueba hemos incluido los contradictores (*cfr.*, núm. 60 e). En principio, la prueba no contradicha carece de valor procesal. Sin embargo, excepcionalmente el legislador le otorga mérito a pruebas que no han sido practicadas con audiencia de la parte contraria, quien tampoco ha dispuesto de oportunidad procesal para discutir las; son las llamadas pruebas *sumarias*, como las declaraciones extrajudiciales o de nudo hecho 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 preventivas (*cfr.*, núm. 91). En el proceso penal existen las pruebas practicadas en el sumario, antes de la indagatoria del sindicado.

Las pruebas sumarias son siempre extrajudiciales; pero no todas las segundas tienen aquel carácter, pues las hay con valor de prueba plena, como las escrituras y demás documentos públicos. En los procesos de jurisdicción voluntaria no hay contradicción, debido a que no existen partes opuestas, pero no todas las pruebas aducidas en ellos son sumarias, porque muchas están constituidas por documentos públicos, como la escritura de testamento y las actas de estado civil, en los sucesorios.

Cuando se acompañan a la demanda declaraciones de nudo hecho o extrajudiciales recibidas sin citación previa de la parte contraria y la ley dispone que en caso de no haber oposición del demandado den-

<sup>68</sup> RICCÍ: *ob. cit.*, t. I, pág. 15; PLANIOL Y RIPERT: *ob. cit.*, t. VIII, páginas 767-768; FLORIAN: *ob. cit.*, t. I, núm. 64; ROCCO: *Trattato*, t. II, pág. 189, y ed. México, pág. 420, quien las denomina preconstituidas o por constituer; LESSONA, *ob. cit.*, t. I, núm. 61, pág. 65; SILVA MELERO: *ob. cit.*, t. I, pág. 76; BONNIER: *ob. cit.*, t. I, núms. 31 y 132, págs. 33 y 215; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, ed. París, 1960, págs. 65-66.

tro del término del traslado de la demanda, se debe proferir sentencia en favor del actor, la prueba sumaria se convierte en controvertida, ya que el demandado la conoce y se presume que la acepta como veraz.

K) SEGÚN SU UTILIDAD (PRUEBAS CONDUCENTES E INCONDUCENTES, PERTINENTES E IMPERTINENTES O IRRELEVANTES, ÚTILES E INÚTILES, POSIBLES E IMPOSIBLES). Al estudiar en el capítulo XIV los requisitos intrínsecos de los actos de prueba, vimos que entre ellos se cuentan su conducencia, su pertinencia o relevancia, su utilidad y la ausencia de prohibición legal (*cfr.*, núms. 94-98).

Pues bien, las pruebas judiciales pueden ser clasificadas según que en ellas se cumplan o no dichos requisitos.

*Pruebas conducentes* son aquellas que están permitidas por la ley, bien sea por estar incluidas en la enumeración taxativa que de ellos contenga y por no existir prohibición de utilizarla para el hecho particular que se pretende demostrar, o porque el juez les reconoce valor probatorio cuando la ley lo haya dejado en libertad para apreciarlo; pruebas *inconducentes* son las que la ley no autoriza en general o prohíbe en un caso particular y las que el juez considera desprovistas de valor cuando existe libertad de medios. La conducencia o inconducencia de la prueba es cuestión de derecho, porque se trata de determinar si legalmente puede recibirse o practicarse.

Pruebas *pertinentes* son aquellas que recaen sobre hechos pertinentes, es decir, relacionados con el litigio del proceso contencioso o con la materia del proceso voluntario o del incidente y que influyen en su decisión (en realidad la pertinencia se refiere a los hechos objeto de la prueba y no a ésta); pruebas *impertinentes* o *irrelevantes* son las que tienen por objeto hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente y que por tanto no pueden influir en la decisión. Las pruebas impertinentes son inadmisibles, aun cuando sean conducentes por estar legalmente permitidas; son dos nociones distintas, que a menudo se confunden. Una prueba puede ser conducente pero impertinente o inconducente a pesar de su pertinencia. La pertinencia de la prueba es una cuestión de hecho y el juez debe examinarla al momento de decidir sobre su admisibilidad, con un criterio amplio, en forma de no rechazarla sino cuando su falta aparezca indudable o evidente, *prima facie*, sin perjuicio de volver sobre ello en la sentencia o el auto que falle el incidente (*cfr.*, núms. 80 y 96).

Pruebas *útiles* son aquellas que pueden contribuir en cualquier grado a formar la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios del proceso o incidente; pruebas *inútiles* son las que por ningún aspecto pueden prestar servicio en el proceso. Naturalmente, las pruebas inconducentes o impertinentes son al mismo tiempo inútiles; pero puede suceder que una prueba sea inútil, a pesar de su conducencia y pertinencia, por ejemplo, porque el hecho sobre que recae está

plenamente demostrado con otros medios o goce de presunción legal o de notoriedad pública manifiesta o aparezca evidentemente imposible o su investigación está prohibida por la ley, y lo mismo ocurre cuando el medio de prueba propuesto sea ineficaz para establecer el hecho por probar, no obstante que aquél está permitido y que éste sea verosímil (por ejemplo, una inspección judicial para establecer el daño moral subjetivo o un hecho indefinido, o un dictamen de peritos sobre la buena o mala fe de una persona que sólo el juez puede calificar). Puede rechazarse la admisión de la prueba por inútil, pero se debe aplicar con criterio muy riguroso, es decir, la inutilidad debe aparecer indudable y *prima facie*, porque por regla general sólo se conoce la utilidad de la prueba después de practicada y en el momento de su valoración en la sentencia o providencia que falle el incidente (*cf.*, núms. 80 y 97).

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; por ejemplo: es imposible actualmente una inspección judicial en Venus o Júpiter o sobre un objeto que ha desaparecido, o un dictamen de peritos sobre existencia de cierto metal en otro planeta o sobre el peso y valor de un objeto inexistente y cuyas características se ignoran.

L) SEGÚN SUS RELACIONES CON OTRAS PRUEBAS (PRUEBAS SIMPLES Y COMPUESTAS O COMPLEJAS; CONCURRENTES Y CONTRAPUESTAS). Se entiende que la prueba es *simple*, cuando un solo medio basta para llevarle al juez la convicción sobre el hecho por demostrar; existen pruebas *compuestas o complejas*, cuando esa convicción se obtiene de varios medios. Ejemplos de la primera son las pruebas plenas o completas, como 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 exista norma legal que la excluya; ejemplos de las segundas varios testimonios, los indicios no necesarios, los documentos privados reconocidos por confesión de su autor, la inspección judicial con dictamen de peritos o sobre hechos del que se trata de probar.

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.

Las pruebas de segundo o superior grado son siempre complejas, puesto que se trata de probar con ellas otra prueba y ambas concurren para demostrar el hecho objeto de la última. También son complejas las pruebas incompletas.



Utilizan esta clasificación CARNELUTTI<sup>69</sup>, ROCCO<sup>70</sup>, DELLEPIANI<sup>71</sup>, ALSINA<sup>72</sup>, ALZATE<sup>73</sup>, RODRÍGUEZ<sup>74</sup>.

Como observa CARNELUTTI<sup>75</sup>, una cosa es la complejidad de la prueba y otra la del hecho por probar o que sirve de fuente de aquélla. Cuando la fuente de prueba esté formada por una serie de hechos, cada uno de ellos puede resultar probado por un solo medio o por varios.

M) SEGÚN SU LICITUD O ILICITUD (PRUEBAS LÍCITAS E ILÍCITAS). El proceso contencioso no es un campo de batalla en el cual sean permitidos todos los medios útiles para triunfar; por el contrario, es un trámite legal para resolver jurídicamente los litigios en interés de la colectividad y secundariamente para tutelar los derechos particulares que en él se discuten (*cfr.*, núm. 31, punto 5). Lo mismo el juez que las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad y legalidad en todo momento y particularmente en el debate probatorio. La doctrina universal incluye entre los principios generales del derecho procesal y los especiales de la prueba judicial, los de la lealtad, probidad y buena fe, de la espontaneidad de la prueba y el respeto a la persona humana (*cfr.*, número 31, y nuestras Nociones generales de D. Pr., núms. 17-19), los cuales constituyen límites fundamentales a la aplicación de los principios, también generales, de la libertad de la prueba, la obtención coactiva de la misma y el derecho de defensa (*cfr.*, núms. 12 y 31).

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. Una libertad absoluta de medios de prueba, que no excluya los que atenten contra esos principios, degeneraría en una especie de anarquía jurídica y convertiría el proceso en fuente de iniquidad y en instrumento para la violación del derecho y la moral.

Desde este punto de vista puede hablarse de pruebas *lícitas* e *ilícitas*. Las primeras son las que están incluidas entre las autorizadas en la ley (cuando rija el sistema de la prueba legal [*cfr.*, núm. 26]) o las considere el juez moral y jurídicamente utilizables (si goza de libertad para ello) y que, además, no violen alguna prohibición legal, expresa o tácita, referente al medio mismo, al procedimiento para obtenerlo o al hecho particular investigado. *Son pruebas ilícitas* las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales

69 CARNELUTTI: *La prueba civil*, núms. 48 y 49, págs. 203-205.

70 ROCCO: *Trattato*, t. II, pág. 190 y ed. México, pág. 421.

71 DELLEPIANI: *ob. cit.*, pág. 8, 53, 165 y 168.

72 ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, pág. 174.

73 ALZATE, *ob. cit.*, pág. 81.

74 RODRÍGUEZ: *ob. cit.*, t. I, pág. 35.

75 CARNELUTTI: *ob. cit.*, núm. 49, págs. 204-205.

que la constitución y la ley amparan; si la ley prohíbe el medio de prueba o su empleo en un caso particular o el procedimiento para obtenerlo, su ilicitud resultará evidente y expresa, pero, cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente<sup>76</sup>.

La ilicitud de la prueba puede resultar de varias causas:

1ª) Puede radicar en el medio mismo, como la inspección judicial sobre los hechos de un estupro o una violencia carnal, que implique repetición de los mismos hechos ante el funcionario, o la exploración del subconsciente contra la voluntad del sujeto y anulando su personalidad por medios físicos o síquicos.

2ª) 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 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.

3ª) 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 (*cfr.*, núms. 46 c, 98), 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<sup>77</sup>, o la inspección judicial que viole la reserva legal de la correspondencia privada o de las declaraciones de renta y patrimonio para efectos impositivos.

4ª) Puede hablarse también de ilicitud de la prueba cuando existe una expresa prohibición legal de investigar el hecho sobre el cual versa, como la paternidad del hijo de mujer casada, en vida del marido, a petición de terceros (*cfr.*, núms. 46 c, 98); pero entonces la ilicitud se refiere en realidad a la investigación y no a las pruebas utilizadas.

5ª) En un sistema de prueba legal, como el que rige en Colombia para el proceso civil, será ilícito todo medio que no pueda quedar incluido entre los legalmente autorizados; pero esto será de muy rara

<sup>76</sup> FRANCO CORDERO: *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, t. I, números 23-27 y II, núms. 1-11; ENRICO ALTAVILLA: *Psychologie judiciaire*, trad. francesa a la 4ª ed. italiana, Edit. Cujas, Paris, 1959, y traducción castellana de Jorge Guerrero y Simón Carrejo, Edit. Temis, Bogotá, 1968, cap. IV, núms. 1-9; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, págs. 68-69; JEAN LOUIS BAUDOIN: *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, Paris, 1965; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 64, pág. 83; JEAN SIGARD: *La preuve en justice*, Paris, 1960, pág. 15; FENECH: *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, pág. 596.

<sup>77</sup> Sobre este interesante tema puede consultarse la magnífica obra de JEAN LOUIS BAUDOIN: *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, citada.

ocurrencia, porque es difícil encontrar alguno que no tenga el carácter de documento, o indicio, o testimonio, o dictamen de perito, o confesión (*cfr.*, núm. 142).

Examinaremos a continuación cuatro puntos interesantes:

1º) *Cuales son los efectos procesales de la ilicitud de la prueba.* Como lo observa atinadamente SILVA MELERO<sup>78</sup>, el concepto de ilicitud es único para el mundo jurídico en general, y por eso hemos afirmado<sup>79</sup> que la violencia y el dolo o fraude afectan de invalidez los actos procesales, tanto del juez como de las partes. Sin embargo, para los actos de prueba no hace falta la declaración de nulidad. Cuando la ilicitud aparezca de la prueba misma o del procedimiento empleado para practicarla o de otras pruebas ya practicadas, el juez debe rechazarle todo valor en el momento de decidir el litigio o el incidente; si el hecho que causa la ilicitud no consta en el proceso, la parte perjudicada con la prueba puede solicitar otras para establecerla, y esto es motivo suficiente para otorgarlas en la segunda instancia (*cfr.*, núms. 71-72); si el juez tiene conocimiento extraprocesal de la ilicitud del medio, puede utilizar sus facultades inquisitivas, cuando la ley se las otorgue, o las de dictar medidas para mejor proveer, para aclarar tales hechos.

En ocasiones la violación del procedimiento legal para obtener la prueba puede ser causal de nulidad del acto procesal que la realiza<sup>80</sup>, como la usurpación de competencia territorial en la inspección judicial o su práctica sin estar formalmente decretada y por tanto con pretermisión del procedimiento; pero aun entonces a la parte perjudicada le basta con que el juez le niegue valor en el momento de calificarla. La parte favorecida con ella tiene interés en que se repita, pero esto lo consigue solicitándolo por ese motivo y el juez debe decretarla sin necesidad de declarar previamente la nulidad de la practicada, si el término probatorio no ha precluido, y en el caso contrario la petición puede formularse en la segunda instancia. Si se declara esa nulidad, sería por excepción inextensible a los demás actos procesales posteriores que no dependan del acto de prueba anulado, porque no se ve razón alguna para que el procedimiento que sigue no conserve su validez (*cfr.*, número 109) y sería suficiente ordenar que se repitiera su práctica, lo cual requiere que el proceso no haya pasado a otra etapa que haga imposible la práctica de pruebas, por ejemplo, porque ya se haya fallado el incidente dentro del cual tuvo lugar la prueba nula o porque se haya dictado sentencia; por consiguiente, ninguna ventaja trae la declaración de nulidad, que consideramos improcedente, por ser remedio suficiente la repetición de la prueba en la misma instancia o en segunda, si lo solicita la parte interesada o el juez oficiosamente lo decreta para

78 SILVA MELERO: *ob. cit.*, t. I, págs. 68-69.

79 DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. III, núm. 364 y *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., núm. 206.

80 CARNELUTTI: *Rivista di diritto processuale civile*, 1961, pág. 625.

mejor proveer (*cfr.*, núms. 94 y 109) o cuando tenga facultades inquisitivas.

En la mayoría de las veces la ilicitud de la prueba no es causal de nulidad, lo cual es más frecuente en sistemas que, como el colombiano, limitan la nulidad a causas determinadas (sin que esto signifique que deban estar consagradas expresamente, porque las hay implícitas (*cfr.*, núm. 109) y entonces resulta más claro que el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad y la ineficacia o irrelevancia de la prueba; tal es el caso de la prueba obtenida con violencia ejecutada por el funcionario judicial o policivo o por una de las partes y la que es producto del empleo de drogas y procedimientos como el narcoanálisis que suprimen la libertad y la conciencia del sujeto, lo mismo que la practicada a pesar de existir prohibición legal pero sin vicios de procedimiento. Como observa muy bien Franco Cordeiro<sup>81</sup>, “cuando la ley prohíbe asumir la prueba, sin ulteriores especificaciones, los resultados obtenidos (a pesar de la prohibición) son procesalmente irrelevantes” y “la adquisición prohibida es inválida, porque se resuelve en darle ingreso a una prueba inadmisibles”, por lo cual no es posible utilizarla para los fines de la decisión judicial.

El juez debe rechazar la admisión o la ordenación de la prueba ilícita, pero si por error o por no aparecer su ilicitud en ese momento llega a recibirla u ordenarla, tal resolución no es obstáculo para que en el momento de valorar su mérito, en la sentencia o en la providencia que resuelva sobre el incidente, la considera ineficaz o inválida (*cfr.*, núms. 72 y 80).

La ilicitud del empleo de la violencia física, moral o psicológica para la obtención de la prueba, es universalmente reconocida<sup>82</sup>. La confesión obtenida por medio del tormento, utilizado antiguamente como medio lícito, o por los modernos sistemas de tortura que emplean algunas policías, disfrazada de interrogatorio acompañado de brutalidades o de sistemas agotadores que terminan anulando las resistencias física y síquica de la persona hasta llevarla a inculparse como única manera de ponerle fin a su desesperada situación, es un ejemplo claro de prueba ilícita carente de todo valor; tales métodos deben considerarse implícitamente prohibidos cuando la ley no lo haga expresamente.

Muy importante es la reciente doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, contenida en sentencia del mes de junio de 1966, por la cual prohibió el empleo de métodos de coacción psicológica o física en el interrogatorio de personas detenidas como sos-

<sup>81</sup> FRANCO CORDEIRO: *Tre studi sulle prove penali*, ed. cit., parte segunda: “Prueba ilícita”, págs. 139-170 y 120.

<sup>82</sup> CAENELUTTI: *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, págs. 62 y 63 y 1961, pág. 625; ENRICO ALTAVILLA: *Psychologie judiciaire*, ed. cit., parte segunda, capítulo cuarto; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 128-129 y 176-179, y *De la prueba en derecho*, Edit. Lerner, Bogotá, 1967, págs. 301-306; FRANCO CORDEIRO: ob. cit. y págs. cit.

pechosas en investigaciones criminales, con el fin de obligarlas a confesar o incriminarse, por ser violatorias de la dignidad humana y reconoce su derecho a callar, de acuerdo con lo preceptuado en el nuevo Código de Procedimiento. Advierte el Tribunal Supremo que esos métodos psicológicos no son menos reprobables que la violencia física, en lo cual, sin la menor duda, tiene toda la razón. Con esta doctrina se pretende acabar con los rezagos vigentes todavía en la práctica, del tristemente famoso "interrogatorio de tercer grado", utilizado por la policía con los sospechosos que no confiesan espontáneamente y que en épocas anteriores llegaba a grados de brutalidad y crueldad tan extremos, que constituían una moderna versión del tormento de la Inquisición católica y de la justicia medieval.

Esos procedimientos policivos brutales e injurídicos han existido en casi todos los países hasta nuestros días; encontramos una referencia a los mismos en las obras de GORPHE y LOCARD, el último de los cuales los califica como "la vergüenza de las policías europeas" y ambos los condenan enfáticamente<sup>83</sup>.

Como lo dijimos en otro lugar (*cfr.*, núm. 103) y lo expresa muy bien Antonio ROCHA<sup>84</sup>, la violencia vicia el acto jurídico procesal, lo mismo que el extraprocesal e impide en ambos casos su validez jurídica. Muchos países prohíben expresamente el empleo por los funcionarios judiciales de toda violencia física o síquica en el proceso penal y con mayor razón en el civil; entre éstos podemos mencionar a Francia, Alemania, Italia, Suiza, Estados Unidos de Norteamérica, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría. En donde no exista tal prohibición, debe considerarse implícita por las razones ya expuestas.

2º) *El empleo de drogas para obtener confesiones.* 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 farmacodinámica por medio de harbitúricos. Varios de esos métodos pueden acarrear serias lesiones orgánicas o síquicas, pero aun cuando no las produzcan su ilicitud es manifiesta, porque, como el tormento, atentan contra la dignidad de la persona humana y violan los principios de la lealtad y la probidad de la prueba. Algunos códigos penales castigan como delito el someter a una persona a tales medios hipnóticos o a tratamientos con narcóticos y drogas; luego con mayor razón debe considerarse ilícito su empleo por funcionarios del Estado.

Como lo explica muy bien ALTAVILLA<sup>85</sup>, el narcoanálisis y los otros

<sup>83</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, pág. 222; LOCARD, cita de GORPHE.

<sup>84</sup> ANTONIO ROCHA, citas anteriores.

<sup>85</sup> ALTAVILLA, obs. y capítulos citados.

verdad prevalece sobre el interés procesal"; siempre que se respeten los límites que acabamos de explicar, naturalmente. Esas grabaciones pueden ser útiles en el proceso penal y en ocasiones también en el civil; pero, repetimos, se debe tener sumo cuidado en la valoración de su mérito como prueba.

4º) *Otros métodos científicos para la investigación de la verdad.* Existen otros métodos científicos para determinar la sinceridad y veracidad de las confesiones y declaraciones, como los detectores de mentiras, los exámenes siquiátricos o sicutécnicos, los tests psicológicos y otros similares, cuya licitud no presenta problemas, porque no se usa de la fuerza ni se afecta la libertad de conciencia y por tanto no constituyen atentado contra ningún derecho subjetivo del examinado y mucho menos contra su dignidad personal.

5º) *El caso del secreto profesional y la prueba judicial.* Para concluir este párrafo haremos algunas anotaciones respecto a la ilicitud de la prueba que viola el *secreto profesional*, utilizando como guía la reciente y magnífica obra de Jean Louis BAUDOIN<sup>88</sup>.

Las principales aplicaciones del secreto profesional en el terreno jurídico han tenido lugar en las profesiones de abogado, médico y confesor religioso (la de notario se asimila a la primera y la de dentista, cirujano y enfermero a la segunda).

a) *El secreto profesional del abogado.* Este secreto fue conocido en Roma (*Arcadius, Digeste, De testibus, D. 22-5-25*) y fue consagrado en Francia durante el siglo xv por varias ordenanzas reales, como la de 1453 de Carlos VII, la de 1477 de Luis XI y la de 1493 de Carlos VIII; en Inglaterra fue reconocido bajo el reinado de Isabel I en el siglo xvi en favor del consejero legal (*legal advisor*); al venir el movimiento codificador de los países romanistas, encabezados por Francia, se incorporó en algunas legislaciones en los Códigos de Procedimiento o en el Código Penal (C. P. francés, art. 378; C. de Pr. C. de la Provincia de Quebec, Canadá, art. 332), como una dispensa o una prohibición de testimoniar en juicio y de aducir documentos confidenciales y en algunas partes, como en Francia, dándole el carácter de infracción penal a la violación procesal o extraprosesal del secreto. El art. 228 del C. de Pr. P. colombiano lo consagra como una simple dispensa de la obligación de testimoniar, sujeta a las excepciones que por ley se consagren y con el mismo alcance aparece reconocido en el artículo 674 del C. de Pr. C.; ambos textos expresan que los abogados no pueden ser obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su profesión, sea como apoderados o como consultores, pero no consagran una prohibición de ren-

<sup>88</sup> JEAN LOUIS BAUDOIN: *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, París, 1965. Puede consultarse también el estudio de MARIO GÓMEZ CALVO, *El secreto profesional en la abogacía*, en Revista de Ciencias Judiciales de la Universidad de Costa Rica, julio 1968, págs. 227-242.

dir el testimonio, de manera que dejan al profesional el derecho de hacerlo o no, de acuerdo con los dictámenes de su conciencia; la norma civil es más amplia, porque comprende a las "demás personas que por razón de su ministerio, profesión u oficio, estén obligadas, conforme a la ley o la moral a guardar secreto respecto de los hechos que conocen por razón de ellos", norma en la cual quedan incluidos los notarios públicos cuando obran como consejeros legales o reciben información confidencial relacionada con los actos en que intervienen y las personas que sin ser abogados ejercen funciones de consejeros legales, como sucede a menudo para la elaboración de declaraciones de renta y patrimonio, con los contadores públicos en todo lo relacionado con los secretos del negocio cuya contabilidad atienden, situación que debe ser apreciada en definitiva por el juez en cada caso. El secreto del abogado se extiende, por razones obvias, a los documentos privados que se le suministran para los mismos fines profesionales. La violación del secreto puede dar lugar a una acción por indemnización de perjuicios, a menos que motivos de interés general lo justifiquen.

b) *El secreto médico.* Este secreto se remonta a la antigüedad clásica, como se ve por el juramento de Hipócrates (*quae autem inter curandum visu aut auditu notavero ex extra medenti arenam in communi vita percepero, quae non decet anuntiare, silentio insolvant*); en el antiguo derecho europeo fue reconocido, pero sólo después de la Revolución Francesa se le otorgó el carácter de deber cuya violación extraprocesal llegó a sancionarse penalmente; en Inglaterra, en cambio, la jurisprudencia ha rehusado reconocer al médico el derecho a callar ante los tribunales los hechos que ha conocido en el ejercicio de su profesión, y en los Estados Unidos de Norteamérica ha habido desacuerdo en las legislaciones de los diversos Estados federales, de los cuales en 1965 había dieciséis que todavía no lo habían reconocido; en Quebec se reconoció legislativamente por primera vez en 1909; en Colombia se reconoce al médico el derecho a negarse a declarar en justicia, salvo cuando la ley le exija informar a la autoridad, en los textos citados de los códigos de procedimiento civil y penal, extendiéndose la norma a los cirujanos, farmacéutas, enfermeros y demás personas que ejercen una profesión sanitaria; pero no se consagra tal secreto como deber del profesional, penalmente sancionable, ni se establece una prohibición absoluta para recibir su testimonio, de manera que a él corresponde decidir si lo alega o renuncia en cada caso.

Creemos que el cliente puede demandar civilmente al profesional para el pago de los perjuicios morales y patrimoniales que le cause cuando declare sin su consentimiento, porque existe una prohibición legal de violar el secreto cuando la ley no lo obliga a declarar, a menos que hayan razones de interés general que justifiquen su conducta.

c) *El caso del director de conciencia y específicamente del confesor religioso.* Este caso tiene características especiales, por relacionarse

con un sacramento religioso. El derecho al secreto frente a la exigencias de la justicia fue reconocido en el derecho francés anterior a la Revolución, por influencias del derecho canónico y se sancionaba su violación con penas eclesiásticas y civiles. Después de la Revolución se mantuvo el derecho al secreto confesional y la jurisprudencia lo llevó a extremos más rigurosos de los reconocidos en el antiguo derecho; en el concordato del 26 Messidor, año IX, se reconoció expresamente para los ministros del culto católico, pero fue extendido a los de otras religiones. En Inglaterra fue reconocido el secreto confesional hasta la Reforma, pero a partir de ésta fue abolido por razones de orden político y desde entonces la jurisprudencia se ha negado a reconocerlo, aun cuando en la práctica se impone una sanción apenas formal al sacerdote que se niega a responder en justicia por tal motivo. En este caso el secreto está amparado además por normas eclesiásticas que lo imponen tanto extrajudicial como judicialmente y sancionan su violación, pero es entendido que está limitado a los hechos conocidos en ejercicio de las funciones religiosas; sin embargo, existe la tendencia a ampliarlo judicialmente a los casos de simples confidencias en calidad de consejero espiritual, lo que nos parece muy lógico y resulta consagrado en Colombia por los textos citados en los códigos de procedimiento civil y penal, puesto que se refieren en general a los hechos que conocen por razón de su ministerio, profesión u oficio.

De tres maneras diferentes puede regular la ley el secreto profesional: 1ª) como un derecho del profesional a negarse a declarar en justicia, que puede ser renunciado por él (sin que se 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, a menos que existan razones de interés general que justifiquen la violación del secreto, y que puede tener dos modalidades según que 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; 2ª) 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; 3ª) como una obligación o un deber no relevable y por tanto como una prohibición absoluta de recibir o admitir en justicia esos testimonios. Las legislaciones se diferencian en estos puntos, pues mientras que unas permiten al cliente disponer del secreto del profesional, algunas lo dejan exclusivamente a la conciencia de este último y otras consagran la prohibición absoluta de recibir el testimonio.

El secreto profesional tendrá naturaleza de derecho o de obligación según el sistema legislativo que rija. Se ha discutido si su fundamento es contractual o si consiste en razones de orden público; la primera tesis no comprende los casos en que el cliente es obligado a some-



terse 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 dicho 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 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, cuando el servicio se presta mediante libre acuerdo, conciliando ambos fundamentos, como lo aconsejan PEREAUD-CHARMANTIER y Jean Louis BAUDOUIN<sup>89</sup>. Naturalmente, en los casos del secreto confesional y cuando no aparezca el libre consentimiento para recibir o prestar el servicio, el fundamento contractual no puede existir.

d) *Consecuencias procesales de la violación del secreto profesional.* Las consecuencias procesales que en materia de prueba tiene la violación del secreto profesional son muy distintas en cada sistema. Si la ley 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, 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 lícitas, pero si se obtienen 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 la de ser admitida en juicio esa prueba, tendrá siempre el carácter de ilícita.

e) *El caso del secreto que la ley reconoce a ciertos documentos.* Similar al caso del secreto profesional es el del secreto reconocido por la ley a ciertos documentos, como la correspondencia epistolar, las declaraciones impositivas de renta y patrimonio o 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.

SEGÚN LOS DIVERSOS MEDIOS O INSTRUMENTOS. 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, de peritos, y

<sup>89</sup> BAUDOUIN: ob. cit., pág. 44.

según algunos, también de presunciones (nosotros les negamos el carácter de medios de prueba).

El estudio de esta clasificación será materia del capítulo siguiente.

### 138. Clasificación secundaria o accesoria

Algunos autores clasifican las pruebas en *libres* y *legales*<sup>90</sup>, según que su valoración pueda ser hecha libremente por el juez o que esté sometida a una tarifa legal previa. En realidad se trata de dos sistemas para su apreciación (*cfr.*, núms. 25-27) y no de dos clases de pruebas, por lo cual sólo puede aceptarse como una clasificación accesoria e impropia.

Desde otro punto de vista, que confunde el acto jurídico con su prueba, se habla de pruebas *solemnes* y *libres o consensuales*<sup>91</sup>, según que se exija o no una especial formalidad para la existencia o validez del acto jurídico; pero la solemnidad y la libertad o consensualidad se refieren al acto o contrato y no a la prueba. En cambio, esta diferente finalidad del medio probatorio sirve para distinguir las pruebas en formales y sustanciales, según que sirvan únicamente para efectos procesales o que tengan una función sustancial o material (*cfr.*, números 13 y 14).

Puede hablarse también de pruebas *libres* y *legales*, según que exista libertad de medios o regulación legal de los medios que pueden utilizarse en el proceso; pero se trata de una clasificación de los medios y no de las pruebas propiamente dichas (*cfr.*, núms. 26 y 141).

Por último, si se confunde la prueba con el sistema vigente para su aportación al proceso, puede hablarse de pruebas *inquisitivas* y *dispositivas*, según que provengan de la actividad oficiosa del juez o que requieran petición de parte; con todo, no se trata de dos clases de pruebas, sino de dos sistemas para la dirección del proceso (*cfr.*, números 21-23).

<sup>90</sup> CABNELUTTI: *Instituciones*, ed. cit., t. I, pág. 263; *Teoría general del derecho*, ed. cit., núm. 212, págs. 503-506; BOCCU: *Trattato*, ed. cit., t. II, pág. 190 ed. México, cit. pág. 421; FENECH, ob. cit., t. I, pág. 582; DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, pág. 467; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, pág. 79; SCHÖNKE, ob. cit., pág. 199.

<sup>91</sup> ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, Rosario, 1962-1963, pág. 30; pero en su obra posterior "De la prueba en derecho", ed. 1967, suprimió esta clasificación.

## CAPÍTULO XX

### DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA

#### 139. La noción de medio de prueba.

##### Su diferencia con fuente y motivo o argumento

En el capítulo XI (*cfr.*, núms. 62-66) estudiamos las nociones de fuente, motivo o argumento y medio de prueba, las cuales es indispensable distinguir para una exacta comprensión de esta materia.

Se entiende por *fuerza de prueba* los hechos percibidos por el juez, de los cuales éste obtiene, gracias a una operación mental, el conocimiento de esos mismos hechos o de otros que interesan al proceso. La fuerza de prueba consiste, por lo general, en hechos diferentes del que se trata de probar, sea que lo representen (como ocurre con un documento respecto al contrato, con una declaración de testigo o de parte respecto al hecho narrado, o con una fotografía en relación con la persona fotografiada) o que solamente lo indiquen (como en la prueba indiciaria); pero puede suceder que el hecho fuente sea el mismo hecho por probar, como ocurre en la inspección judicial cuando recae directamente sobre el segundo.

Por *motivos o argumentos de prueba* se entiende las razones que el juez deduce de las fuentes de prueba, para reconocer o negar determinado valor de convicción a las pruebas, consideradas aisladamente o en su conjunto; constituyen la explicación de por qué el juez considera que un hecho es prueba de otro o de sí mismo y el fundamento de la fuerza de convicción de las diversas pruebas. La naturaleza de los motivos es lógica y psicológica, y, por consiguiente, subjetiva, ya que ellos son productos de la cultura general del juez y de su experiencia. Empero, esto es verdad cuando tiene libertad de apreciación, pero cuando impera el sistema de tarifa legal adquieren un carácter jurídico y objetivo, puesto que la ley los establece de antemano.

Los *medios de prueba* pueden considerarse desde dos puntos de vista. De conformidad 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 y, por lo tanto, las fuentes de

donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre 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. Acogen este concepto de medio de prueba, entre otros, CARNELUTTI<sup>1</sup>, ROSENBERG<sup>2</sup>, KISCH<sup>3</sup>, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>4</sup>, DE LA PLAZA<sup>5</sup>, ALSINA<sup>6</sup> y CLARIÁ OLMEDO<sup>7</sup>.

Desde un segundo punto de vista se entiende por medio de prueba *los instrumentos y órganos* que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba (*cf.*, t. I, núms. 64-65), 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 (en vez del testimonio, el dictamen, la confesión, el contenido del documento y la actividad perceptiva-deductiva de la prueba indiciaria). Este concepto también es correcto, porque comprende la manera como se verifica la adquisición procesal de la prueba y se lleva al juez el conocimiento de los hechos que prueban, de modo que es la misma noción contemplada desde otro aspecto, pues, como explica atinadamente CARNELUTTI<sup>8</sup> entre el confesante y la confesión o el testigo y el testimonio, no media más distinción que la del punto de vista; no son hechos diversos, sino uno mismo contemplado por el derecho y por el revés, sin que sea posible separar el uno del otro, y constituyen el mismo concepto, en función transitiva o intransitiva; el testigo o el confesante es persona en actividad y el testimonio o la confesión es el acto de la persona. Acogen este concepto, además de CARNELUTTI, ROSENBERG, KISCH, ALSINA, DE LA PLAZA, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>9</sup>, GUASP<sup>10</sup>, ARAGONESES<sup>11</sup>, PIETRO CASTRO<sup>12</sup>, FENECH<sup>13</sup> y RODRÍGUEZ Y PEÑA<sup>14</sup>.

El medio suministra los hechos fuente de la prueba, y por lo tanto, el hecho que debe probarse 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.

1 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núms. 16, 17 y 47.

2 ROSENBERG: *Tratado*, ed. cit., t. II, pág. 203.

3 KISCH: *Elementos*, ed. cit., pág. 199.

4 GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 238-239.

5 DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, pág. 466.

6 ALSINA: *Tratado*, ed. cit., t. II, pág. 177.

7 CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1966, t. V, núm. 1188.

8 CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 46, págs. 197-198.

9 Citas anteriores.

10 GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 352.

11 ARAGONESES: *Técnica procesal*, Edit. Aguilar, 1958, pág. 505.

12 PIETRO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, pág. 398.

13 FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, pág. 580.

14 RODRÍGUEZ Y PEÑA: *Derecho procesal civil*, pág. 62.

Como ya lo hemos observado, 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 dos testimonios son pruebas de cierto hecho, se hace referencia a los medios (*cf.*, núms. 62-66).

Pueden existir medios de prueba que nada prueben, a pesar de haberse allegado al proceso en oportunidad y con las formalidades legales, porque de ellos no obtiene el juez ningún motivo o argumento de prueba que le sirva para adquirir certeza sobre los hechos por probar.

Entendido el medio como actividad (primer sentido expuesto), es correcto decir, como lo hacía FLORIAN<sup>15</sup>, que todo medio es un acto de persona: juez, parte o tercero. Pero desde el segundo punto de vista se incluyen en la noción de medio los hechos y las cosas materiales, como también las personas físicas e inclusive el cuerpo humano (la herida que aparece en el cuerpo es prueba del acto delictuoso que la causó). Una cosa o una persona puede ser medio u objeto de prueba, según sean el instrumento que suministra la prueba o el hecho por probar.

Algunos autores, entre ellos HEUSLER, limitan el concepto de medios de prueba a los aportados por las partes y consideran medios de conocimiento los que el juez obtiene por sí mismo; pero, como observa FLORIAN, la distinción no tiene validez, porque todo medio de prueba sirve de medio de conocimiento y es arbitrario asignarles un carácter diferente según la persona que los produzca<sup>16</sup>.

Otros autores, como WACH y KOHLER, incluyen entre los medios de prueba, no el acto de la inspección o el testimonio, sino el objeto inspeccionado o el hecho narrado, pero, según advierte CARNELUTTI, de ese modo se llega ilógicamente a concebir como medio de prueba el propio hecho por probar<sup>17</sup> o su fuente cuando se trata de hechos distintos que prueban aquél, agregamos nosotros.

Creemos que se obtiene mayor claridad en esta materia, si se distinguen adecuadamente las nociones de órganos, medios, fuentes y argumentos o motivos, adoptando para los segundos el primer punto de vista ya aplicado. 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 o motivos.

<sup>15</sup> FLORIAN: *Ob. cit.*, t. I, núm. 64.

<sup>16</sup> HEUSLER, cita de FLORIAN: *Ob. cit.*, núm. 59 n. 9.

<sup>17</sup> WACH: *Dans Beweissystem*, y KHOLEB: *Civilprozess*, citas de CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 16, n. 112.

#### 140. Los medios de prueba ¿deben ser libres o taxativamente determinados?

En los sistemas de tarifa legal, el legislador limita los medios de prueba utilizables en el proceso, pues de otra manera no se podría fijar de antemano el mérito de cada uno (*cf.*, núm. 26); en este caso el juez sólo puede servirse de percepciones obtenidas de determinado modo y luego debe utilizarlas según reglas determinadas<sup>18</sup>. De este modo se produce la acumulación de dos sistemas vinculados entre sí, pero de diferente contenido: el de *tarifa legal* para la apreciación de las pruebas y el de *pruebas legales*, que fija taxativamente los medios admisibles en juicio; es frecuente confundirlos y darle al primero la segunda denominación, pero fácilmente se comprende que contemplan dos aspectos diversos: la regulación del mérito de convicción de los medios de prueba y las clases de medios que pueden emplearse. Por este motivo es posible que en un proceso coincida el sistema de libre apreciación, también llamado de sana crítica o apreciación razonada, con el de pruebas legales que limita los medios admisibles, como en efecto ocurre en la mayoría de los países que han consagrado aquél para el proceso civil, e inclusive en el penal, como explicamos ampliamente en el capítulo V (*cf.*, núms. 25-27).

No deben confundirse los dos sistemas de pruebas legales y tarifa legal con la reglamentación formal de la prueba judicial, pues lo último significa que su proposición, ordenación y práctica están sujetas a ciertas ritualidades procesales imperativas, las cuales existen aun en los procesos con libertad de apreciación (*cf.*, núm. 27, b).

Existen, pues, 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. ¿Cuál de estos sistemas es el mejor? Creemos que el mixto. Este fue consagrado en la Argentina en los C. de P. C. y Co. para la justicia nacional (art. 378) y para la Provincia de Santa Fe (art. 147).

La libertad para admitir cualquier medio de prueba o sistema de la prueba libre, es un complemento ideal del sistema de la libre apre-

<sup>18</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 5, pág. 18; RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, págs. 13-14; BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y penal*, ed. cit., t. I, pág. 216; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, 1960, página 13; SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, págs. 70-71; ISIDORO FISNER: *La prueba en el derecho civil*, Buenos Aires, 1964, pág. 72; CARLO FURNO: *Contributto*, CEDAM, 1940, págs. 145-147.

ciación, como lo demuestra el moderno Código de Procedimiento Civil Alemán. Esa libertad encuentra límites únicamente en las formalidades procesales para la proposición, ordenación y práctica de los medios de prueba, por ser necesarias para garantizar la debida contradicción y la lealtad en el debate probatorio. Este sistema no es incompatible con la determinación legal previa de algunos medios admisibles (los señalados en la mayoría de los códigos, como lo hace el nuevo Código argentino para la justicia nacional), ni con la exigencia de determinados medios formales para la validez de ciertos actos jurídicos materiales, sino, por el contrario, pueden coincidir perfectamente con estas exigencias (*cfr.*, núm. 27), como sucede con la escritura pública para contratos de disposición de inmuebles o de sociedades comerciales. No hay razón lógica para impedirle al juez la admisión de los nuevos medios de prueba que el progreso científico pueda aportar, sólo porque no encajan en alguno de los enumerados muchos años antes en los códigos de procedimiento; lo razonable es permitirle la formación de su convencimiento y la investigación de la realidad de los hechos, por todos los medios que de cualquier manera sirven para ese propósito, y otorgarle libertad para apreciar su mérito según los principios de la sana lógica, la sicología judicial y las reglas de la experiencia (*cfr.*, núms. 28-29).

Sin embargo, la doctrina moderna ha vacilado en aceptar la libertad de medios de prueba; naturalmente, quienes defienden el sistema de la tarifa legal no pueden admitir aquella libertad, por ser claramente incompatibles con tal sistema; pero muchos que no vacilan en prohiñar una absoluta libertad de apreciación consideran que debe mantenerse la regulación legal de los medios admisibles, es decir, que son partidarios de limitarlos, pero otorgando libertad para valorar su contenido<sup>19</sup>. Puede decirse que la mayoría de las razones expuestas en favor del sistema de la tarifa legal, se refieren principalmente a la regulación taxativa de los medios de prueba (*cfr.*, núm. 26).

Los partidarios de la tarifa legal alegan que se trata de cuestiones que interesan al orden público, y, además, que es indispensable que las partes gocen de seguridad en el comercio jurídico; pero estos argumentos no nos convencen. El primero, porque tiene validez solamente para las ritualidades del proceso, y por lo tanto, para las relativas a la producción y aducción de las pruebas, y el segundo, porque la mayor facilidad en la prueba es una garantía y no una amenaza para la certeza y la recta justicia. Otra cosa es que deba conservarse la exigencia

<sup>19</sup> MITTERMAIER: *Tratado de las pruebas*, Madrid, 1877, t. I, págs. 73-79; CHIOVENDA: *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 59, pág. 281; CARNELUTTI: *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. I, págs. 743-745, y *La prueba civil*, ed. cit., pág. 216; COUTURE: *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, págs. 84 y 220; ALSINA: *Tratado*, ed. cit., t. II, pág. 178; RICCI, BONNIBER, SICARD, SILVA MELEIRO y EISNER: Citas anteriores; CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, ed. cit., 1939, t. XII, página 657.

de determinados medios que la ley contempla como requisitos para la validez o existencia de ciertos actos jurídicos materiales, como varias veces lo hemos dicho, a saber: formalidades *ad substantiam actus*; respecto de éstas si son precedentes aquellas razones y nada impide que subsistan dentro de un sistema de libertad de medios y libre apreciación, como excepciones taxativas, porque contemplan un aspecto jurídico diferente: la aptitud que ciertos actos extraprocesales tienen para producir especiales efectos jurídicos materiales. El juez no puede entonces considerar como existente y válido un acto de éstos si no existe el medio solemne prescrito por la ley; pero ya no se trata de su prueba, sino de su existencia jurídica; con otros medios se puede demostrar que ocurrieron los hechos que, de haberse cumplido con tal formalidad, hubieran configurado el acto o contrato (como el acuerdo de voluntades sobre la cosa, el precio y su entrega para una compraventa), pero su existencia jurídica o su validez sólo se prueban con aquella solemnidad.

Es más importante para el moderno proceso la libertad de apreciación que la libertad de los medios de prueba, porque dentro de los enumerados generalmente en los códigos de procedimiento penales y civiles pueden incluirse casi todos los métodos de investigación descubiertos o por descubrirse, los cuales se traducen, en último caso, en testimonios, peritaciones, documentos, indicios o inspecciones judiciales<sup>20</sup>. Al tratar, más adelante, de los medios lícitos o permitidos y de los ilícitos o prohibidos, volveremos sobre este punto (*cfr.*, párrafo siguiente).

#### 141. 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 o históricos, 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 casuales, procesales 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 de prueba, pero como frecuentemente se incurre en esta confusión en el lenguaje legislativo y forense, aquélla 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 haber libertad

<sup>20</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 353.



de medios o, por el contrario, una regulación legal taxativa, es posible distinguir los medios en *libres y legales o regulados* (cfr., núm. 26).

En segundo lugar, si se considera que la ley puede prohibir determinados medios en general o para ciertos hechos en particular, aun dentro del sistema de libertad de medios, como excepciones a éste, y que existe prohibición implícita cuando haya razones de moral o se violen derechos subjetivos que la ley ampara, puede hablarse de medios *lícitos o permitidos e ilícitos o prohibidos* (cfr., núms. 27 c y 137 m). Por ejemplo, son ilícitos el narcoanálisis, el hipnotismo para obtener la confesión, la inspección judicial que viole la reserva que la ley establezca para la correspondencia privada o las cuentas bancarias, el uso del tormento para obtener confesiones o testimonios<sup>21</sup>. Al respecto nos remitimos a lo expuesto sobre las pruebas ilícitas (cfr., núm. 137 m).

Si se tiene en cuenta la materia de que el medio está constituido, es decir, considerando el concepto desde el segundo punto de vista examinado, pueden distinguirse tres clases: *personales, documentales y materiales*; los primeros son los testigos, los peritos y las partes en cuanto confiesan o admiten hechos; los segundos las escrituras públicas y privadas, las fotografías, los planos, los dibujos; los últimos las cosas materiales, los rastros o huellas.

Si se considera la función que el medio desempeña, pueden distinguirse en *representativos o históricos y no representativos o críticos*, con un criterio similar al que sirve para clasificar las pruebas en esos dos grupos. Son representativos los personales y documentales, que comunican siempre la imagen del hecho narrado; los segundos son los medios materiales, objetos y cosas, que nada representan, fuera de su propia existencia, pero que sirven para deducir o inducir los hechos cuya prueba se persigue.

Queda, por último, la clasificación de los medios de prueba según cada uno de los instrumentos que los constituyen, que se encuentra generalmente en los códigos de procedimiento tanto civiles como penales y laborales y en algunos códigos civiles: confesión, juramento, testimonio de terceros, dictamen de peritos, inspección judicial, documentos e indicios.

No existe unanimidad en la doctrina acerca del carácter de medios de prueba de los enumerados en nuestros códigos de procedimiento, acabados de mencionar. Así, no ha faltado quien lo niegue a la confesión y el juramento<sup>22</sup>, lo mismo que a la pericia<sup>23</sup>, a la inspección

21 FRANCO CORDEBO: *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, págs. 112-170; SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, págs. 68-69; BONNIER: Ob. cit., t. I, núm. 64, pág. 83; FENECH: *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, pág. 596; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, 1960, pág. 15.

22 PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, ed. cit., t. VII, pág. 766.

23 EISNER: Ob. cit., pág. 77.

judicial<sup>24</sup> y a los indicios<sup>25</sup>. Otros autores consideran las presunciones como medios de prueba<sup>26</sup>. Nosotros le reconocemos ese carácter a los cinco primeros y se lo negamos a los últimos, por las razones que expondremos al tratar de los distintos medios en los capítulos siguientes.

#### 142. ¿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 (C. de P. C. colombiano, art. 593). 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 enumeración que contenga, bien sea en un texto especial o en los varios que los reglamentan, tienen 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>27</sup>. Ejemplo del último sistema es el art. 378 del nuevo C. de Pr. C. y Co., para la justicia nacional argentina, pues luego de enumerar los medios tradicionales, agrega: "... y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio".

El sistema de la libertad de medios está más de acuerdo con las modernas concepciones del proceso, tanto civil como penal, o de otra clase, por lo cual somos partidarios de consagrarlo legislativamente, enunciando los medios que deben ser admitidos y dejando al juez la calificación de la relevancia probatoria que puedan tener los demás que aduzcan o soliciten las partes y en libertad de decretar oficiosamente los que considere útiles<sup>28</sup>.

Sin embargo, el sistema de medios legales no significa que estén excluidos del proceso los métodos de investigación que la técnica y la ciencia modernas han descubierto con posterioridad a la redacción de los códigos de procedimiento y los que en el futuro se descubran. En las siete clases de medios probatorios que generalmente se consagran para el proceso civil (confesión, juramento, documentos, testimonios, indicios, dictamen de peritos e inspección judicial), o en las seis admitidas en el proceso penal (se excluye el juramento), pueden compren-

<sup>24</sup> RICCI: Ob. cit., t. I, pág. 12.

<sup>25</sup> ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, pág. 204.

<sup>26</sup> BONNIER: Ob. cit., t. I, núm. 31; CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 4, n. 20, y *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, pág. 416, cita en Apéndice de la primera, núm. XXIII.

<sup>27</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 2, pág. 14.

<sup>28</sup> JACQUES NORMAND: *Le juge et le litige*, París, 1965, págs. 305-395.

derse los instrumentos modernos y futuros para la investigación de los hechos, para lo cual basta interpretarlos en sentido amplio y genérico, como es apenas natural hacerlo. Por ejemplo: dentro de la noción de documento deben incluirse todos los medios materiales con función representativa, como los sellos de correo y demás sellos oficiales, las fotografías, los dibujos, los planos, las grabaciones en cintas magnetofónicas o discos, los impresos, etc., y no solamente los escritos; las huellas dactilares, los exámenes de sangre y los cabellos humanos y medios similares, están incluidos entre los indicios o pueden ser aportados mediante dictámenes de peritos; el empleo de aparatos detectores de mentiras o para medir la sinceridad del declarante, forma parte de la prueba pericial.

Como dice muy bien GUASP<sup>29</sup>, la enumeración legal de los medios de prueba admisibles en el proceso puede hacer pensar que existen otros teóricamente concebibles que no estén autorizados y cuya admisión no sea posible; pero, en realidad, la enumeración legal agota las especies imaginables de los medios de prueba, ya que "no existe ninguna categoría lógica de instrumentos probatorios que no pueda encuadrarse en alguna de las figuras que se mencionan". Un concepto similar exponen ALSINA<sup>30</sup> y ROCHA<sup>31</sup>.

Existen ciertos sistemas investigativos cuya ilicitud debe ser declarada por el juez, a menos que haya norma expresa que los autorice (lo cual sería moral y jurídicamente censurable), como el hipnotismo, el narcoanálisis, los llamados sueros de la verdad y el tormento en cualquier grado (incluyendo el trato brutal de los interrogadores al testigo o a la persona sindicada); pero no se trata de medios imposibles de catalogar entre los autorizados por la ley, sino de procedimientos reñidos con los principales de libertad, lealtad, probidad, imparcialidad y naturalidad o espontaneidad de la prueba y del respeto a la persona humana, que la civilización jurídica moderna ha consagrado como fundamento esencial de toda justicia (*cf.*, núm. 31). El juez debe disponer de poderes para obtener la prueba coactivamente si es necesario, en cuanto se trate de localizarla y aprehenderla (*cf.*, núm. 31), pero sin forzar su contenido ni parcializar su resultado por medios crueles o que eliminen la conciencia o la libertad del sujeto. El dolo, el engaño, la violencia, las drogas que eliminan u obnubilan la personalidad, atentan contra esos principios universalmente aceptados<sup>32</sup>.

El art. 32 del reciente C. de Pr. de Guatemala, autoriza la prueba

<sup>29</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 353.

<sup>30</sup> ALSINA: *Ob. cit.*, t. II, pág. 177.

<sup>31</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, 1949, pág. 35, y 1968, pág. 53.

<sup>32</sup> FLORIAN: *La prueba penal*, t. I, núms. 156 y 176; FRAMARINO DEI MALATESTA: *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, págs. 108-113; COUTURE: *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, pág. 139; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, Rosario, 1962-1963, págs. 176-177; FRANCO CORDERO, SILVA MELERO, BONNIER, FENECH y SICARD: Citas en el número anterior.

por fotografías, reproducciones de objetos, cinematografía, radiografías, radioscopias y, "en general, cualesquiera experimentos o pruebas científicas". Esta norma consagra el sistema de la libertad de medios<sup>33</sup>.

#### 143. Inadmisibilidad de medios convencionales

En el capítulo XVIII (*cf.*, núms. 133-135) estudiamos el problema de los pactos o contratos sobre pruebas y vimos que la mayoría de la doctrina europea y americana le niega validez a las cláusulas que pretenden establecer medios de prueba no autorizados por la ley o darles un valor que ella no les reconoce (en el sistema de tarifa legal) o que el juez considera no estar de acuerdo con las reglas de experiencia y los postulados de la lógica y la psicología (en el sistema de libre apreciación), o, por el contrario, que desconozcan el mérito que la ley o el juez (según el sistema que rijan) les otorguen.

La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles, lo mismo que su mérito o valor, le corresponde exclusivamente al legislador y al juez, pero a éste sólo en el caso de que 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, y que está fuera del alcance de la libertad contractual cuyo abuso es causa de graves males en los asuntos civiles y comerciales. Estas conclusiones son más evidentes en los procesos penales, laborales y contencioso-administrativos, por la peculiar naturaleza de los mismos.

Pueden consultarse las numerosas citas de autores y jurisprudencia que aparecen en los números citados. Es también la opinión de LESSONA<sup>34</sup>.

#### 144. El conocimiento privado del juez no es medio de prueba

Cuando el legislador ha establecido los medios de prueba admisibles en juicio, implícitamente consagra la prohibición para el juez de basar sus decisiones en el conocimiento personal y extraprocesal que pueda tener de los hechos. La misma prohibición existe en un sistema de libertad de medios de prueba, 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.

Es éste uno de los principios fundamentales del derecho probatorio y del derecho procesal en general, que hemos estudiado en otro lugar (*cf.*, núm. 31); su desconocimiento implica la violación de la

<sup>33</sup> MARIO AGUIRRE: *La prueba en el proceso civil guatemalteco*, Guatemala, 1965.

<sup>34</sup> LESSONA: *Teoría general*, ed. cit., t. I, pág. 49.

imparcialidad necesaria en el funcionario, de la contradicción indispensable en la prueba y de la igualdad de oportunidades y derechos de las partes en el debate probatorio <sup>35</sup>.

#### 145. Distinción entre medio y sucedáneo de prueba

La noción de sucedáneo de prueba ha tenido varios significados. Como explica CARNELUTTI <sup>36</sup>, la doctrina alemana, principalmente por obra de ENDEMANN y PLANK, elaboró este concepto en antítesis con el de medio de prueba, en consideración a la teoría que exige la posición de los hechos en la sentencia según la realidad material, para lo cual se necesita que el juez disfrute de libertad de apreciación de la prueba; de esta manera, se limita el concepto de medio de prueba a los instrumentos libremente valorados por el juez y se aplica el de sucedáneo de prueba cuando de cualquier manera existe una fijación legal formal del hecho controvertido, en oposición al conocimiento material del mismo. Según este punto de vista, la confesión y la admisión son sucedáneos y no medios de prueba, cuando la ley dispone que el hecho confesado o admitido debe considerarse existente o cierto para efectos de la decisión judicial. Este criterio se basa en la tesis de que sólo el hecho controvertido es objeto de prueba judicial, tesis que confunde las nociones de objeto y de tema o necesidad de la prueba, como en otro lugar lo explicamos (*cfr.*, núms. 35 y 44), por lo cual debe estimarse rechazado por los autores que distinguen adecuadamente estos dos conceptos. Además, como lo observa CARNELUTTI <sup>37</sup>, aun desde aquel punto de vista no hay antítesis entre sucedáneo y medio de prueba, "sino antítesis entre dos posibles concepciones de la prueba, frente a la primera de las cuales todo proceso jurídicamente regulado no es *medio* sino *sucedáneo*, mientras que frente a la segunda es, no *sucedáneo* sino *medio de prueba*".

Creemos que el concepto de sucedáneo de prueba debe ser conservado, con un sentido diferente, 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, pues hacen innecesaria la prueba del hecho presumido, y la carga de la prueba, a la cual recurre el juez cuando no ha podido formarse su convencimiento sobre la existencia o inexistencia de un hecho alegado (afirmado o negado) en el proceso,

<sup>35</sup> Además de las citas hechas en el núm. 7 a, puede consultarse a JEAN SIGARD: *La preuve en justice*, París, 1960, pág. 14; RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 2, pág. 14, y DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, t. I, núm. 639.

<sup>36</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 7, págs. 29-30.

<sup>37</sup> CARNELUTTI: Cita anterior.

por ausencia o deficiencia de la prueba aportada, y no le es posible producirla de oficio o está precluida la etapa procesal para hacerlo (*cfr.*, núm. 126 y t. II).

Creemos que considerada como lo proponemos, la noción de sucedáneo de prueba conserva su utilidad en el derecho procesal contemporáneo.

## CAPÍTULO XXI

### DECLARACION DE PARTE Y PRUEBA DE CONFESION

#### 146. Del testimonio en general, como fuente de prueba

Al estudiar la clasificación de las pruebas observamos que según su estructura, se distinguen en personales y reales, al paso que, con arreglo a su función, se diferencian en históricas o representativas, y críticas o lógicas. Ahora bien, el testimonio humano en general, esto es, el que proviene tanto de terceros como de las partes en el 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 tiene ese sentido limitado, porque, como veremos más adelante (*efr.*, núm. 150), la parte que declara rinde en verdad un testimonio y no todas las veces hace una confesión.

Siempre que el hecho por probar llega al conocimiento del juez mediante la narración oral de una persona, existe un testimonio; mas cuando esa narración está consignada en un escrito, se tiene la prueba documental, que contiene también una declaración o testimonio de persona que llega al juez por la vía indirecta del documento.

La mayor dificultad que ha tenido la aceptación del concepto de "testimonio de parte" en el derecho procesal, consiste en la aplicación con excesivo rigor de las máximas latinas *nemo testis in re sua auditor*, *nemo (o nullus) idoneus testis in re sua intelligitur* y *nemo in propria causa testis esse debet*. Pero, como luego veremos (*efr.*, núm. 150), con ellas se trata únicamente de desconocerle el valor probatorio o la fuerza de convicción al testimonio de parte favorable o ella misma, sin que esto signifique que no sea por naturaleza un testimonio. Además, en el derecho moderno existe una marcada tendencia a reevaluar tales máximas para dejar al juez en libertad de apreciar el contenido, favorable o desfavorable, de la declaración de parte<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Puede consultarse la magnífica obra de MAURO CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell' oralità*, Milano, 1962, ts. I y II. Edit. Giuffrè.

Así, pues, no vacilamos en incluir la declaración de parte en el grupo, más general, del testimonio como fuente de prueba.

#### 147. La declaración de parte como acto procesal

Uno de los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración. Se suele confundir la declaración de parte con la confesión, pero, por las razones que luego expondremos (*cfr.*, núms. 150 y 151), es indispensable separar las dos nociones, pues la primera es el género y la segunda una de las especies; es decir, que toda confesión es una declaración de parte, pero ésta puede contener o no una 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 por interrogatorio; *d)* informales y formales; *e)* con fines probatorios y con fines constitutivos o informativos; *f)* obtenidas por interrogatorio libre o informal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario; *g)* como especie separada, el llamado juramento; *h)* según que su mérito o fuerza de convicción esté previamente señalado por tarifa legal o que se deje al libre criterio del juzgador, suele hablarse de declaración legal de parte y de declaración libre de parte (consideramos inadecuada esta última clasificación, porque parece indicar que es impuesta obligatoriamente por la ley o que surge espontánea de la parte, lo que no es cierto, por lo cual preferimos hablar de declaración con tarifa legal o de libre valoración).

En seguida examinaremos estas diversas clases de declaración de parte.

*a) DECLARACIONES PROCESALES Y EXTRAPROCESALES DE PARTE.* Las declaraciones de parte pueden ocurrir dentro del proceso, para fines relacionados con él, de manera informal o con sujeción a ciertas formas preestablecidas; pero pueden presentarse también antes de la iniciación del proceso, o cuando éste se encuentra en trámite, aunque fuera de él, en documentos o en conversaciones entre las partes o con terceras personas. El valor probatorio de esas declaraciones es muy diferente en ambos casos, pues, como lo veremos, las procesales pueden llegar a producirle al juez, por sí solas, la plena convicción, lo cual se acepta en los sistemas de tarifa legal, al paso que las extraprocesales, tanto en dicho sistema como en el de la libre apreciación por el juez, por lo general apenas revisten el valor de prueba incompleta.

*b) DECLARACIONES DOCUMENTALES Y ORALES DE PARTE.* Las partes pueden utilizar la forma oral o escrita para formular sus declaraciones fuera o dentro del proceso. La declaración documental puede ser de terceros o de parte, tomada ésta en sentido formal.



En ambos casos, si la prueba se produce fuera del proceso (escritura pública o documento privado), adquiere entidad propia, dentro del concepto amplio de documento, no obstante que proviene de una persona y consiste en la narración representativa o histórica de hechos pasados o presentes; pero cuando la declaración se hace en el proceso, en el acto de su iniciación (demanda) o posteriormente, la forma escrita (memorial) no le quita su entidad propia.

Para los efectos de la investigación que adelantamos en este trabajo, limitamos el concepto de la declaración de parte a la modalidad oral, tanto procesal como extraprocesal, y a la escrita cuando consta en un acto procesal.

c) **DECLARACIONES DE PARTE, POR INICIATIVA PROPIA O ESPONTÁNEA Y POR INTERROGATORIO.** Si la parte toma iniciativa y formula una declaración con fines procesales o fuera del proceso (antes o después de su iniciación), existirá una declaración espontánea o por propia iniciativa. La primera denominación es correcta, pero tiene el inconveniente de poderse confundir con la espontaneidad de la prueba, cualidad que tiene un significado diferente y que es uno de los principios fundamentales del derecho probatorio (*cfr.*, núm. 31, punto R), como lo veremos al tratar de los requisitos de la confesión (*cfr.*, núms. 151-152); por ello, queremos dejar bien en claro que ahora estamos contemplando la declaración que surge por iniciativa propia de la parte que la formula.

Además, la declaración de parte puede producirse por un interrogatorio de otra de las partes o de un tercero interviniente, por conducto del juez, o también por un interrogatorio hecho directa y oficiosamente por éste. En estos casos, la declaración es siempre judicial o procesal, mientras que la que surge por iniciativa propia puede ser también extraprocesal.

d) **DECLARACIONES FORMALES E INFORMALES DE PARTE.** Esta distinción se funda en la manera como la declaración se presenta, esto es, si se hace con sujeción a requisitos especiales exigidos por la ley, o con libertad de formas de expresión.

Las declaraciones extraprocesales son siempre informales y pueden presentarse en forma verbal o escrita, en simples conversaciones ante funcionarios públicos o individuos particulares, en documentos privados de toda clase, o en documentos públicos.

Las declaraciones procesales pueden ser *informales*, como cuando surgen por iniciativa del confesante en el curso de una audiencia, o en la demanda o en su contestación, o en un memorial posterior, y también cuando resultan de un interrogatorio libre del juez o de la parte adversaria o su apoderado (es decir, sin que se exija el previo juramento del interrogado, ni una determinada forma para las preguntas); pero también pueden ser *formales*, como cuando se originan en

un procedimiento preestablecido en la ley procesal, lo cual ocurre en el interrogatorio comúnmente denominado posiciones (que está sujeto a la formalidad previa del juramento, a la limitación del número de preguntas y a cierta redacción de éstas) o igualmente en la llamada prueba de juramento.

e) **DECLARACIONES DE PARTE CON FINES PROBATORIOS Y CON FINES CONSTITUTIVOS, INFORMATIVOS O ACLARATORIOS.** Tanto las declaraciones extraprocesales, orales y escritas, como las procesales de ambas modalidades cuando son informales, pueden tener o no una específica finalidad probatoria.

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 cuando para la validez del acto no es necesario tal requisito, con el propósito de preconstituir su prueba; ejemplos de declaraciones procesales con fines de prueba son las que se hacen al absolver posiciones, al cumplir el juramento decisivo o al contestar un interrogatorio informal del juez o del adversario durante el debate probatorio y a sabiendas de que la ley les otorga valor de confesión.

Ejemplos de declaraciones extraprocesales sin fines de prueba son las contenidas en documentos públicos que la ley exige para la existencia o validez de un acto o contrato (como, en Colombia, la escritura pública en la compraventa de inmuebles o para la constitución de sociedades comerciales), porque tienen una finalidad específicamente constitutiva de la relación jurídica material; lo son también las que se formulan en conversaciones entre amigos para informarles de la celebración de un negocio o de una obligación adquirida con otra persona y los comentarios entre los mismos contratantes, en presencia de terceros, sobre el contrato ya concluido. Ejemplos de declaraciones procesales sin fines de prueba son las consignadas en la relación de hechos de la demanda y las excepciones (la parte no persigue suministrarle al adversario una prueba ni creársela ella misma, sino darle al juez la información de los hechos sobre los cuales fundamenta aquél sus pretensiones o excepciones), lo mismo que las formuladas en memoriales para aclarar los hechos de la demanda (por iguales razones), en alegatos de conclusión y demás memoriales que no tienen por finalidad hacer una confesión y en los interrogatorios informales del juez sin fines probatorios, que algunas legislaciones autorizan para que éste aclare los hechos que configuran el litigio (*cfr.*, núm. 149).

f) **DECLARACIONES PROCESALES DE PARTE MEDIANTE INTERROGATORIO LIBRE O INFORMAL Y POR INTERROGATORIO REGULADO O FORMAL DEL JUEZ O DEL ADVERSARIO.** La ley procesal puede contemplar ambos interrogatorios, como en el párrafo anterior lo anunciamos, por lo cual cabe distinguir dichas dos clases de declaraciones de parte. Esta distinción,

según lo veremos en seguida, tiene grande importancia teórica y práctica en el moderno derecho procesal.

Ambos interrogatorios pueden ser autorizados por la ley para que los formule el juez o la parte contraria, pero el libre generalmente se limita al primero, aunque en nuestro concepto no existen razones valideras para tal distinción.

El interrogatorio formal persigue siempre una finalidad probatoria, como sucede con las posiciones y el juramento; en cambio, el interrogatorio informal o libre puede tener las dos diferentes finalidades que en el párrafo anterior examinamos, según la regulación legal que exista al respecto. Es decir, que la ley puede otorgarle un expreso valor probatorio de confesión a la declaración de parte producida con el interrogatorio informal o puede asignarle una simple finalidad aclarativa e informativa para el juez, sin valor de confesión, como sucede en varios países europeos, pero esto no impide que indirecta o secundariamente se deduzcan de tales declaraciones argumentos de prueba (*cfr.*, núm. 149).

Cuando el interrogatorio lo hace la parte contraria, sea regulado en su forma (posiciones clásicas) o libremente, tiene siempre finalidad probatoria.

g) LA DECLARACIÓN DE PARTE EN EL JURAMENTO DECISORIO O ESTIMATORIO. Se trata de una declaración procesal con fines de prueba, que estudiaremos más adelante (*cfr.*, cap. XXII).

#### 148. El interrogatorio de las partes en el proceso civil. 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, con o sin juramento. En algunos países se permite el interrogatorio con juramento del sindicado en el curso del proceso, además del informal sin juramento en las diligencias previas investigativas; en otros, como en Colombia, se prohíbe el primero. Pero en ambos sistemas el conocimiento de la parte se utiliza de manera eficiente como medio de prueba, sin que esto signifique que se le otorgue a la declaración del acusado valor de plena prueba, pues, por el contrario, el moderno derecho penal desconfía de la confesión cuando no se encuentra respaldada por otros medios de convicción, y la rechaza cuando no aparezca demostrado el cuerpo del delito.

Esta utilización con fines procesales y probatorios del saber de la parte es de lógica elemental, y no hay razón para que sea diferente en el proceso penal y en el civil, en el laboral o en el contencioso-administrativo. Con todo, el criterio privatístico que dominó en el procedimiento civil europeo y, por extensión, en América del Norte y del Sur,

hasta comienzos del presente siglo, sumado a la forma rigurosamente escrita que durante el mismo tiempo lo caracterizó (excepto en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América), condujo a limitar a un mínimo el interrogatorio de la parte para fines probatorios o simplemente aclarativos. De ahí que todavía en muchos de los Códigos de procedimiento civil dicho interrogatorio le está vedado al juez oficiosamente y se restringe a cuestionarios redactados por el adversario y limitados en el número de las preguntas y en la forma o contenido de ellas, en diligencia juramentada conocida generalmente con la denominación de *posiciones*, cuya utilidad resulta muy precaria. Pareciera que los legisladores consideraran un atentado contra la libertad y dignidad individuales el libre interrogatorio de las partes para fines civiles, que aceptan como obvio e indispensable en el proceso penal, a pesar de que reconocen como fundamentales para ambos procesos los principios de inmediación, probidad y lealtad en el debate judicial.

La prohibición del libre interrogatorio de las partes por el juez en el proceso civil, es un rezago del concepto, revaluado desde hace ya casi un siglo, del juez como simple árbitro en la contienda procesal y de la tutela del interés individual como fin del proceso. Las limitaciones al interrogatorio de una parte por la otra no tienen justificación lógica ni explicación satisfactoria, ni siquiera dentro de la concepción privatística del proceso civil, que puede explicar la inactividad del juez, pero no las restricciones al uso de medios lícitos de prueba por las partes (a nadie se le ocurrirá decir que sea ilícito interrogar al adversario sobre el conocimiento que tenga de los hechos que configuran el litigio). No puede existir un derecho a callar la verdad ni a ocultarla, cuando el Estado interviene en ejercicio de su función jurisdiccional; en cambio, existe el deber de lealtad, veracidad y probidad para toda persona que concurra a un proceso, cualesquiera que sean su naturaleza y finalidad.

En el moderno proceso civil, considerado como instrumento para la paz y la armonía sociales, con un fin de interés general y sólo secundariamente de tutela de los derechos e intereses individuales, esas restricciones al empleo del interrogatorio de las partes por el juez y por el adversario, resultan ilógicas e inconvenientes.

Al respecto observa atinadamente CAPPELLETTI<sup>2</sup>, que la parte es el sujeto mejor informado del caso concreto que en el juicio se debe examinar. "De ahí la inderogable necesidad, que en todos los ordenamientos civiles existe, de utilizar a la parte como fuente de prueba." Puede decirse que en este punto existe un acuerdo general en la doctrina jurídica moderna. El mismo profesor italiano manifiesta, un poco más adelante<sup>3</sup>, que es indispensable transformar el libre interrogatorio de las partes en el proceso civil, de instituto ignorado o pro-

<sup>2</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., pág. 3.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., págs. 17-18.

hibido, en el instituto principal de la instrucción probatoria, o cuando menos en uno de los principales, para utilizar adecuadamente el saber de las partes en la formación del convencimiento del juez. En otro lugar lo califica como la conquista más importante del moderno proceso civil<sup>4</sup>. En el mismo sentido advierte SILVA MELERO<sup>5</sup> que en el derecho contemporáneo existe la tendencia muy importante a sustituir la confesión formal por el interrogatorio libre de las partes, valorado libremente por el juez. De igual opinión es Vittorio DENTI<sup>6</sup>, y en el Perú, Mario ALZAMORA VALDEZ<sup>7</sup>.

El libre interrogatorio de las partes ha sido introducido, entre otros, en los códigos de procedimiento civil de Finlandia (1928), Dinamarca (1916), Alemania (1933), Portugal, Italia (1940), Francia (1916), El Vaticano (1916), Austria (1895), Suiza (1947), Suecia, Japón, Noruega, Turquía, Inglaterra, EE. UU. de Norte América, Rusia, Alemania Oriental, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia. El art. 378 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación (1967), permite al juez ordenar, de oficio, este libre interrogatorio de las partes; lo mismo ocurre en el C. de P. C. y Co. para la Provincia de Santa Fe (arts. 19 a 21 y 165).

Esta facultad del juez es lógica consecuencia de la facultad más general para decretar oficiosamente pruebas en el proceso civil, que en todos los códigos modernos se consagra (*cfr.*, núms. 23-24). Por consiguiente, puede decirse que tiene el respaldo de los autores que acogen ese aspecto inquisitivo del proceso civil (*cfr.*, núm. 23). También es necesaria consecuencia del principio, universalmente aceptado, de la intermediación o contacto personal del juez con las partes y el material probatorio, como medida indispensable para una recta justicia (*cfr.*, núm. 31, punto 13).

Precisamente, la ventaja más importante que ofrece el proceso civil oral, que según el criterio moderno consiste básicamente en la oralidad del debate probatorio, radica en facilitar ese interrogatorio libre de las partes por el juez, con juramento o sin él<sup>8</sup>.

La formalidad del juramento es secundaria, y su importancia radica solamente en el estímulo que para decir la verdad puede existir en las creencias religiosas del declarante y en la amenaza de una sanción penal, en caso de probarse la falsedad, pero para los efectos del

<sup>4</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., págs. 19, 46, 195, 202. Últimamente reafirma sus puntos de vista, en su magnífica obra *Processo e Ideologie, Interrogatorio della parte e principi fondamentali del processo civile nell' Europa comunista*, Bologna, 1969, págs. 35-98.

<sup>5</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, págs. 159-168 y 173.

<sup>6</sup> VITTORIO DENTI: Reciente estudio sobre *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1965, t. I, págs. 10-30.

<sup>7</sup> MARIO ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil, Teoría del proceso ordinario*, ed. Tipografía Peruana, Lima, 1966, págs. 156-157.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., págs. 195-228.

proceso en que tiene lugar el interrogatorio, es suficiente la libertad para formular las preguntas y valorar las respuestas en su contenido probatorio.

En los números siguientes examinaremos las varias modalidades que puede revestir el interrogatorio de las partes por el juez, en el proceso civil.

#### 149. 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 obtener mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin una finalidad específica probatoria, por lo cual excluye necesariamente el juramento del interrogado y tiene ocurrencia antes del período probatorio; empero, no implica reforma ni adición de la demanda o del escrito de excepciones (el último está sujeto a término preclusivo), ni vincula al juez para efectos de la congruencia de sus decisiones<sup>9</sup>.

Este instituto procesal civil tiene un origen antiquísimo, ya que se encuentra en el derecho romano (*ad clarificandum dubium seu dubia circa merita causa*), como se deduce de este pasaje del Digesto (XI, 1, 21): "*Ubiqumque indicem sequitas moverit, acque oportere fieri interrogationem dubium non est*", fragmento en el cual se inspiró la *Clementina Saepe* que reglamentó el proceso sumario en el año 1306, como recuerda CAPPELLETTI<sup>10</sup>. Más tarde fue acogido por las legislaciones de origen latino, como la francesa y la italiana, lo mismo que por los países de lengua alemana, que antes lo habían aplicado en los procesos comunes. Es, conforme observa CAPPELLETTI<sup>11</sup>, una manifestación de la oralidad procesal, pero puede operar en un procedimiento escrito, a condición, naturalmente, de que se deje la versión escrita de la diligencia. Está consagrado también en el C. de P. C. y Co. para la Provincia argentina de Santa Fe (art. 19).

Con este interrogatorio no persigue el juez formar su convencimiento sobre la realidad de los hechos, sino procurar un contacto personal con las partes, una mejor intermediación para un adecuado conocimiento de causa, que le permita decidir con equidad y acierto. No se trata de tomar una prueba, ni de recibir una declaración informativa representativa, como sucede en la confesión o el testimonio, sino de

<sup>9</sup> CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralita*, páginas 62-64 y 202-207.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, pág. 65.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, pág. 63.

precisar la declaración de voluntad de la parte en el planteamiento del litigio <sup>12</sup>.

Para que pueda efectuarse un interrogatorio de éstos, es indispensable que la parte tenga capacidad jurídica general y, por lo tanto, procesal, aun cuando sus declaraciones no sean consideradas como confesión ni como reforma o adición de la *causa petendi* de la demanda: por ello, en los procesos en que las partes necesitan obrar por conducto de sus representantes legales, sólo es posible el interrogatorio de éstos.

No es concebible este interrogatorio con el apoderado judicial de la parte, porque pierde su finalidad esencial.

Esta facultad del juez para interrogar de oficio a las partes con una finalidad meramente aclarativa del contenido y los fundamentos del litigio, es perfectamente compatible con el proceso civil dispositivo, ya que no se trata de obtener pruebas por iniciativa propia, ni de modificar las pretensiones o excepciones formuladas por el demandante y el demandado, sino de precisar el verdadero contenido de sus alegaciones, como observan CASTRO MENDES y CAPPELLETTI <sup>13</sup>. En el proceso civil moderno, orientado con un criterio publicitario de una sentencia justa y acertada, tal facultad resulta apenas obvia y natural, por lo cual la encontramos consagrada, entre otros, en los códigos de Italia, Alemania, Austria, Suiza, Inglaterra, Estados Unidos de Norte América; pero no se le debe asignar un fin exclusivamente aclarativo, como en seguida lo veremos.

El interrogatorio aclarativo presta, además, otro importante servicio al proceso civil; le permite al juez un mejor conocimiento de las partes y, por lo tanto, la valoración de su conducta con el fin de obtener argumentos de prueba para la formación de su criterio sobre los hechos de la causa. En otros lugares hemos llamado la atención sobre la necesidad de que el juez civil tenga en cuenta la conducta general de las partes en el proceso, como factor importante en la formación de su convencimiento sobre los hechos controvertidos, con apoyo en los principios generales de la buena fe, la probidad y la lealtad procesales (*cf.*, núms. 31, 86, 89). Sabemos que son argumentos de prueba los que el juez extrae del conjunto de pruebas allegadas al proceso, o de una o varias de ellas, para determinar su fuerza o valor probatorio en la formación de su conocimiento (*cf.*, núms. 64 y 86); y precisamente la conducta de las partes suministra valioso material para este fin, por lo cual algunos códigos modernos, como el alemán y el italiano, consagran expresamente la facultad del juez civil para deducir argu-

<sup>12</sup> CAPPELLETTI: *Ob. cit.*, t. I, págs. 48-77; CARNELUTTI: *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. II, núm. 441, págs. 85-86.

<sup>13</sup> JOAO DE CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, ed. cit., págs. 155-156; CAPPELLETTI: *Ob. cit.*, t. I, págs. 73-74.

mentos de prueba de la conducta de las partes durante el proceso con valor de indicios o presunciones simples.

Creemos que no hace falta norma legal para deducir argumentos de prueba de la conducta de las partes, porque se trata de consideraciones lógicas y psicológicas para la valoración del material probatorio, que se deben tener en cuenta necesariamente cuando la ley otorga libertad completa o parcial para ello (lo último en sistemas de tarifa legal atenuada, como el nuestro, por ejemplo), en la apreciación de los testimonios, de los indicios, del contenido de documentos de redacción imprecisa o de confesiones equívocas y de respuestas ambiguas a los hechos de la demanda o de las excepciones. Este criterio ha sido aplicado por la jurisprudencia italiana. En efecto, no obstante que el art. 117 del C. de Pr. C. de Italia regula el interrogatorio informal de las partes para fines únicamente aclaratorios, lo cual excluye que las declaraciones que así se rindan tengan el valor de confesión judicial, se ha aceptado que el juez puede obtener de ellas argumentos de prueba que le sirvan como fuente subsidiaria de convicción para valorar la prueba recibida, como presunciones simples<sup>14</sup>.

Existe, por consiguiente, una función probatoria del interrogatorio de las partes, inclusive cuando la norma legal que lo regula le asigna una simple función aclarativa. De ahí que CAPPELLETTI hable de "la función eventual y secundaria (indirectamente probatoria) del interrogatorio para clarificación", como fuente de argumento de prueba, que le reconocen la jurisprudencia y la doctrina italiana, alemana y francesa, mediante la libre valoración del juez<sup>15</sup> y esto porque es imposible separar su función meramente aclarativa de una función informativa representativa de los hechos narrados por las partes, ya que al aclarar la controversia contribuye a la formación del convencimiento del juez sobre los hechos que la conforman. Esta función probatoria resulta más eficaz en los procesos que hayan adoptado el sistema de la libre apreciación de la prueba por el juez, pero también puede darse en los de tarifa legal atenuada, como lo acabamos de explicar.

Creemos que no se justifica asignarle al interrogatorio informal de las partes un fin exclusivamente aclarativo, no sólo porque es inevitable reconocerle esa 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; y si el juez tiene libertad de valoración, se les debe reconocer también el carácter de testimonio de parte, sujeto a la libre crítica del funcionario, en lo favorable al interrogado, como más adelante veremos (*cf.*, núm. 150).

<sup>14</sup> AURELIO SCARDACCIONE (juez del Tribunal de Bari): *Le prove*, colección Giurisprudenza Sistemática Civile e Commerciale, Torino, 1965, núm. 115, pág. 308.

<sup>15</sup> CAPPELLETTI: *Ob. cit.*, t. I, págs. 77-102 y 202-207.



Puesto que esas declaraciones precisan el contenido de los hechos de la pretensión y la excepción, deben tener el mismo valor que las contenidas en la demanda y el escrito de excepciones (en Colombia el de confesión; C. de P. C. art. 607). No vemos cómo pueda desatender el juez en la sentencia el conocimiento de los hechos que haya obtenido por ese medio.

CAPPELLETTI llama la atención, precisamente, sobre la grave dificultad práctica de separar esas dos funciones en el interrogatorio de parte y de distinguir entre la simple alegación del hecho desfavorable y su confesión espontánea, especialmente en sus efectos, cuando el ordenamiento legal le reconozca a la admisión el valor de confesión espontánea. Esto ha originado una marcada tendencia en la doctrina moderna, en favor de la fusión de los institutos del interrogatorio informal aclaratorio y el interrogatorio con fines de prueba<sup>16</sup>. De ahí que, como recuerda el mismo autor, la jurisprudencia y la doctrina, si bien le niegan a la *contra se declaratio*, hecha en interrogatorio informal, un efecto vinculante de plena prueba, le reconoce valor probatorio sujeto a la libre valoración del juez<sup>17</sup>.

Pero debe tenerse en cuenta que esta doctrina impone reconocerle valor probatorio a toda declaración de parte, no solamente en lo desfavorable al declarante, sino en lo que puede favorecerlo, naturalmente como prueba incompleta y nunca como plena, cuyo mérito se fija de acuerdo con una libre apreciación del juez, es decir, como prueba libre y no como prueba de tarifa legal, lo cual constituye una revisión de la máxima romana *nemo testis in re sua auditur*, según luego veremos (*cf.*, núm. 150).

## 150. Interrogatorio de la parte 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 del 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 Civil francés y de éste a todos los posteriores.

Durante siglos se consideró este interrogatorio como instrumento para obtener la confesión judicial de las partes, es decir, para el reconocimiento de hechos desfavorables al interrogado, en razón de que desde los tiempos del derecho romano se negaba todo valor probatorio a la declaración de parte favorable a sus intereses, de acuerdo con las

<sup>16</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, págs. 81-88.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, pág. 89; en la nota 22 cita sentencias de casación de 1957 y 1958 y a CARNELUTTI, CALAMANDREI, LIEBMAN, SATTI y otros.

conocidas máximas *nemo (o nullus) idoneus testis in re sua intelligitur, nemo testis in re sua auditur, nemo in propria causa testis esse debet*. Esto concordaba con la regulación legal de su valor probatorio, como plena prueba de fuerza vinculante para el juzgador. Pero el moderno derecho exige someter esta prueba, como las otras, al libre criterio del juez, y, por lógica consecuencia, de restituírle su naturaleza de declaración, válida también en lo favorable al declarante, aun cuando, como es natural, sin alcance de plena prueba en esta parte y sujeta a una rigurosa y libre crítica del funcionario, como más adelante explicaremos (*cfr.*, punto *b* y núm. 163).

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 aspectos y con juramento, ejemplo del cual son las llamadas posiciones.

*a*) INTERROGATORIO INFORMAL DE PARTE CON FINES ESPECÍFICOS DE PRUEBA. Algunos códigos de procedimiento civil modernos, como el italiano, han consagrado el interrogatorio informal de las partes, con una función principalmente aclarativa, según lo explicamos en el número anterior. Sin embargo, lejos de existir obstáculos lógicos o jurídicos para regularlo como medio específico de prueba, por iniciativa oficiosa del juez y con mayor razón a solicitud de parte, consideramos que debiera incluirse en todos los códigos como un importante instrumento para superar la etapa del sistema dispositivo riguroso para el proceso civil, otorgándole a las declaraciones de las partes el valor que tienen cuando las formulan en una absolución de posiciones o en la demanda o en el escrito de excepciones y en sus contestaciones (en éstas cuando, como sucede en Colombia, la admisión de hechos tiene el valor de confesión; C. de P. C. art. 607): en otras palabras, asignándoles el valor de confesión, si se reconocen hechos desfavorables al interrogado, o de testimonio en lo favorable al declarante, pero en ambos casos sometiendo sus resultados a la libre valoración del juez (*cfr.*, punto 5º de este número).

Como antes se dejó dicho, este interrogatorio informal con fines específicos de prueba se encuentra ya, entre otros, en el procedimiento civil de Francia, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos de Norte América, Suiza, Japón, Dinamarca, Noruega, Turquía, Suecia, Finlandia, Rusia, Alemania Occidental, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia. En Argentina fue incluido en el nuevo C. de P. C. y Co. para la justicia nacional (arts. 415 y 448).

Como en el número anterior lo advertimos, la doctrina moderna está de acuerdo en reconocerle al interrogatorio informal de parte el valor probatorio que el juez le asigne, mediante una crítica libre del

contenido de las declaraciones. CAPPELLETTI<sup>18</sup> lo define como libre testimonio de la parte, distinto del que tiene simples fines aclarativos, y considera que por ello cumple una función probatoria, no ya secundaria e indirecta, sino principal de fuente directa de prueba, como verdadero testimonio libremente valorado por el juez.

Idéntica opinión encontramos en Leonardo PRIETO CASTRO<sup>19</sup>, quien recuerda que en el antiguo derecho español existió este importante instituto, como se deduce del siguiente precepto incluido en la Ley 3<sup>a</sup>, del título XIII, de la Partida III, referente a la prueba por preguntas o posiciones: "*E puédela fazer (la pregunta, el juez), fasta quede el juyzio (es decir en cualquier momento) después que el pleyto es comencado por demanda, e por espuesta*"; "*e aun la vna parte a la otra ante el juzgador*", y SILVA MELERO<sup>20</sup> observa, en igual sentido, que en el derecho moderno existe una tendencia definida a sustituir la confesión formal por el interrogatorio libre de las partes, valorado libremente por el juez, y considera que es uno de los más importantes progresos de la doctrina procesal civil. De igual opinión es Luis MUÑOZ SABATE<sup>21</sup>.

En un proceso civil oral es más fácil la introducción de este instituto, pero, como vimos en el número anterior, tiene perfecta cabida en el sistema escrito riguroso, ya que para ello basta que se deje la relación escrita de la diligencia, tal como se hace con las actuales posiciones. En un sistema total o parcialmente inquisitivo, que trate de aplicar la inmediación, resulta apenas lógico el otorgarle al juez la facultad de interrogar oficiosamente a las partes, con fines específicos de prueba; pero en un sistema estrictamente dispositivo puede introducirse también, siempre que la parte contraria solicite el interrogatorio y presente el cuestionario libremente elaborado, si es un proceso escrito, o lo formule personalmente en la audiencia, si se trata de sistema oral.

La doctrina y las legislaciones que lo han adoptado concuerdan en asignarle a este interrogatorio informal de la parte, las siguientes características<sup>22</sup>:

1<sup>a</sup>) *Libertad de iniciativa del juez* para ordenar oficiosamente el interrogatorio, la cual es apenas obvia en los procesos modernos inquisitivos, pero también es compatible con los dispositivos atenuados, especialmente, como medio para mejor proveer; además, puede coin-

18 CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, págs. 201-208.

19 PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, t. I, págs. 206-223.

20 SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, págs. 159, 168 y 173.

21 MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria*, Edit. Praxis, Barcelona, 1967, página 259.

22 CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, págs. 198-202.

cidir con la facultad para las partes de solicitarlo como prueba, sea que se deje al juez la elaboración de las preguntas en diligencia oral, o que se permita al solicitante su formulación oral en audiencia o en escrito previo, si el procedimiento es escrito (en el último caso sería una especie de posiciones libres).

2ª) *Libertad de formas*. Vale decir, que el juez pueda interrogar de acuerdo con su criterio, sin sujetarse a determinada redacción de las preguntas, ni a que éstas deban versar sobre hechos personales, sino procurando obtener la máxima información del conocimiento que la parte tenga sobre los hechos del litigio o del proceso voluntario.

3ª) *Inmediación absoluta*. Es decir, que sea el mismo juez quien formule el interrogatorio, requisito que puede cumplirse en un procedimiento escrito, pero que se realiza más eficazmente en uno oral.

4ª) *Finalidad directa y principalmente probatoria*, en lo cual se distingue del interrogatorio informal *ad clarificandum*, que también reúne las cuatro primeras características.

5ª) *Libertad de valoración del resultado probatorio por el juez*. Tanto en lo favorable como en lo desfavorable para el interrogado, de modo que su fuerza de convicción resulte de una sana crítica, mediante la cual puede llegar a asignarle el valor de plena prueba, en cuanto a los hechos perjudiciales, y de indicio más o menos grave respecto a los demás.

6ª) *El juramento resulta innecesario*. Desde el momento en que se suprime la tarifa legal de plena prueba para la confesión y en que se permite al juez valorar el mérito indiciario de la declaración favorable, es innecesario el juramento, pero no es incompatible con el instituto, puesto que no se opone a la debida aplicación de las cinco primeras características, que son las fundamentales. Por esto CAPPELLETTI nos habla del interrogatorio "libre y jurado" de la parte en el proceso oral<sup>23</sup> y lo encontramos en el procedimiento anglosajón y germánico, entre otros.

No obstante, puede concebirse una regulación legislativa del interrogatorio informal con limitaciones, en cuanto al sujeto que lo produce (si se exige que haya solicitud de parte) y a la valoración de su resultado (si se otorga el valor de plena prueba a la confesión que llegue a producirse). El instituto sería de mucha utilidad, a pesar de que la lógica jurídica y la conveniencia práctica exigen que se le reconozcan también esas dos libertades. En Francia, por ejemplo, existe con juramento y tarifa legal para la confesión así obtenida, lo que le da cierto carácter ambiguo; en cambio, en Inglaterra, Estados Unidos de Norte América, Austria y otros países, la declaración de la parte en el libre interrogatorio se asimila al testimonio de terceros (testimonio jurado de la parte como prueba libre), en cuanto puede ser libremente

23 CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, págs. 208-228.

valorado por el juez, tanto en lo favorable como en lo desfavorable al interrogado<sup>24</sup>.

Somos partidarios de su introducción en todos los Códigos de procedimiento civil, con absoluta libertad de formas y de valoración, con iniciativa del juez, pero con derecho de las partes a solicitarlo, con intermediación y oralidad, y conservando el juramento y la sanción penal para el perjurio, como incentivo para una mayor veracidad y probidad en las declaraciones.

Naturalmente, este libre interrogatorio de las partes no afecta en absoluto el principio de la congruencia, porque no se trata de aportar nuevos hechos al proceso, sino de investigar mejor los que presentan las partes como fundamento de sus pretensiones y excepciones.

b) INTERROGATORIO FORMAL DE PARTE, CON FINES PROBATORIOS.

Esta clase de interrogatorio de parte puede dividirse teóricamente en varias subespecies.

1ª) Una de riguroso formulismo que incluye juramento previo y tarifa legal de confesión judicial, limitada a la iniciativa de la parte, que exige determinada redacción de las preguntas, para que, por ejemplo, puedan ser contestadas con un "sí, es cierto", o "no es cierto", que regula el objeto de éstas (hechos personales o de los cuales se tiene conocimiento) y que limita su número, tal como ocurre en las llamadas "posiciones" del procedimiento civil, que se encuentran en casi todos los Códigos de países sudamericanos y en algunos europeos como el español y el italiano (en éste coincide con el libre interrogatorio *ad clarificandum*);

2ª) Otra menos formulista, que permite mayor libertad en la redacción de las preguntas, pero que impone algunas restricciones, como la iniciativa de parte, el requisito del juramento y la tarifa legal para la valoración de la confesión así obtenida;

3ª) Una tercera, que no obstante exigir la iniciativa de parte, el juramento y ciertas restricciones formales y de contenido, deja al juez la libre valoración de las declaraciones;

4ª) Por último, una similar a la anterior, en que se autorice al juez para decretarlo de oficio o a solicitud de parte (la facultad inquisitiva no se compagina lógicamente con la tarifa legal y las formalidades de redacción o contenido de las preguntas, pero puede concebirse un sistema ecléctico que así lo disponga). Esta forma es aplicable en Argentina, de acuerdo con los arts. 378 y 415 del nuevo C. de Pr. C. y Co. para la justicia nacional.

Generalmente se identifica el interrogatorio formal de parte con la confesión de tarifa legal; pero creemos que no existe impedimento

<sup>24</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, págs. 195-208 y especialmente el tomo segundo, en el cual se examina la regulación legislativa del instituto en los países anglosajones y germanos, Rusia y los países satélites de ésta, Suiza y Francia.

jurídico alguno para que aquél (y la confesión judicial en general) coincida con un sistema de libertad de apreciación de la prueba; puede ser formalmente regulado y de libre valoración o formalmente libre y estar sometido a tarifa legal, aun cuando lo último no es lógico ni aconsejable.

En el derecho romano existió primero la libre interrogación de las partes, que más tarde fue sustituida por el interrogatorio formal *per positiones*<sup>25</sup>; ambos se encuentran en el antiguo derecho español (Partida III, título XII), mientras en el derecho común europeo se le dio preponderancia exclusiva a las *positiones*, que luego fueron introducidas en la mayoría de los códigos civiles y de procedimiento civil posteriores a la revolución francesa, por influjo del Código de Napoleón, como el civil italiano de 1865, el alemán de 1887 y los de procedimiento civil español de 1830, 1855 y 1885.

El interrogatorio formal de las partes ha sido considerado, según vimos, como un instrumento para obtener su confesión o el reconocimiento de hechos desfavorables; pero en realidad es un medio de llevar al proceso el conocimiento que aquéllas tengan de los hechos que interesan al litigio, tanto en lo favorable como en lo desfavorable a sus intereses. La confesión, entendida en sentido restrictivo como reconocimiento de hechos desfavorables, es una especie de declaración de parte y puede resultar o no del interrogatorio judicial, puesto que bien puede suceder que el interrogado afirme únicamente hechos que lo benefician. Pero del interrogatorio pueden surgir en contra del interrogado, además de la confesión, importantes argumentos de prueba, con valor de indicios libremente valorables por el juez, basados no sólo en la conducta que aquél haya tenido en la diligencia, comparada con la que haya observado durante el proceso en general, sino en su sinceridad, en sus reticencias y en las afirmaciones que aparezcan como falsas en virtud de las demás pruebas, etc., y esto tanto en el proceso penal (crítica de la indagatoria) como en el civil (interrogatorio libre o posiciones reguladas). Por eso hemos dicho que en el derecho moderno existe una firme tendencia, propiciada por los principales procesalistas, a someter los resultados del interrogatorio de parte a la libre valoración del juez, con lo cual se permite que pueda ser fuente de argumentos de prueba en favor o en contra del interrogado o absolvente (*cf.*, núms. 147-148).

En el antiguo derecho común europeo se separaron durante mucho tiempo la confesión judicial y el juramento, pues la primera era considerada como manifestación injurada de hechos desfavorables, mientras que el segundo se limitaba al llamado decisorio, que era más que un medio de prueba, una manera de ponerle fin al litigio, por disposición acorde de las partes, ya que una lo proponía y la otra la

<sup>25</sup> SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, pág. 170; SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1954.

rendía, sobre hechos comunes. Resultaba de ese modo, como lo observa PRIETO CASTRO<sup>26</sup>, que la simple confesión provocada con el interrogatorio era insuficiente y que el único juramento admitido era demasiado peligroso, pues equivalía a "entregar el fallo del negocio a la conciencia de la contraparte", por lo cual cayó en desuso absoluto muy pronto. Para corregir esa situación se acudió en la práctica al expediente de solicitar el juramento no *diferido o indecisorio*, bien sea calificándolo así expresamente o manifestando estar sólo a lo favorable de la declaración jurada. Nace así la confesión judicial jurada provocada por el interrogatorio formal bajo juramento, generalmente denominado *posiciones* (interrogaciones, en la ley de Enjuiciamiento Civil Española). Como dice el citado autor, "para provocar la declaración, se conserva el vehículo disponible, interrogatorio o posiciones; y para aseverarla, la historia suministra el juramento".

Las posiciones aparecieron en España en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se conservaron con algunas modificaciones en la ley de 1881 y de allí pasaron al Código de Procedimiento Civil colombiano (*cfr.*, núm. 174); también fueron consagradas en los códigos italiano y francés. En cambio, el alemán de 1877 desconoce las posiciones y la Novela de 1933 introduce en su lugar el interrogatorio no formal de las partes, que todavía subsiste y que se ha extendido a otros países como ya hemos visto.

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 formalmente reguladas, tal como está consagrado todavía en los códigos italiano, español, colombiano (C. P. C. arts. 610-634), Venezolano (C. P. C. arts. 296-300) y de otros países de Sudamérica, con restricciones de contenido, de objeto y de redacción de las preguntas (en Colombia se limita además el número de preguntas), que le quitan la mayor parte de su utilidad, por lo cual, como en varios lugares hemos explicado, la doctrina moderna reclama su sustitución por el interrogatorio libre e informal<sup>27</sup>. Lo lógico es permitir un interrogatorio libre en su forma y contenido, excepto en cuanto a la pertinencia de los hechos sobre los cuales verse, y decretado oficiosamente por el juez en cualquier momento del proceso hasta la sentencia o a solicitud de partes dentro del término probatorio, pero en ambos casos con rigurosa intermediación y libertad de valoración de sus resultados por el juez. El requisito del juramento es secundario, aunque es mejor mantenerlo para darle ese estímulo al cumplimiento del deber de veracidad y lealtad que pesa sobre las partes, por el temor a la sanción en caso de perjuicio y por motivos religiosos.

<sup>26</sup> PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios*, ed cit., t. I, pág. 210.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI: *Ob. cit.*, t. I, pág. 95; SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, pág. 169; PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, t. I, pág. 223.

Al tratar de la prueba de posiciones volveremos sobre este tema (*cfr.*, núm. 174).

### 151. La confesión propiamente dicha

Hemos visto que la confesión es una declaración de parte, entendida ésta en un sentido formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídica procesal en la condición de demandante, demandado o tercero interviniente. Sin embargo, no todas las declaraciones de parte implican una confesión, pues también hay declaraciones de parte en documentos extraprocesales de naturaleza contractual o simplemente probatorio, caso en el cual integran el contenido de éstos, y en esta forma asumen la índole propia de prueba documental. El caso de las declaraciones hechas en escritos procesales, como el de demanda o excepciones, es especial, ya que pueden contener confesiones y admisiones o reconocimientos de hechos (*cfr.*, núms. 44 y 156). Además, una declaración oral de parte puede ser totalmente favorable a quien la hace o referirse a cuestiones de derecho, en cuyo caso tampoco contendrá una confesión, según lo explicaremos más adelante.

Es necesario, por lo tanto, distinguir entre declaración de parte (género) y confesión (especie); toda confesión es una declaración de parte, pero ésta no es siempre una confesión.

También es indispensable distinguir entre la confesión y el juramento, no sólo porque aquélla puede ocurrir sin la formalidad del juramento (confesión extrajudicial y la judicial obtenida mediante interrogatorio informal e injurado, o en memoriales cuando la ley procesal la contempla, como sucede en el artículo 607 del C. de Pr. C. colombiano), sino porque en los sistemas legislativos suele distinguirse la prueba de confesión judicial mediante interrogatorio juramentado, de la prueba especial de juramento deferido, supletorio y estimatorio (*cfr.*, cap. XXII).

Debemos, pues, precisar el concepto de confesión y a tal fin destina-remos los números siguientes.

### 152. Requisitos para la existencia de la confesión

Es muy común mencionar la famosa frase en la que TANCREDI reunió los elementos esenciales de la confesión, en su obra "De confessione": *major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit et hostis certum, litisque, favor, jus neo natura repugnet*, es decir: que provenga de quien es mayor de edad; que sea espontánea; que sea consciente, que sea contra sí mismo; que se haga ante juez competente y en presencia de la parte contraria, o que conste en el proceso y se comuniqué a ésta; que recaiga sobre cosa cierta; que se haga en juicio; que favorezca a la parte contraria; que no vaya contra la naturaleza o la ley.



Estos requisitos de la confesión estaban consagrados mucho antes en las antiguas Partidas que estructuraron el derecho español, como puede verse en la ley 4ª, título 13, partida 3ª, por lo cual parece que TANCREDI las tomó de éstas.

En esa lista de requisitos se incluyen los necesarios para su existencia jurídica, algunos que se refieren a su validez y, por último, los que contemplan simplemente su eficacia probatoria. También los autores posteriores, y aun muchos contemporáneos, estudian esta materia sin distinguir las varias clases de requisitos, su diferente importancia y los diversos efectos jurídicos que su ausencia produce.

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; c) requisitos para su eficacia probatoria. Una cosa es saber cuándo existe confesión y otra cuándo tiene valor y 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.

Examinaremos a continuación los requisitos para la existencia de la confesión en general, es decir, judicial y extrajudicial.

a) DEBE SER UNA DECLARACIÓN DE PARTE. Las declaraciones pueden provenir de quienes están reconocidos como partes en el proceso en que se aducen (demandantes, demandados, sucesores procesales, intervinientes *ad excludendum* o litis-consorciales, intervinientes ocasionales en incidentes o para cuestiones específicas<sup>28</sup>, o de otras personas, es decir, de terceros que no hayan intervenido en alguna de estas calidades. En el primer caso pueden contener confesiones y en el segundo se tratará siempre de testimonios o dictámenes periciales.

No puede existir una confesión de quien no es parte inicial o posterior en el proceso. Es frecuente decir también que no puede haber testimonio de parte, por lo cual las declaraciones que ésta haga, favorables a su causa, se consideran jurídicamente irrelevantes, esto es, sin mérito probatorio alguno. Así, GORPHE<sup>29</sup> dice que las declaraciones de parte son confesiones o defensas, pero nunca testimonios. Esta opinión prevaleció en la doctrina durante mucho tiempo, fundada en las conocidas máximas romanas: *nemo testis in re sua auditur, nemo (o nullus) testis in re sua intelligitur, nemo in propria causa testis esse debet*<sup>30</sup>. Pero este concepto se encuentra revaluado en el derecho moderno, y actualmente se acepta el testimonio de parte, sometido a la libre valoración del juez, no sólo en lo desfavorable sino en lo favorable al declarante, como una de las conquistas importantes del derecho procesal

<sup>28</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. II, núms. 331-356, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, 1967, núms. 165-203.

<sup>29</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1955, pág. 152.

<sup>30</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 391, pág. 403; BONNIER: Ob. cit., t. I, número 134, pág. 218; RICCI: Ob. cit., t. II, núm. 233, pág. 91.

civil, aun cuando se le asigna un mayor mérito probatorio en el primer caso.

La confesión debe provenir de quien es parte en el proceso actual y, por lo tanto, la declaración de quien lo fue en otro proceso como litisconsorite o adversario de una de las partes, o de quien tuvo la condición de representante o apoderado de éstas en ese proceso, es testimonio, mas no confesión. Lo propio ocurre con la declaración de quien fue apoderado o representante de una parte en el mismo proceso en que la rinde. En el proceso penal está limitada al imputado; el querellante, la parte civil y el ministerio público no pueden confesar<sup>31</sup>, su declaración es un testimonio.

b) DEBE SER DECLARACIÓN PERSONAL, A MENOS QUE EXISTA AUTORIZACIÓN LEGAL O CONVENCIONAL PARA HACERLA A NOMBRE DE OTRO. Las partes pueden obrar en el proceso personalmente o por conducto de representantes legales o mandatarios convencionales. En principio, es requisito para que exista confesión judicial o extrajudicial, que ésta emane directamente de la misma parte, no de su apoderado o representante; sin embargo, los incapaces y las personas jurídicas pueden confesar por intermedio de sus representantes legales, cuando la ley los autoriza y dentro de los límites en ella señalados, e igualmente, en algunos códigos, como el colombiano, el apoderado judicial puede confesar cuando ha recibido autorización para ello; otros códigos, como el español, rechazan la confesión del apoderado<sup>32</sup>.

El C. de P. C. colombiano consagra expresamente la confesión del representante legal o convencional y del apoderado judicial, en los artículos 607 y 622. Lo mismo el art. 405 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la justicia nacional y en el art. 158 del mismo C. para la provincia argentina de Santa Fe.

Los representantes legales pueden confesar no sólo hechos de sus representados, 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 sustituido, 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 (cfr., núm. 169).

c) DEBE TENER POR OBJETO HECHOS. Este requisito es consecuencia natural del carácter de medio de prueba que tiene la confesión, por lo cual incurren en contradicción quienes lo exigen y a un mismo tiempo le niegan tal carácter. Objeto de la prueba judicial en general y de la confesión en particular son los hechos y no las normas de derecho, ni las alegaciones o razones jurídicas, ni los derechos o relaciones jurí-

<sup>31</sup> JORGE A. CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. V, núm. 1212, págs. 89-91.

<sup>32</sup> GUASP: Ob. cit., 1956, pág. 371, y 1962, pág. 354.

dicas. Se confiesan los hechos generadores de tales derechos o relaciones jurídicas<sup>33</sup>.

Cuando el demandado manifiesta que acepta las pretensiones de la demanda o el demandante las excepciones que aquél formula con una denominación determinada, están allanándose a aquéllas o a éstas, esto es, reconocen el derecho del contrario y renuncian a discutirlo, pero no confiesan en el sentido estrictamente jurídico de la noción; en cambio, si declaran ser ciertos los hechos de los cuales se deducen esas pretensiones o excepciones, estaremos técnicamente en presencia de una admisión (*cf.*, núm. 156). El art. 607 del C. de P. C. colombiano da el valor de confesión a la admisión de hechos en la demanda, las excepciones o sus contestaciones<sup>34</sup>. El art. 356 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la nación, permite considerar como confesión la aceptación o reconocimiento de hechos en la contestación de la demanda.

Algunos autores<sup>35</sup> consideran que el hecho debe ser controvertido, y excluyen los notorios y presumidos. Con todo, creemos que tal circunstancia hace innecesaria la confesión, lo mismo que cualquiera otra prueba de ese hecho, pero que no impide que llegue a existir y que sea válida, si se produce espontáneamente o provocada por interrogatorio. Puede suceder que la ley procesal considere inadmisibile el interrogatorio judicial de parte sobre hechos admitidos, presumidos o notorios (esto no ocurre en Colombia, ni en la Argentina ni en Venezuela); en este caso podrá el juez rechazar la admisión de la prueba, pero si a pesar de ello la decreta, existirá sin duda una confesión judicial en el caso de que el interrogado acepte hechos que lo perjudiquen.

La confesión puede versar sobre una relación jurídica, como un arrendamiento, un mutuo, una compraventa celebrados por el confesante, pero en ese caso en realidad existe una confesión abreviada de hechos simples, que se suponen implícitos en la denominación jurídica empleada por el confesante (como el recibo de la tenencia del inmueble con las obligaciones de arrendatario, o del dinero en calidad de préstamo). Es decir, con la denominación jurídica se están relatando los hechos que la configuran, como lo explicamos al tratar del objeto de la prueba en general (*cf.*, núms. 37 y 41).

*d) LOS HECHOS SOBRE QUE VERSA DEBEN SER FAVORABLES A LA PARTE CONTRARIA.* Creemos que éste es otro requisito para la existencia de la confesión. Sin embargo, es un punto discutido.

Algunos autores consideran que es un requisito para la eficacia probatoria de la confesión, pero no para su existencia, es decir, que

<sup>33</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1956, págs. 375-376, y 1962, pág. 358; LENT: *Diritto processuale civile tedesco*, Napoli, ed. italiana, 1962, pág. 178; SICARD: *La preuve en justice*, Paris, 1960, pág. 25.

<sup>34</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. V, núms. 672 y 782.

<sup>35</sup> GUASP: Cita anterior.

hay confesión inclusive cuando los hechos son favorables al declarante. Esta es la opinión de GUASP<sup>36</sup>, de LENT<sup>37</sup> y EISNER<sup>38</sup>.

La gran mayoría de los autores está de acuerdo en que sólo existe confesión cuando el hecho reconocido es desfavorable al declarante. Tal es la opinión de LESSONA<sup>39</sup>, quien cita en igual sentido a VARRON, PANTANO, MATTEIROLLO, AUBRY y RAU, GIORGI, ZACHARIAS, PESCATORE, y también de BONNIER<sup>40</sup>, de RICCI<sup>41</sup>, de CARNELUTTI<sup>42</sup>, de SILVA MELERO<sup>43</sup>, de ANTONIO ROCHA<sup>44</sup>, de GORPHE<sup>45</sup>, de ROSENBERG<sup>46</sup>, de Aurelio SCARDACCIONE<sup>47</sup>, de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA<sup>48</sup>, de Joao DE CASTRO MENDES<sup>49</sup>, de MOACYR AMARAL SANTOS<sup>50</sup> y de José Vicente CONCHA<sup>51</sup>.

Como atinadamente lo observa LESSONA<sup>52</sup>, ese carácter desfavorable del hecho se aprecia en el proceso y puede aparecer con posterioridad a la confesión y aunque en el momento de hacerla no exista, lo cual ocurre con frecuencia en la confesión extrajudicial. Creemos que también puede presentarse en la judicial cuando la ley le asigne dicho carácter al testimonio rendido en un proceso anterior en el cual no haya sido parte la persona que lo rindió, cuando en el nuevo proceso en que sí es parte, el hecho declarado le resulta desfavorable (sobre el carácter judicial de esa confesión existe desacuerdo en la doctrina y en las legislaciones, según veremos luego; *cfr.*, núm. 155).

<sup>36</sup> GUASP: Ob. y pág. citadas en el punto anterior.

<sup>37</sup> LENT: *Diritto processuale civile tedesco*, ed. italiana, Napoli, 1962, página 178.

<sup>38</sup> EISNER: *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, pág. 75.

<sup>39</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Edit. Reus, Madrid, 1928, t. I, núms. 370-373, págs. 385-389, y núm. 391, págs. 402-403.

<sup>40</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Madrid, 1929, t. I, núms. 345-347, págs. 556-557.

<sup>41</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, sin fecha, t. II, núm. 233, páginas 91-92.

<sup>42</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, núm. 3, pág. 8, y núm. 8, págs. 33-37, y *Lezioni di diritto processuale civile, Sistema e Istituzioni*, citas en el Apéndice de la primera, núm. XIV, pág. 225.

<sup>43</sup> SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, págs. 151 y 155.

<sup>44</sup> ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, Rosario, 1962-1963, pág. 124.

<sup>45</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, pág. 208.

<sup>46</sup> ROSENBERG: *Tratado*, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1953, t. II, pág. 214.

<sup>47</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Edit. Giurisprudenza Sistemática, Torino, 1965, núm. 105, pág. 278.

<sup>48</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 259 y 267.

<sup>49</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, págs. 556-557.

<sup>50</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciária no civil e commercial*, ed. cit., t. III, núm. 30.

<sup>51</sup> CONCHA: *Elementos de pruebas judiciales*, Librería Americana, Bogotá, 1893, págs. 110-111.

<sup>52</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 391, pág. 404, y cita a DIANA: *La confessione giudiziale nel processo civile*, Torino, 1901, núm. 30.

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, y, como no existe parte opositora que aduzca pruebas en contra de aquél, sólo puede presentarse la confesión judicial espontánea, por alegación del hecho en la demanda o en memoria posterior o durante una audiencia y siempre que sea obra de la misma parte o del apoderado con facultades convencionales o legales para confesar (*cfr.*, punto *b* de este mismo número), a menos que la ley autorice al juez para interrogar formalmente a la parte, lo cual no sucede en Colombia, pero sería muy conveniente en ciertas ocasiones.

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, de declaración de filiación natural después de muerto el padre cuando los herederos demandados reconocen al hijo, e inclusive de impugnación de paternidad legítima (el demandado o su representante legal pueden estar de acuerdo en que se declare que aquél no es hijo del marido de la madre, para que el padre verdadero pueda reconocerlo como hijo natural). En estos casos, el hecho invocado por el demandante es favorable al resultado jurídico que el demandado también desea se obtenga con el proceso, pero existe sin embargo confesión del segundo cuando espontáneamente o por interrogatorio declara ser cierto ese hecho.

Para que el hecho sea considerado desfavorable a la parte que lo reconoce, y, por lo tanto, objeto de confesión, en un proceso contencioso, no es necesario que haya sido alegado por la parte contraria, como fundamento de su pretensión o excepción, pues es suficiente que sea opuesto total o parcialmente al efecto jurídico reclamado en el proceso por aquélla, si es demandante, o que, siendo demandada, se haya opuesto a la demanda (aun cuando no haya formulado excepciones), o simplemente que favorezca la causa de la parte contraria, si el confesante es el demandado y no se ha opuesto a la demanda (aunque esté de acuerdo con ésta y le interese que se declare la pretensión incoada, como sucede en algunos procesos de divorcio, nulidad de matrimonio y separación de bienes). Si el hecho es principal, para que la confesión sea eficaz en ese proceso, es decir, para que el juez la tenga en cuenta como fundamento de su decisión, es necesario que haya sido alegado por la parte contraria, como fundamento de su demanda o de sus excepciones (lo último cuando la ley no permite su declaración oficiosa por el juez, como sucede en Colombia con la prescripción y la compensación, y, en el sistema europeo, con las perentorias en general); pero una cosa es la existencia de la confesión y otra su eficacia. Si el hecho es secundario, no necesita previa alegación para que su confesión sea eficaz.

En otros términos, en el proceso contencioso la alegación del hecho

por la parte contraria puede ser requisito para la eficacia de la confesión, en algunos casos, pero nunca lo es para su existencia. En el proceso voluntario esa alegación no puede existir, puesto que no hay partes opuestas.

Cuando el hecho ha sido alegado por la contraparte, es por lo general favorable a ésta, ya que lo considera presupuesto de su demanda o de sus excepciones, y desfavorable al confesante; pero en la práctica puede suceder que los efectos jurídicos que la ley le asigna a tal hecho sean diferentes de los que erróneamente le imputa esa parte y contrarios a los que persigue en ese proceso, en cuyo caso el hecho resultará desfavorable a quien lo alegó y por tal motivo su aceptación por la parte contraria no constituye confesión de ésta. Si la ley admite la confesión espontánea en la hipótesis examinada habrá, en cambio, confesión de quien lo alegó (así sucede en Colombia, por lo cual pueden existir confesiones en la demanda; C. de P. C., art. 607).

Cuando el demandado que acepta el hecho alegado por el actor tenga interés en que se declaren los efectos jurídicos perseguidos en la demanda, porque la ley no permite conseguirlos mediante su acuerdo de voluntades (por ejemplo, en los procesos de divorcio o nulidad de matrimonio, de separación de bienes o impugnación de paternidad), no hay dificultad en calificar tal acto como confesión del demandado, porque éste no lo alega por su parte como fundamento de una pretensión propia, es decir, no está reclamando en su favor esos efectos jurídicos. Si esa aceptación ocurre en la contestación de la demanda, se tratará de una admisión con efectos de confesión judicial (*cf.*, núm. 156).

En cambio, cuando el demandado reconviene y formula sus pretensiones propias, puede suceder que el hecho resulte alegado por ambas partes, o que, si lo ha sido sólo por una, produzca efectos jurídicos favorables a ambas. Un ejemplo de ello lo tenemos cuando el hecho que fundamenta la nulidad o resolución de un contrato, reclamada por el demandante, sirve de base para la restitución del bien objeto del contrato pedida en la reconvencción por el demandado. Lo mismo puede ocurrir cuando el demandado formula excepciones o simplemente se opone a la demanda, si el hecho resulta parcialmente favorable a ambas partes, por ejemplo, porque sirve de fundamento para la prosperidad parcial de las pretensiones y para su desestimación también parcial, o para la declaración de una excepción que sólo desvirtúa parcialmente la demanda.

Como se ve, *no es indispensable que el hecho confesado sea realmente perjudicial al confesante, lo que importa es que resulte favorable a la contraparte.*

Lo desfavorable de la confesión puede consistir: en que el efecto jurídico que con arreglo a la ley se deduce del hecho confesado, sea opuesto al que la parte confesante reclama o, simplemente, en que

sea favorable al perseguido por la contraparte, aunque por otros aspectos pueda interesar también al primero.

Dicho de otra manera, hay confesión cuando los efectos jurídicos que de acuerdo con la ley se deducen del hecho sean opuestos a los que reclama la misma parte en ese proceso, o resulten favorables a los que persigue la parte contraria, cuando el proceso es contencioso.

Así, pues, en el proceso contencioso el carácter desfavorable del hecho radica, en definitiva, en que los efectos jurídicos que la ley le otorga sean total o parcialmente favorables a la parte contraria y opuestos a la posición procesal de demandante o demandado que el confesante tenga en ese proceso (sin que importe que siendo demandado le interesen esos mismos efectos jurídicos, sea por estar de acuerdo con las pretensiones del demandante, o bien porque los desee).

Cuando el confesante sea actor, los efectos jurídicos del hecho deben ser siempre opuestos a las pretensiones formuladas en su demanda (aunque erróneamente lo haya alegado); si es demandado y se opone a la demanda, ese hecho debe ser contrario a su defensa y si no se opone, bastará que resulte favorable al demandante (sin que importe tampoco que éste no lo haya alegado).

Siempre que el hecho favorezca la causa de la parte contraria, debe considerarse desfavorable al confesante y, por lo tanto, objeto de confesión, aun cuando beneficie también a éste, en virtud de los principios de la comunidad de la prueba y la indivisibilidad de la confesión.

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, como ya observamos, no es necesario que aparezca en el momento de producirse la confesión, cuando ésta es extrajudicial o ha ocurrido en un proceso anterior. Puede suceder que en otro proceso el hecho haya sido alegado como favorable a la causa defendida entonces por esa parte, por lo cual no podía ser objeto de confesión por ella, pero que el nuevo proceso resulte desfavorable a esa persona y favorable a su adversario; en ese caso, la declaración hecha en el primer proceso tendrá en el segundo el valor de confesión judicial, si la ley le otorga tal carácter, como sucede en Colombia, o de simple confesión extrajudicial, cuando, como sucede en Italia y Francia, es requisito de la judicial el que tenga lugar en el mismo proceso. Similar es el caso de la declaración hecha como testigo en un proceso anterior.

El C. de P. C. colombiano incluye expresamente el carácter perjudicial del hecho entre los elementos de la confesión en el art. 604; lo mismo ocurre en los arts. 1401 a 1404 del C. C. venezolano, y en el art. 2730 del C. P. C. italiano. Pero aun prescindiendo del texto legal, no vacilamos en adoptar la tesis que exige el carácter perjudicial o desfavorable del hecho reconocido, entendido en la forma que hemos expuesto, como requisito para la existencia de la confesión, basados en la

diferencia que ya señalamos entre declaración de parte (género) y confesión (especie). En efecto, existe declaración de parte, sea que favorezca a quien la rinde o a su adversario; pero sólo hay confesión en el último caso. La distinción es importante, porque en el derecho contemporáneo se ha revaluado el concepto de declaración de parte, como acto testimonial, y por ello en lo favorable al declarante se le otorga un valor relativo de indicio, sujeto a la libre apreciación del juez, y en este caso no es posible hablar de confesión<sup>53</sup>.

Ese carácter desfavorable de lo declarado influye en el grado de eficacia o mérito probatorio del acto, en cuanto la confesión lo tiene mayor que la simple declaración de parte favorable a ella misma, inclusive en los sistemas legales que dejan al juez en libertad para valorar ambas, y con mayor razón en los que, como el nuestro, le asignan a la primera el carácter de plena prueba; pero en cuanto a la confesión se refiere, adquiere la condición de requisito indispensable para su existencia.

e) DEBE VERSAR SOBRE HECHOS PERSONALES DEL CONFESANTE O SOBRE SU CONOCIMIENTO DE HECHOS AJENOS. Se ha discutido mucho acerca de este requisito, pues mientras unos autores limitan la confesión a los hechos personales, otros la extienden a los hechos conocidos por el confesante; 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.

El C. de Pr. C. colombiano no incluye este requisito cuando define la confesión (art. 604), mas al determinar el objeto de las preguntas que pueden formularse en posiciones lo contempla en los siguientes términos: "Las preguntas han de versar sobre hechos personales del absolvente, o de que tiene conocimiento." Por lo tanto, en Colombia es indiscutible que se trata de un requisito para que exista confesión y que debe entenderse en la forma amplia que comprende tanto los hechos personales como los simplemente conocidos; los últimos pueden ser hechos de otras personas o simplemente naturales en los cuales no interviene el hombre. El art. 411 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la nación, exige que las preguntas en posiciones versen sobre "la actuación personal del absolvente"; pero creemos que esto no impide preguntar sobre su conocimiento personal de otros hechos, porque éste es una especie de actuación personal: la que lo llevó al conocimiento de los hechos; esto se aplica al proceso civil de la Provincia de Santa Fe, porque su Código no regula el punto.

A la misma conclusión se llega desde un punto de vista puramente teórico, porque resulta lógicamente imposible declarar sobre un hecho

<sup>53</sup> CAPPELLETTI: Ob. cit., t. I, págs. 248-253; GORPHE: *Apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1965, pág. 208.



que no sea personal ni conocido del declarante y con mayor razón es imposible reconocerlo como cierto.

Creemos que aun prescindiendo del texto legal que lo contempla, debe aceptarse la confesión sobre hechos no personales de que se tiene conocimiento. En efecto, no es posible negarle valor a la admisión de un hecho en la demanda o su contestación o en otro acto procesal, porque sea ajeno o simplemente natural, y la admisión tiene el valor de confesión, puesto que el hecho se considera probado (*cfr.*, núms. 44 y 156); luego resulta ilógico negarle ese mérito a la declaración de la parte, sobre un hecho de éstos que le es perjudicial o que favorece al adversario.

Por otra parte, cuando se confiesa un hecho ajeno o natural, en realidad la confesión versa sobre el *conocimiento personal* que de tal hecho se tiene, y, por lo tanto, en el fondo se trata de aceptar como cierto el hecho personal de haber adquirido ese conocimiento, aunque la ley le otorgue mérito probatorio respecto del hecho conocido.

Entre los autores que no exigen el carácter personal del hecho y aceptan su conocimiento para que exista, podemos citar a GORPHE<sup>54</sup>, CARNELUTTI<sup>55</sup>, RICCI<sup>56</sup>, BONNIER<sup>57</sup>, LESSONA<sup>58</sup>, SILVA MELERO<sup>59</sup>, GUASP<sup>60</sup> y ROSENBERG<sup>61</sup>.

f) LA DECLARACIÓN DEBE TENER SIEMPRE UNA SIGNIFICACIÓN PROBATORIA. Como observa acertadamente GUASP, "la confesión se caracteriza conceptualmente porque las declaraciones que las partes prestan tienen una significación probatoria"<sup>62</sup>, es decir, que si la declaración no tiene contenido probatorio alguno, no puede ser confesión, al no favorecer a la contraparte ni perjudicar a su autor.

Esa significación probatoria debe ser apreciada por el juez en el proceso, en el momento de valorar la declaración para fijar los hechos del debate, con prescindencia de la intención o del fin perseguido por la parte al hacerla y aun cuando ésta no haya querido suministrar una prueba. Si se trata de confesión extrajudicial, puede no aparecer ini-

<sup>54</sup> GORPHE exige solamente que verse sobre los hechos litigiosos, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., pág. 150.

<sup>55</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núms. 3, 8 y 27, y *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, núm. 212; en el último lugar citado dice que "el efecto jurídico depende más bien de la confesión que del hecho confesado".

<sup>56</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 233-238, págs. 91-110.

<sup>57</sup> BONNIER: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 345-347, págs. 555-557.

<sup>58</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 392, pág. 404, ya que considera la noticia de un hecho como objeto idóneo de confesión, a menos que para que ésta sea vinculante se exija que el hecho deba ser personal.

<sup>59</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, núms. 157-162.

<sup>60</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1950, pág. 375, y 1962, pág. 358, considera un error del art. 1213 del cód. civ. español el exigir que el hecho sea personal del confesante.

<sup>61</sup> ROSENBERG: *Tratado*, ed. cit., t. II, pág. 214.

<sup>62</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1950, pág. 371, y 1962, págs. 357-358.

cialmente, si con ella no se tuvo la intención de suministrar una prueba, ni existe discusión acerca del hecho declarado. Si es confesión judicial, cabe distinguir según se trate de si ha sido provocada o es espontánea; en la primera, por ser el resultado de un acto de prueba como lo es el interrogatorio, su significación probatoria aparece claramente desde el momento de producirse; en la segunda, en cambio, puede aparecer o no inicialmente, según la oportunidad en que se haga y la forma misma de la declaración. Pero en todos los casos existe esa significación probatoria como requisito intrínseco de la confesión, aunque sea extrajudicial o judicial preconstituida, como las posiciones antes de juicio, y no llegue a ser utilizada como prueba en un proceso futuro.

La significación probatoria de la confesión no implica que necesariamente sirva de prueba en un proceso, sino que es apta para desempeñar esa función en el caso de ser aducida como prueba. Aunque no esté destinada de inmediato a servirle al juez para la formación de su convencimiento sobre los hechos del proceso, tiene desde cuando se produce esa aptitud intrínseca, sin la cual no puede existir como confesión, cualquiera que sea su forma (oral o escrita), su origen (provocada o espontánea) y su oportunidad (procesal o extraprocésal). Naturalmente, esa significación probatoria no es siempre igual, bien porque está sujeta a graduación, sea que rija una tarifa legal (en cuyo caso la confesión judicial la tendrá generalmente mayor que la extrajudicial), o porque el juez goce de libertad para valorarla (entonces puede suceder que, en un caso concreto, le asigne a la extrajudicial tanto mérito como si hubiera ocurrido judicialmente). En ambos sistemas, el mérito probatorio de la confesión extrajudicial varía según las circunstancias de cada caso. En Italia, Argentina y Venezuela, la extrajudicial hecha ante la parte favorecida con la confesión, tiene el mismo valor de plena prueba que la judicial, y en los demás casos el valor de indicio. En Colombia no se hace distinción entre las dos clases de confesión extrajudicial.

g) DEBE SER CONSCIENTE (EL PROBLEMA DE LA VOLUNTARIEDAD DE LA CONFESIÓN Y DEL "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 muy 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), sin duda alguna para que haya confesión es indispensable, porque jurídicamente sin él no pueden existir declaraciones. La doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones son unánimes en cuanto a la necesidad de exigir este requisito. Toda declaración debe ser consciente, sea que provenga de partes o de terceros;

aun en el lenguaje corriente o extrajurídico es incorrecto hablar de declaración de alguien en estado de inconsciencia; tampoco puede concebirse un acto jurídico, procesal o extraprocesal, que no sea consciente (pueden ocurrir, en cambio, simples hechos jurídicos de personas en estado de inconsciencia, por ejemplo, bajo el efecto de la hipnosis o de drogas, que causen daños a terceros y originen el derecho de indemnización contra el responsable de tal situación).

Mas cuando se dice que la confesión debe ser un acto voluntario, comienzan las dificultades y surgen los desacuerdos. Si la voluntariedad de la confesión significa que sea consciente, no puede haber dudas acerca de que es requisito indispensable para que exista, como lo acabamos de decir. Si con ello se intenta decir que el sujeto *debe tener voluntad de declarar*, esto es, que quiera hacer tal declaración y que no se le obliga a ello, resulta también requisito necesario, pero no hay acuerdo sobre si lo es para la existencia, o para la validez, o sólo para la eficacia de la confesión. Si se exige, además, que se tenga la *voluntad de reconocer un hecho desfavorable, renunciando a discutirlo*, lo cual implica que el declarante conozca los efectos jurídicos desfavorables de tal hecho y esté dispuesto a soportarlos, el problema atañe a la existencia de la confesión y se hace todavía más difícil, por lo cual es mayor el desacuerdo entre autores y jueces. Por último, si se exige que se tenga la *voluntad de suministrar una prueba* de tal hecho a la actual o futura contraparte, además de ser desfavorable al declarante, también se tratará de requisito para la existencia de la confesión, y tanto las dificultades como los desacuerdos aumentan considerablemente. Lo mismo ocurre cuando se habla de *renuncia al derecho material afectado por ella o al procesal de defensa*.

Expondremos a continuación las diversas opiniones de los más autorizados expositores, para luego expresar la nuestra.

*Primera tesis: La que exige el "animus confitendi", entendido como la intención de renunciar al derecho material que se separa del hecho sobre que versa.* Con arreglo a esta tesis, es indispensable el *animus confitendi*, entendido como la intención de "renunciar al propio derecho", según dice LESSONA. Sin embargo, este autor advierte que "debe entenderse también como la intención de suministrar una prueba al adversario"<sup>63</sup>, por lo cual no es confesión la declaración hecha con ánimo de obtener ventaja o evitarse un daño, como la petición subsidiaria contenida en una demanda. También sostiene que el *animus confitendi* no se destruye por el hecho de que posteriormente la parte lo niegue, o porque trate de disminuir el alcance de su confesión<sup>64</sup>, lo cual debe entenderse en el sentido de que basta tener tal *animus* en el momento de confesar, sin que importe que luego se pretenda eludir los

<sup>63</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, números 395 y 396, pág. 409.

<sup>64</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 396, pág. 411, y núm. 427, págs. 447-448.

efectos legales del acto (esta conclusión es correcta, a pesar de que su opinión sobre el *animus confitendi* no lo es). No obstante, en otro lugar dice que “la confesión no es ciertamente un contrato renunciativo”, porque si se reconoce, por ejemplo, que un crédito se ha extinguido o que no se tiene un derecho, a nada se está renunciando, pues “no se puede renunciar a un derecho de que se carece”<sup>65</sup>.

Como puede advertirse, la opinión de LESSONA no es clara, porque existe una evidente contradicción entre los dos pasajes de su obra, contradicción que se evidencia más cuando al comentar una tesis de DIANA dice que el *animus confitendi* consiste en “la intención de dar por cierto un determinado hecho” y que “los efectos de la confesión son independientes de la voluntad de las partes”<sup>66</sup>, lo cual excluye la exigencia de que se tenga la intención de renunciar a un derecho. El segundo concepto está de acuerdo con el que expone al definir la confesión como declaración formulada con el ánimo de proporcionar a la otra (parte) una prueba en perjuicio propio”<sup>67</sup>, por lo cual creemos que representa su verdadero pensamiento.

Enrique A. BECERRA acoge esta tesis, pues habla de “renunciar al propio derecho”, utilizando las palabras de la primera cita de LESSONA<sup>68</sup>.

En Brasil acepta esta tesis Moacyr AMARAL SANTOS<sup>69</sup>.

Rechazamos esta tesis, en primer lugar porque, como el mismo LESSONA lo advierte, quien declara no tener un derecho a nada está renunciando, excepto en la hipótesis de que sea una falsa confesión, y en segundo lugar porque en la práctica es indudable que el confesante, en la gran mayoría de los casos, no piensa en renunciar a derecho alguno cuando confiesa judicial o extrajudicialmente, sino en declarar lo que le consta sobre el hecho, sin tener en cuenta los efectos jurídicos de su declaración, por lo cual es frecuente que siga discutiendo la obligación que a su cargo se deduce y que su adversario pretende con fundamento en tal hecho. Además, la intención de renunciar al derecho es un factor subjetivo imposible de comprobar cuando aquello no aparece expresamente declarado, y para que haya verdadera renuncia se requiere la afirmación de que uno es titular del derecho renunciado, lo cual excluye la confesión del hecho contrario. Tal renuncia 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. Al estudiar las demás teorías y al exponer nuestro concepto volveremos sobre este punto.

<sup>65</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 402, pág. 414.

<sup>66</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 391, pág. 404.

<sup>67</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 373, pág. 389.

<sup>68</sup> BECERRA: *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Edit. Imprenta Nacional, Bogotá, 1933, t. II, pág. 45.

<sup>69</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no cível e commercial*, Edit. Max Limonad, São Paulo, 3ª ed., 1961, t. II, núm. 54, pág. 76.

*Segunda tesis: La que exige el "animus confitendi", entendido como la intención de renunciar al derecho procesal (o a la facultad) de probar en contra del hecho confesado.* Esta tesis exige la intención de renunciar al derecho procesal de probar en contra del hecho perjudicial que se acepta (no al derecho material que sin ese hecho podría corresponderle, como en la anterior), o si no se acepta que exista un derecho a probar, la intención de renunciar a la facultad o a la oportunidad de defenderse probando el hecho contrario.

Entre los defensores de esta tesis podemos mencionar a PESCATORE, para quien en la confesión hay un cierto elemento convencional, puesto que el confesante renuncia a la excepción que podría proponerle el adversario<sup>70</sup>; también a PLANCK, quien habla de renuncia a toda futura discusión u oposición<sup>71</sup>; a WACH, quien opina que con la confesión se fija una situación jurídica, sin que luego se pueda discutir el hecho confesado<sup>72</sup>; a JEAN SICARD, quien considera que en la confesión judicial el *animus confitendi* se basa en una idea de renuncia a los derechos del confesante en cuyo perjuicio se formula y de renuncia a su defensa, aunque al tratar de las condiciones intrínsecas de la confesión exige únicamente que sea hecha con seriedad y a sabiendas, o con conocimiento de lo que se dice (*sciement*) y en otro lugar habla de voluntad libre y reflexiva; por ello nos parece que su concepto no está bien definido<sup>73</sup>. Entre los autores colombianos podemos citar, como partidarios de esta tesis, a Enrique A. BECERRA, pues también habla de "renuncia a todas las excepciones"<sup>74</sup>.

Con esta tesis se evita el grave inconveniente de suponer una necesaria renuncia al derecho material, que es el error principal de la anterior; pero al conservar la idea de una renuncia consciente al derecho a la facultad de defenderse y de probar (según la doctrina que sobre este punto se adopte) 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. Precisamente la doctrina y las legislaciones excluyen la retractabilidad de la confesión, con lo cual se le niega validez a la posterior alegación de no haberse conocido el alcance de la declaración y de no haberse tenido la intención de producir los efectos que por la ley le corresponden, salvo que se pruebe error de hecho (*cfr.*, núm. 170). Además, esa supuesta intención es un elemento suh-

<sup>70</sup> PESCATORE: *Trattato sulle prove giudiziali*, 1852, págs. 111-118, citado por VICENZO PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, pág. 8, n. 17.

<sup>71</sup> PLANCK: *Lehrbuch des deutschen civil prozess*, 1891, t. II, págs. 316 y siguientes, cita de CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 8, n. 43, y de PANUCCIO: *Ob. cit.*, pág. 20.

<sup>72</sup> WACH: *Das Geständnis*, págs. 201-202, cita de PANUCCIO: *Ob. cit.*, páginas 20-21, y de CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 8, n. 43.

<sup>73</sup> JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, Colección "Comment Faire", 1960, núms. 241, 244 y 246, págs. 185-188.

<sup>74</sup> BECERRA: *Ob. cit.*, t. II, pág. 8.

jetivo que no es posible conocer, a menos que se declare expresamente, lo cual muy rara vez ocurre en la práctica. Así, pues, se trata de una ficción innecesaria, inconveniente y contraria a la realidad.

*Tercera tesis: La que exige el "animus confitendi", pero limitado a la intención de suministrarle o allanarle la prueba del hecho al adversario.* En esta tesis se suprime la idea de renuncia intencional, tanto del derecho material como del derecho o la facultad procesal de defenderse y probar en contrario, lo cual significa un notable avance en la depuración conceptual de esta institución; pero se mantiene la exigencia de un *animus confitendi*, tomado en el sentido de una específica intención de suministrarle o allanarle la prueba a la parte contraria, que, como sucede en las teorías anteriores, es 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 sucede muy pocas veces.

Defienden esta tesis, entre otros, los siguientes autores: LESSONA, cuando habla de "ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio", al definir la confesión<sup>75</sup>; RICCI, quien dice que cuando la confesión se formula a la parte contraria, "no puede hacerse para otro fin sino para el de la prueba del hecho" y que son confesiones únicamente las declaraciones "emitidas a fin de aliviar a la parte en cuyo favor se hacen, del peso de la prueba de los hechos que constituyen su objeto"<sup>76</sup>; WACH, puesto que habla de fijar el hecho prescindiendo de su verdad<sup>77</sup>, aun cuando también defiende la tesis anterior, porque exige la renuncia a discutir el hecho confesado; GIORGIANI, para quien el *animus* consiste en la intención deliberada de suministrarle la prueba del hecho al adversario<sup>78</sup>; A. A. LÓPEZ DA COSTA, quien sostiene que cuando la parte confiesa, dispensa de la prueba al adversario y "quiere que el hecho confesado por él sea tenido como real" y quede fijado en el proceso como verdadero<sup>79</sup>; HUGO ALSINA, pues considera el *animus confitendi* como "la conciencia, el conocimiento cabal de que mediante la confesión se suministra una prueba al contrario"; y afirma que carece de valor si "no se tuvo el propósito de admitir un hecho (proposición hipotética) o de suministrar una prueba (reconocimiento a terceros, cartas misivas, etc.)"<sup>80</sup>; ENRIQUE A. BECERRA,

<sup>75</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., Madrid, 1928, t. I, número 373, pág. 389.

<sup>76</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Edit. La España Moderna, Madrid, sin fecha, t. II, núms. 234 y 237, págs. 95 y 99.

<sup>77</sup> WACH: *Das Geständniss, Ein Beitrag zur lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften*, Archiv für die civ. Praxis, LXIV, 1881, págs. 202 y sigs., cita de CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 8, n. 43, pág. 33.

<sup>78</sup> GIORGIANI: *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, pág. 157 y notas 148 y 149.

<sup>79</sup> A. A. LÓPEZ DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Rio, 1959, t. III, núm. 165, pág. 168-169.

<sup>80</sup> ALSINA: *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1942, t. II, pág. 236.

porque habla simultáneamente de renunciar al propio derecho y de "suministrar una prueba al adversario", adoptando la opinión de LESSONA<sup>81</sup>; Moacyr Amaral SANTOS en el Brasil, Mario ALZAMORA VALDEZ en el Perú<sup>82</sup> y Lino Enrique PALACIO<sup>82 bis</sup>.

Tampoco aceptamos esta tesis, por las razones expuestas al comienzo de este párrafo y, además, porque cuando la confesión es provocada por interrogatorio oficioso del juez o mediante posiciones del adversario, el ánimo de suministrarle a éste la prueba no existe por el carácter forzoso de la declaración, y menos aún existe en la confesión ficta por incomparecencia a declarar, ni en la confesión tácita por falta de discusión del hecho afirmado en la demanda cuando la ley le otorga ese efecto al silencio del demandado (en Colombia hay ejemplos de esta última en los juicios posesorios, de restitución de tenencia y de cuentas, aunque se trata más bien de un reconocimiento tácito). Por último, la intención de facilitarle la prueba al adversario implica la voluntad de favorecerlo, que no se compagina con el ánimo litigioso que generalmente existe en la confesión judicial hecha ante el juez de la causa, y exige el conocimiento de que el hecho es favorable a aquél o perjudicial al confesante, lo cual, como vimos, no es requisito necesario, ni existe en muchas confesiones judiciales y extrajudiciales.

*Cuarta tesis: La que exige un "animus confitendi", pero reducido a la intención de reconocer la verdad del hecho o de darle por cierto en un proceso actual o futuro.* Defiende esta tesis, entre otros, Eduardo BONNIER<sup>83</sup>, para quien la confesión debe ser hecha con "intención formal de reconocer la verdad de las declaraciones de la parte contraria". Incurre BONNIER en el defecto de referirse a "las declaraciones de la parte contraria", y no a los hechos en general, confundiendo la confesión con la admisión, pues en ésta existe siempre esa previa declaración, mientras en aquélla puede ocurrir aunque el hecho no haya sido alegado ni declarado por la otra parte, si la favorece (*cf.*, núm. 156).

CARNELUTTI<sup>84</sup> acoge esta tesis, pues opina que la confesión es una declaración de voluntad dirigida a producir el efecto jurídico de la fijación formal del hecho, para que se tenga como cierto, no porque lo sea, pues si fuese únicamente declaración de verdad "no cabría testimonio de un hecho no verdadero"; que toda declaración testimonial es "representativa dirigida a fijar el hecho declarado", inclusive la confesión, y que está "de acuerdo en que el confesante no quiere únicamente

<sup>81</sup> RECERBA: *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, 1933, t. II, pág. 45.

<sup>82</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no cível e commercial*, cit. t. II, número 54, pág. 76; MARIO ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil, Teoría del proceso ordinario*, Lima, Perú, Edit. Tipografía Peruana, 1966, págs. 143 y 150.

<sup>82 bis</sup> PALACIO: *Manual de derecho procesal civil*, ed. cit., 1968, t. I, núm. 211, pág. 452.

<sup>83</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Edit. Reus, Madrid, 1929, t. I, núm. 347, pág. 557, y núm. 353, pág. 562.

<sup>84</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núms. 8 y 28, págs. 32-37 y 140.

declarar la verdad, sino que quiere fijar el hecho con independencia de ella", es decir, fijarlo como cierto aun cuando no sea cierto; por lo cual lo califica de acto o declaración de voluntad.

En Colombia acoge esta tesis José Vicente CONCHA <sup>85</sup>.

Esta tesis significa un paso más hacia la correcta comprensión del instituto, porque si bien es evidente que cuando una persona reconoce la verdad de un hecho o declara que es cierto, suministra la prueba de ese hecho, no es menos evidente que se trata de una consecuencia legal que puede no haber sido deseada ni buscada por aquélla. De este modo, puede haber tenido la intención de hacer ese reconocimiento, pero no la de suministrarle la prueba al adversario. En la práctica es mucho más frecuente la confesión con intención real de reconocer un hecho como cierto, que con el ánimo de facilitarle la prueba a la parte contraria. Se descarta así la voluntad de favorecer al adversario, lo mismo que toda idea de renuncia del derecho material o del derecho procesal de defensa y, por consiguiente, se elimina el requisito innecesario y ficticio, erróneamente exigido por las tres tesis anteriores, de la voluntad de producir efectos jurídicos específicos en contra de quien formula la confesión y en beneficio de otra persona, efectos que en verdad son consecuencias independientes de la voluntad del confesante. En otros términos, se exige la voluntad de dar por cierto el hecho, pero no la de favorecer con ello al adversario, ni la de causarse a sí mismo el perjuicio o la de renunciar a un derecho.

Sin embargo, la exigencia por vía general de ese *animus confitendi*, no obstante entenderse en su más amplio sentido y de reducir al mínimo sus requisitos, sigue siendo un error, porque, si bien es cierto que puede presentarse en muchos casos, quizás en la mayoría, en otros, también numerosos, hay confesión judicial y principalmente extrajudicial sin que el confesante en ese momento tenga 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 procesales; es decir, con plena conciencia de lo que se declara, pero sin pensar que está haciendo un reconocimiento del hecho para que sea considerado verdadero en el proceso en que ocurre o en uno futuro, y sin ningún fin específico. Por estas razones tampoco aceptamos esta tesis, no obstante ser indudablemente mejor que las anteriores.

*Quinta 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 FURNO, PANUCCIO, VON BULOW, MONTESANO, PUOLIATTI, BETTI, SATTI y REDENTI.

Para estos autores, el *animus confitendi* es un concepto irreal y

<sup>85</sup> CONCHA: *Elementos de pruebas judiciales*, Bogotá, Librería Americana, 1893, pág. 111.



ficticio, que no tiene fundamento en la naturaleza de las cosas, ni en la tradición, ni 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 jurídico relevante o específico: el de imponerse una obligación, 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<sup>86</sup>.

Quienes sostienen las cuatro tesis anteriores le asignan a la confesión, explícita o implícitamente, la naturaleza de acto de voluntad (para obtener un resultado jurídico especial y no sólo para formular una declaración); en cambio, los autores que eliminan el *animus confitendi* como intención o voluntad de obtener un fin específico, deben reconocerle una naturaleza de simple declaración de ciencia o verdad, para no incurrir en evidente contradicción (*cf.*, núm. 157). En el fondo, es lo mismo suprimir el *animus confitendi* que conservar la denominación dándole el significado de simple conciencia de la naturaleza desfavorable del hecho, porque con esto se elimina la intención o voluntad especial o con fines específicos que constituye dicho *animus*. Luego lo lógico es prescindir de hablar de *animus confitendi*, si se acepta que basta tener conciencia o conocimiento de que el hecho declarado es desfavorable al declarante o favorable a su adversario (*cf.*, punto *g* de este número), como lo hacen los autores que sostienen esta tesis, porque entonces basta la simple voluntad de declarar, como lo observa PANUCCIO<sup>87</sup>. Los principales autores franceses prescinden también de hablar de *animus confitendi* al tratar de la confesión<sup>88</sup>.

La jurisprudencia italiana exigió durante algún tiempo el *animus confitendi*, calificándolo de diversas maneras, ora como la intención de obligarse o de suministrar la prueba al adversario, ora como la intención de fijar ante éste la verdad del hecho, o de renunciar en su favor a un derecho, o de renunciar a discutirlo<sup>89</sup>; pero a partir de

<sup>86</sup> FURNO: *Animus confitendi*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1949, t. I, páginas 567-576; VICENZO PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, número 5, págs. 20-24; MONTESANO: *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *giurisprudenza compl. cass. civile*, 1948, t. I, pág. 129; PUGLIATTI: *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, II, pág. 459; BULOW: *Gestännisrecht*, Freiburg, 1899, páginas 50 y sigs., citas de PANUCCIO: *Ob. cit.*, notas 58 y 63; BETTI: *Diritto processuale*, Roma, 1936, pág. 413; SATTI: *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, página 214; REDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, núm. 79, pág. 286.

<sup>87</sup> PANUCCIO: *Ob. cit.*, págs. 23-24.

<sup>88</sup> POTHIER: *Tratté des obligations*, en *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1831, núms. 831 y sigs.; TOULLIER: *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles, 1824, v. X, págs. 235 y sigs.; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, La Habana, 1945, núms. 1561-1563; COLIN ET CAPITANT: *Cours elementaire de droit civil français*, Paris, 1953, núm. 808, págs. 536-537; JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, Paris, 1932, t. I, núm. 179, págs. 115-116.

<sup>89</sup> Véanse las citas que trae PANUCCIO, *ob. cit.*, pág. 24, n. 65, de numerosos fallos de casación dictados durante los años de 1942 a 1955.

1956 decidió exigir solamente la conciencia del carácter favorable para la parte contraria, con o sin la voluntad de reconocer la verdad del hecho e independientemente del conocimiento de las consecuencias jurídicas de la declaración, como se ve en las sentencias proferidas en los años de 1956, 1957 y 1958 que cita PANUCCIO<sup>90</sup>. En otras decisiones más recientes se prescinde de exigir ese conocimiento subjetivo<sup>91</sup>.

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 comprobación, excepto cuando se reconozca expresamente, ni puede exigirse su prueba a quien se favorezca con la confesión, por lo cual, en definitiva, es indispensable presumirlo. En otras palabras, teóricamente, puede exigirse ese conocimiento o esa conciencia de que el acto es perjudicial al declarante, pero en la práctica ningún efecto produce y se traduce en la simple voluntad de declarar de manera consciente, es decir, sabiendo qué es lo que se hace (sin estar bajo el influjo de drogas o de otros medios, o de alteraciones mentales por enfermedad, que produzcan una situación transitoria o permanente de inconsciencia). Por consiguiente, nos parece mejor no exigir tal conocimiento.

Por otra parte, esta conciencia de lo desfavorable del acto no existe 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 al silencio del demandado.

*Sexta tesis: La que exige solamente la voluntariedad genérica de todo acto jurídico, sin intención específica alguna, y, por consiguiente, prescinde del "animus confitendi"*. Esta tesis es acogida por muchos autores contemporáneos y por algunos de épocas menos recientes. Esta tesis 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 tres primeras expuestas en este número. Con ello se libra de las objeciones que contra éstas se formulan con sobrada razón y, además, evita el defecto de exigir esa conciencia de lo desfavorable del acto, que los defensores de la tesis anterior consideran requisito indispensable para que haya confesión y que, en definitiva, es necesario presumir en todos los casos, por ser un elemento psicológico subjetivo, que, salvo cuando aparezca expresamente declarado, resulta imposible de probarse y cuya ausencia no impide que exista la confesión, ni afecta su eficacia. En otros términos, para quienes sostienen esta tesis, es suficiente para la existencia, validez y eficacia de la confesión, que el confesante obre con voluntad de declarar y con conocimiento de causa, esto es, sabiendo qué es lo que declara, aunque no

<sup>90</sup> PANUCCIO: Ob., pág. y notas acabadas de citar.

<sup>91</sup> Véanse las citas de SCARDACCIONE, en el siguiente párrafo.

tenga conciencia de que le es perjudicial, ni persiga algún fin específico (como reconocer la verdad del hecho, suministrar su prueba, renunciar a discutirlo o a probar en contrario, o al derecho material que de él pueda generarse; *cfr.*, párrafos anteriores). Se prescinde de exigir y aun de hablar de un *animus confitendi*.

Entre los autores que adoptan esta teoría citaremos a Jaime GUASP<sup>92</sup>, quien expresa su pensamiento, en acuerdo con lo que acabamos de exponer, con estas palabras: "Hablar de una específica voluntad o intención de confesar, de un *animus confitendi*, como algo diverso y especial de la voluntad genérica que debe mediar en todo acto procesal, carece de sentido"; los efectos de la confesión se producen por la voluntad del juez, quien en su resolución acoge la declaración y da lugar a ellos; la confesión no es un acto de voluntad ni un querer de confesante, sino una declaración de ciencia o conocimiento. Le observamos, sin embargo, al ilustre procesalista español, que esa voluntad del juez opera cuando tiene libertad para valorar la confesión, pero cuando rige la tarifa legal para asignarle previamente su mérito probatorio, esos efectos son consecuencia directa de la voluntad del legislador.

CARRAUD, citado por GORPHE, quien al parecer sigue su concepto<sup>93</sup>, habla de "pleno conocimiento de causa" y de que "se revela solamente probatoria cuando es libre". Observa GORPHE que la Comisión Internacional Penal Penitenciaria exige únicamente que la confesión sea "a sabiendas y voluntariamente".

Aurelio SCARDACCIONE, juez del Tribunal de Bari<sup>94</sup>, se refiere al *animus confitendi*, pero advierte que sólo puede exigirse la voluntariedad normal en todo acto jurídico o voluntad consciente de reconocer el hecho, con independencia del fin que persiga el confesante y de que pueda conocer o no los efectos y las consecuencias de su declaración. Para este autor, el estado subjetivo del confesante no interesa, pues basta su voluntad de manifestar la verdad o realidad del hecho, aun cuando falte la conciencia de que con ello se favorece a la contraparte o se recibe un perjuicio. En apoyo de su tesis cita trece fallos de casación, dados entre 1948 y 1962, que, según él, representan la jurisprudencia italiana preponderante en los últimos años. También PANUCCIO cita una docena de sentencias de casación, de los mismos 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". No obstante, este autor se decide por la tesis que exige la conciencia de la

<sup>92</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, pág. 359.

<sup>93</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, págs. 219-220.

<sup>94</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Edit. Giurisprudenza Sistematica Civile e Commerciale, Torino, 1965, págs. 285-288.

naturaleza desfavorable del acto, como lo indicamos en el punto anterior<sup>95</sup>.

Defienden esta tesis también ANDRIOLI, FURNO, MATOLI y FERRUCCI, MONTESANO, citados por SCARDACCIONE<sup>96</sup>, y GENTILE<sup>97</sup>.

Mauro CAPPELLETTI rechaza la tesis que le asigna a la confesión un carácter dispositivo y dice que es una declaración propiamente informativa representativa, sin exigir ningún ánimo especial<sup>98</sup>, por lo cual lo incluimos entre los partidarios de esta tesis. Algo similar ocurre con CHIOVENDA, porque al tratar de la confesión no menciona el *animus confitendi* y afirma que nada tiene que ver la voluntad del confesante, y que no se trata de un negocio jurídico, ni de medio de disposición de derechos, ni de renuncia del derecho a la prueba<sup>99</sup>. SILVA MELERO adopta una posición similar<sup>100</sup>, pues sostiene que es indiferente que el confesante conozca o no las consecuencias de su declaración. Lo mismo opina COUTURE<sup>101</sup>, Pedro ARAGONESSES<sup>102</sup>, PRIETO CASTRO<sup>103</sup>, ALLORIO<sup>104</sup>, André HUET<sup>105</sup> y PONTES DE MIRANDA<sup>106</sup>.

Antonio ROCHA<sup>107</sup>, por su parte, dice que "la voluntariedad de la confesión sólo significa que debe ser reflexiva", es decir, que el confesante ha de darse cuenta de lo que dice, y luego, no obstante manifestar que prefiere el concepto de CHIOVENDA, agrega que el "*animus confitendi* es una afirmación consciente que sólo se hace por la verdad en sí, no importan las consecuencias desfavorables, sin necesidad

<sup>95</sup> VICENZO PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, pág. 24, nota 65.

<sup>96</sup> ANDRIOLI: *Confessione*, en "Nuoviss digesto italiano", Torino, 1959, t. IV, pág. 13; FURNO: *Confessione*, en "Enciclopedia del diritto", Milano, 1961, t. VIII, págs. 888-895, y *Animus confitendi*, in "Giurisprudenza italiana", 1949, t. I, 1, págs. 565 y sigs; MATOLI E FERRUCCI: *Della tutela dei diritti*, trascrizione, Prove, en "Comentario al codice civile", Torino, 1959, t. VI, i, pág. 263; MONTESANO: *Sull'animus confitendi e sulla teoria oggettiva della confessione*, en "Rivista di diritto processuale", 1950, t. II, págs. 12 y sigs.

<sup>97</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, 1960, pág. 442.

<sup>98</sup> CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralita*, Milano, 1962, t. I, págs. 384-385 y 399.

<sup>99</sup> CHIOVENDA: *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 55, pág. 260; *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, núm. 57, pág. 230.

<sup>100</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, pág. 156.

<sup>101</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1949, t. II, pág. 286.

<sup>102</sup> ARAGONESSES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1955, págs. 506-510.

<sup>103</sup> PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, págs. 400-418, y *Estudios y comentarios*, Madrid, 1950, págs. 199-204.

<sup>104</sup> ALLORIO: *Il giuramento della parte*, cit. pág. 233, y *Diritto processuale tributario*, cit. pág. 426.

<sup>105</sup> HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, 1965, páginas 210-222 y 326.

<sup>106</sup> PONTES DE MIRANDA: *Direito processual civil brasileiro*, 1958, t. III, página 373.

<sup>107</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad del Rosario, 1962-1963, pág. 128.

de que la acompañe la intención de favorecer al adversario". Así, pues, termina separándose del maestro italiano, cuya opinión explicamos en el párrafo 4<sup>o</sup> de este número. La misma tesis expone en su última y espléndida obra<sup>108</sup>, pues advierte que no hace falta tener la intención de producir un efecto jurídico desfavorable para sí o favorable al adversario.

Es importante observar que en los códigos modernos no se habla de *animus confitendi*, ni tampoco en el código civil francés, ni en el civil y el procesal colombianos. La gran mayoría de los autores franceses de derecho civil tampoco exigen este *animus* y generalmente no hablan de él, como puede verse en las obras de POTHIER<sup>109</sup>, TOULLIER<sup>110</sup>, PLANIOL y RIPERT<sup>111</sup>, COLIN y CAPITANT<sup>112</sup>, JOSSEBRAND<sup>113</sup>. En Alemania, James GOLDSCHMIDT<sup>114</sup> considera que es indiferente que quien confiesa haya querido o no el efecto probatorio y tenido conciencia de este efecto, por lo cual lo incluimos en este grupo.

Con esta teoría se ubica el instituto de la confesión en el lugar que le corresponde, se precisa su naturaleza y se prescinde de exigir el requisito de determinada intención o voluntad, que puede presentarse algunas veces, pero que generalmente no corresponde a la realidad y resulta, por lo tanto, una simple ficción. Nosotros la aceptamos, por estas razones y por las que en el siguiente párrafo exponemos.

*Nuestro concepto.* 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 que al mismo tiempo se ajusta a la noción teórica de confesión.

Para que se cumpla el requisito que estamos examinando y exista confesión, basta que se tenga voluntad consciente de declarar, esto es, que sea un acto consciente, por encontrarse el declarante en condiciones de saber lo que hace y no en situación de ineconsciencia producida por causas naturales o artificiales, transitorias o permanentes, tal como se exige para todo acto jurídico procesal o extraprocesal. No importa que se conozcan o no los efectos jurídicos procesales y extraprocesales de la declaración, ni el carácter desfavorable del hecho declarado o de tales efectos, y menos aún que se deseen esos efectos, o que se tenga la intención de producirlos. Para la validez de la confesión se necesita, además, que sea libre y que el confesante tenga capacidad.

En muchas confesiones judiciales y extrajudiciales (especialmente en las últimas), el confesante ignora que con ella ese hecho quedará

<sup>108</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Lerner, 1967, págs. 277 y 243.

<sup>109</sup> POTHIER: *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1831, n. 831 y siguientes.

<sup>110</sup> TOULLIER: *Le droit civil*, ed. Bruxelles, 1894, pág. 235.

<sup>111</sup> PLANIOL y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, La Habana, 1945, núm. 1561.

<sup>112</sup> COLIN ET CAPITANT: *Cours de droit civil*, Paris, 1953, págs. 536-537.

<sup>113</sup> JOSSEBRAND: *Cours de droit civil*, Paris, 1932, núm. 179.

<sup>114</sup> GOLDSCHMIDT: *Derecho procesal civil*, Madrid, ed. española, pág. 198.

probado o fijado para el proceso en curso o para uno futuro, por tratarse de un efecto que la ley o el juez (según el sistema de valoración que rija) le asignan a su acto y que aquél desconoce en razón de su ignorancia jurídica. En otros casos, a pesar de que el confesante conoce los efectos jurídicos de la confesión en general, no piensa en ellos o no cae en la cuenta de que su declaración puede causarlos, y menos aún los desea producir (esto ocurre con más frecuencia en las confesiones extrajudiciales). Sin embargo, la confesión no deja de existir, ni de producir todos sus efectos jurídicos. CARNELUTTI y BONNIER olvidaron esta elemental observación práctica (*cfr.*, tesis cuarta).

Con no menor frecuencia suele ocurrir que en el momento de formular su declaración judicial o extrajudicial, el confesante no piensa, por olvido o por ignorancia, en lo desfavorable que para sus intereses es el hecho que confiesa y en lo perjudiciales que pueden ser los efectos jurídicos de su acto. No obstante, la confesión existe, con todas sus consecuencias procesales y materiales, exactamente como si hubiera tenido conciencia plena de tales circunstancias. Lo desfavorable para sí o favorable para el adversario, del hecho confesado, es cuestión objetiva y no subjetiva, es decir, sólo importa que el hecho sea realmente favorable a la parte contraria o desfavorable a quien lo declara, y que así lo considere el juez en el modo de valorar esa declaración, para que exista confesión. Como se trata de un requisito diferente de la simple voluntariedad consciente del acto, lo examinamos por separado (*cfr.*, ordinal *d*, de este número). En esto consiste el error de la tesis quinta.

Si no hace falta conocer lo desfavorable del hecho, tampoco puede exigirse para que exista confesión una específica voluntad de producir tales efectos desfavorables, allanándole o proporcionándole la prueba al adversario. En la práctica esto se presenta muy raras veces, cuando el demandado está de acuerdo con las peticiones de la demanda, pero es indispensable la sentencia, por versar sobre materia no susceptible de disposición contractual o unilateral. También suele presentarse en los procesos simulados o fraudulentos. Al juez le es indiferente que exista o no esa intención específica en el fuero interno del confesante, y, además, le es imposible conocerla, salvo que aquél la declare expresamente. Cuando el juez considera probado el hecho e innecesaria otra prueba de él, obra en virtud del mandato legal que le asigna ese mérito a tal declaración o del que lo autoriza para valorarla libremente, mientras que la voluntad o la intención del confesante no influye para nada en él, ni tampoco tiene que preocuparse por conocerla. En esto consiste el error de la tesis tercera.

Más claro es todavía el error de las dos primeras tesis, porque al exigir una intención específica de renunciar al derecho material que de los hechos confesados se deduce, o al procesal de probar en contra de tales hechos o del derecho pretendido por la otra parte, hacen indispensable no solamente la prueba de que el declarante conocía el carácter

desfavorable del hecho y sus efectos jurídicos, sino también la de que los deseaba o perseguía y, además, de esa voluntad especial de renunciar que puede presentarse en el *reconocimiento* (porque se refiere lo mismo a los hechos que a las pretensiones o excepciones incoadas), como en otro lugar lo explicamos (*cfr.*, núm. 156), pero que es totalmente ajena a la confesión, a menos que ésta sea falsa; porque para renunciar a un derecho es indispensable tenerlo y esto impide que sean ciertos los hechos que lo excluyen o lo han extinguido.

La confesión, como todos los medios de prueba que no son requisitos *ad substantiam actus*, demuestra el hecho, pero no crea ni constituye el derecho que de aquél se origina.

Esos fines específicos que las tres primeras tesis le asignan a la voluntad del confesante, resultan en realidad simples ficciones, salvo en muy contados casos. Si en la práctica judicial se exigiera que los jueces comprobaran la existencia de ese *animus confitendi* para darle a la declaración de parte el valor de confesión, serían excepcionales las veces en que esto pudiera cumplirse, y por lo tanto, se reducirían a un mínimo la existencia y la utilidad de la confesión. La práctica demuestra que, por el contrario, los jueces no se preocupan por ese aspecto meramente subjetivo, sino que se atienen al contenido de la declaración y al carácter perjudicial objetivo del hecho sobre que versa, además de los otros requisitos que en este número venimos examinando.

El *animus confitendi* era requisito de la llamada *confessio in iure* en el antiguo derecho romano, porque no se trataba de una prueba, sino de un medio extraordinario de resolver el litigio, que sustituía la sentencia, y tenía, por lo tanto, un claro carácter dispositivo. Esta *confessio* se hacía ante el pretor, no ante el juez, y ocurría cuando el demandado confesaba ante aquél los hechos que originaban el derecho pretendido por el actor, en cuyo caso el pretor declaraba innecesario el proceso, a menos que se tratara de una restitución imposible de obtener por ese procedimiento o de una obligación de cuantía indeterminada. Una errada interpretación de esta institución romana por los prácticos de los siglos VI y siguientes, originó que se trasplantara el concepto del *animus confitendi* a la confesión judicial, cuando ni siquiera en Roma se exigió para ésta. Pero, como puede inferirse de la exposición que hemos hecho en este número, es una noción innecesaria, perjudicial e inaplicable a la confesión judicial y extrajudicial del derecho posterior al romano e inclusive a la *confessio in iudicio* del derecho romano, que es la equivalente a la confesión que regulan los códigos civiles y procesales de los últimos siglos<sup>115</sup>.

h) DEBE SER EXPRESA Y TERMINANTE. (LA CUESTIÓN DE SI EXISTE CONFESIÓN EN LOS INTERROGATORIOS.) Significa este requisito que no

<sup>115</sup> VICENZO PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, págs. 21-22, n. 61; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, páginas 146-150; L. PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, págs. 195-224.

hay confesiones implícitas, esto es, que sólo resultan por razonamientos inductivos o deductivos de la interpretación de las declaraciones escritas u orales de la parte.

Naturalmente, quienes exigen el requisito del *animus confitendi*, entendido de cualquiera de las maneras explicadas al exponer las cuatro primeras tesis sobre la voluntariedad de la confesión, excluyen por ello mismo la existencia de una confesión que no aparezca expresamente formulada, aun cuando no emitan concepto sobre el punto concreto <sup>116</sup>. Lo mismo cabe decir de quienes consideran la confesión como un negocio jurídico o un acto de disposición o de voluntad <sup>117</sup> y de quienes exigen, para que exista, la conciencia o el conocimiento del carácter desfavorable del hecho (*cfr.*, tesis quinta).

Pero consideramos que a la misma conclusión se llega si se acepta, como lo hacemos nosotros, la tesis que elimina el requisito del *animus confitendi* para la existencia de la confesión, porque se trata de dos aspectos diferentes. Cualquiera que sea la intención que haya tenido el declarante y aunque se prescinda de examinarla, 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.

En este sentido dice LESSONA <sup>118</sup>, con sobrada razón, que “no son confesiones las admisiones vagas y genéricas, las admisiones condicionales”, porque no existe entonces “intención de confesar”; BONNIER <sup>119</sup>, por su parte, opina que no hay confesión “en simples alegaciones en favor de los fundamentos en que se apoya la demanda o la defensa”, y que sólo la “confesión expresa” es confesión propiamente dicha. Luego agrega: “La ley se ha referido especialmente a la confesión judicial, ya porque se haya consignado siempre en debida forma, ya porque las circunstancias en que interviene *no permiten que se la considere como hecha ligeramente y sin reflexión*” (la cursiva es nuestra) <sup>120</sup>, y exige que “debe ser terminante y completa”, pues “de otra suerte sólo produciría a lo más un principio de prueba, que debería completarse por otros medios de demostración”. Por último, recuerda BONNIER que los juristas romanos “no han hecho más que proclamar una verdad de todos los tiempos, cuando dicen (ULPIANO, 1, 6, D., de confessis): *Certum confessus projudicatio crit, incertum, non erit*” <sup>121</sup>. SILVA MELERO <sup>122</sup> exige también que la confesión sea cierta, sincera, precisa y circunstan-

<sup>116</sup> Véanse citas hechas al tratar de cada una de dichas tesis, en el punto *g* de este número.

<sup>117</sup> Véanse citas en el núm. 157.

<sup>118</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 395, pág. 409.

<sup>119</sup> BONNIER: *De las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1929, t. I, núms. 345-347, págs. 555-557; núm. 349, pág. 558, y número 353, pág. 562.

<sup>120</sup> BONNIER: *Ob. cit.*, t. I, núm. 349, pág. 558.

<sup>121</sup> BONNIER: *Ob. cit.*, t. I, núm. 353, pág. 562.

<sup>122</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, pág. 194.



ciada, y RICCI<sup>123</sup> dice que debe ser *explicita*. Antonio ROCHA<sup>124</sup> opina que la confesión no debe ser dudosa ni vaga, como lo exigen los canonicistas (*certum*) y que su contenido debe ser claro y preciso, pues no puede ser implícita.

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 una pregunta o un interrogatorio, oral o escrito, no confiesa por ello el hecho interrogado, salvo norma legal en contrario. Para nosotros, la ausencia de confesión se debe a que quien se limita a interrogar no formula una declaración de ciencia o conocimiento, sino 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 que frecuentemente sobre lo que no se conoce). Sin embargo, puede ocurrir en la práctica que quien interroga formule simultáneamente expresas y claras afirmaciones o negaciones 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 reconocerles a esas declaraciones el carácter de confesión, si reúnen los demás requisitos. En los demás casos no habrá confesión, salvo norma legal en contrario.

Pondremos algunos ejemplos. Hay confesión en un interrogatorio como éste: “diga usted, si es cierto, que el día tal me entregó usted cinco mil pesos a título de mutuo, que yo afirmo haber recibido”, pues la parte final contiene una evidente declaración de haber recibido el preguntante ese dinero; en cambio, no hay confesión si la misma pregunta se formula así: “Diga usted si es cierto, sí o no, que el día tal me entregó usted la suma de cinco mil pesos a título de mutuo”, porque con ella puedo perseguir una respuesta negativa. Hay confesión en un interrogatorio a tercera persona redactado de la siguiente manera: “si es cierto que a usted le consta que yo recibí, como en efecto he recibido (o como afirmo haber recibido) de manos de XX, en calidad de préstamo, la suma de cinco mil pesos”, y también la hay en esta pregunta: “diga usted si es cierta mi afirmación de que tal día recibí de XX, en calidad de préstamo, la suma de cinco mil pesos”; pero, en cambio, no hay confesión si la anterior pregunta se redacta así: “diga si le consta que yo recibí de XX, en calidad de préstamo, la suma de cinco mil pesos, el día tal”, o “si a usted le consta que yo recibí de XX, a título de préstamo, la suma de cinco mil pesos”. Con mayor razón no hay confesión del conocimiento personal, en preguntas como las anteriores, si se refieren a hechos ajenos, por ejemplo: “si a usted le consta que A mantuvo relaciones sexuales con B, durante tal año”, pues quien pregunta no está declarando que a él sí le constan esas relaciones; tampoco hay confesión de paternidad en estas preguntas: “si a usted

123 RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 237, pág. 102.

124 ROCHA: *Derecho probatorio*, Rosario, 1962-1963, págs. 125-127 y 133.

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 formulara 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 (esta confesión servirá de prueba para la declaración judicial de la paternidad en juicio ordinario, pero no es título de reconocimiento del hijo). Para que exista reconocimiento de un hijo natural que sirva de título de estado civil, sin necesidad de declaración judicial, es indispensable un verdadero *animus recognoscendi* o, mejor dicho, *animus agnoscendi*, es decir, una clara y expresa voluntad de producir ese efecto jurídico. Por lo tanto, no puede existir nunca en interrogatorios a testigos o contrapartes en posiciones.

En otros términos, salvo norma legal expresa en contrario, cuando quien pregunta, sea en posiciones a otra parte o en cuestionarios a testigos, se limita a pedir al interrogado que manifieste lo que le consta de un hecho, *sin que el primero lo afirme expresa, clara e inequívocamente como cierto*, el interrogatorio no puede contener una confesión, pues ésta debe ser una declaración expresa y terminante (cuando apenas parezca que implícitamente se está aceptando el hecho, puede existir un indicio, pero jamás una confesión, como veremos más adelante). Cuando contenga una afirmación expresa y clara del hecho, existirá, además de la pregunta, una declaración confesoria. En Argentina, el art. 411 del nuevo C. de Pr. C. y Co. para la Nación, consagra el principio opuesto, de que la posición implica, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere; pero nuestro concepto tiene aplicación para las preguntas a testigos y a otra parte fuera de posiciones.

Excluyen implícitamente la posibilidad de que exista confesión en un simple interrogatorio, quienes exigen en aquélla la intención de renunciar al derecho material, o la intención de renunciar al derecho o a la facultad procesal de probar en contrario o de discutir el derecho de la contraparte, o la intención de suministrarle la prueba al adversario; entre ellos se cuentan LESSONA, PESCATORE, PLANCK, WACH, SICARD, ENRIQUE A. BECERRA, RICCI, GIORGIANI, LÓPEZ DA COSTA y ALSINA; lo mismo puede decirse de quienes limitan el *animus confitendi* a la intención de reconocer la verdad del hecho o de darlo por cierto, como BONNIER y CARNELUTTI. Porque quien interroga sin afirmar expresamente la existencia o inexistencia del hecho, lo hace en función de investigar el conocimiento del interrogado, en beneficio propio o para obtener una prueba favorable y, por lo tanto, sin intención de suministrar pruebas a la parte contraria, ni de renunciar a su propio derecho de defensa y ni siquiera de fijar el hecho o de probarlo con su interrogatorio. Puede decirse que también excluyen implícitamente la confesión en los simples interrogatorios los autores que defienden

la tesis que sólo exige la conciencia o el conocimiento del carácter desfavorable del hecho declarado, como FURNO, PANUCCIO, BULOW, MONTESANO, PUGLIATTI, DIANA, BETTI, SATTA y REDENTI, porque si la finalidad del interrogatorio consiste en procurar una prueba favorable a quien interroga, resulta incompatible con el conocimiento o la conciencia de que la pregunta le es desfavorable<sup>125</sup>.

Para quienes creemos que debe eliminarse totalmente el concepto de *animus confitendi* en la confesión, es razón suficiente para negar que pueda existir en simples interrogatorios a las partes o a testigos, la circunstancia de que en éstos no aparece una declaración expresa y terminante sobre el hecho, porque la parte se encuentra en función investigativa, tratando de obtener pruebas favorables, con el ánimo de defender su causa, y no ejerce, por lo tanto, una actividad declarativa.

BONNIER<sup>126</sup> dice expresamente: "*Simplees alegaciones y afirmaciones en apoyo de un sistema de defensa no pueden constituir confesión judicial, aun cuando se reiterasen en un interrogatorio sobre hechos y artículos*" (la cursiva es nuestra), pues a lo más podría verse en ella un principio de prueba por escrito. Ya vimos que exige, asimismo, que la confesión sea terminante y reflexiva<sup>127</sup>, requisitos que no aparecen en un simple interrogatorio, aun prescindiendo de exigir un *animus confitendi*.

RICCI exige que la confesión sea explícita, por lo cual tácitamente niega que puede haber confesión implícita en un interrogatorio, a menos que contenga una inequívoca y expresa afirmación del hecho y no la simple pregunta. Opina también este autor que no todas las declaraciones espontáneas de las partes en un proceso contienen confesiones, aun cuando versen sobre hechos, sino únicamente las formuladas con la intención de suministrar una prueba, la cual aclara su concepto<sup>128</sup>. Ricci explica que el proponente del interrogatorio puede renunciar a él o retirarlo, "por cuanto no pudiendo resultar beneficioso más que para el interpelante, el interrogado no tiene intereses fundados para exigir que el interrogatorio sea mantenido". En apoyo de su tesis cita una sentencia del Tribunal de Bolonia, del 24 de abril de 1871<sup>129</sup>. Luego, si no puede favorecer al interrogado, no es posible que contenga confesión del interrogante.

LESSONA les niega el carácter de confesión a las "admisiones vagas y genéricas", porque en ellas no puede haber "intención de confesar"<sup>130</sup> y porque es indispensable que aparezca una expresa y clara afirmación del hecho; luego la pregunta sobre éste no es confesión,

<sup>125</sup> Véanse citas en el punto anterior de este número.

<sup>126</sup> BONNIER: Ob. cit., t. I, núm. 353, pág. 502.

<sup>127</sup> BONNIER: Cita al comienzo de este párrafo.

<sup>128</sup> RICCI: Ob. cit., núm. 237, pág. 100.

<sup>129</sup> RICCI: Ob. cit., núm. 254-255, págs. 140-147.

<sup>130</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 395, pág. 409.

porque, en el mejor de los casos, sólo puede contener una admisión vaga e indirecta. Aclara su opinión cuando afirma que el objeto del interrogatorio "es, como hemos dicho, *obtener* una declaración sobre hechos discutidos", o sea, *no hacer* una declaración, y agrega en nota: "Por consiguiente, no es exacto, como observa bien CASTELLARI, concebir el interrogatorio como órgano formal de la confesión de la parte" y trae a cuento entre comillas esta frase, al parecer del autor citado por él: "La confesión no es el efecto del interrogatorio, pero puede ser efecto de la respuesta"<sup>131</sup>. Así, pues, LESSONA en forma clara y expresa defiende esta tesis, con prescindencia del argumento que se puede obtener de su concepto sobre la necesidad del *animus confitendi*.

SILVA MELERO excluye, como vimos (*cf.*, punto G, tesis 6ª, de este número), el *animus confitendi* para la existencia de la confesión y exige únicamente que sea "consciente", sin que interese que conozca o no las consecuencias de su declaración. Sin embargo, al tratar de los precedentes históricos del procedimiento<sup>132</sup>, examina concretamente el punto de si existe confesión en las posiciones o interrogaciones a testigos; cita a FERRERO y explica que éste distingue entre "posiciones" e "interrogaciones", para concluir que en las primeras el que las "pone" afirma como cierto el hecho que en ella sienta, lo cual no sucede en las segundas. Luego concluye diciendo: "Esta cuestión, como se comprende fácilmente, plantea dudas sobre si la 'posición' obliga a suponer un punto de vista que el que la formula debe admitir, problema —repito— grave, que, sin embargo, ha de resolverse conforme al criterio que se tenga en orden a la naturaleza jurídica de la confesión; si se trata de un negocio jurídico, simplemente lo que contará es la respuesta, y si, por el contrario, se atiende a su carácter probatorio y a su ascendencia histórica, es muy probable que *haya que valorar la forma y el modo como la posición ha quedado formulada*" (la cursiva es nuestra); en cambio, respecto al interrogatorio de testigos, es más definido al negar que pueda contener confesiones, porque "el que articula no confiesa los 'artículos' ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar formulando a los testigos una pregunta".

El criterio de SILVA MELERO sobre el contenido confesorio de las posiciones es similar al nuestro, puesto que, según él, depende de la forma y del modo como aparezcan redactadas, lo cual entendemos en el sentido de que puede existir sólo cuando contenga afirmaciones claras y expresas del hecho. En cuanto a negar que se presenten en interrogatorios a testigos, estamos de acuerdo con él y con la doctrina moderna en general, con la salvedad para el caso de que contengan afirmaciones expresas, terminantes y claras, como en los ejemplos que pusimos atrás.

<sup>131</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 470, pág. 484 y n. 6ª. *Ibidem*, núm. 488 b, pág. 499.

<sup>132</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., 1964, t. II, págs. 27-31.

Tampoco existe confesión en las peticiones subsidiarias de la demanda, ni en las excepciones propuestas como subsidiarias por el 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 pide una declaración favorable. Luego es imposible admitir que en ellas exista una confesión expresa y terminante del hecho o del derecho pretendido o de la excepción propuesta subsidiariamente. Igual opinión expresan LESSONA, ALSINA y ROCHA<sup>133</sup>. Este último agrega que tampoco existe en propuestas de transacción, en lo cual estamos de acuerdo.

i) 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, como, por ejemplo, en materias penales la del menor púber; es decir, que hay unanimidad en exigir la capacidad como requisito de la confesión<sup>134</sup>.

No existe la misma unanimidad en cuanto a precisar si la capacidad del confesante es requisito para que exista jurídicamente la confesión o únicamente para su validez y eficacia. Muchos autores se abstienen de opinar sobre este punto; otros, entre ellos BONNIER, RICCI, SILVA MELERO, ROCHA, ALSINA, ZANZUCHI, PONTES DE MIRANDA, HUERT y SICARD, la consideran un requisito para su validez o eficacia; en cambio, LESSONA y GUASP, creen que es un elemento constitutivo o un supuesto necesario para su configuración y, por lo tanto, indispensable para que pueda existir<sup>135</sup>. COUTURE exige que sea un acto de

<sup>133</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 396, pág. 411; ALSINA: *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, pág. 236, n. 35; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, Rosario, 1962-1963, págs. 140-141.

<sup>134</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, t. I, págs. 413-415 y 423-425; RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, sin fecha, t. II, número 239, págs. 111-112; BONNIER: *Tratado de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Madrid, 1929, t. I, núm. 351, pág. 560; CHIOVENDA: *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 61, pág. 290, e *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, núm. 57, págs. 230-231; REDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, número 79, pág. 285; ROCCO: *Trattato*, Torino, 1957, t. II, págs. 116-119, y *Teoría general del proceso civil*, México, 1959, pág. 434; ZANZUCHI: *Derecho procesal civil*, Milano, 1955, t. II, núm. 66, págs. 69-70; COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1949, págs. 285-286; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 350; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1952, págs. 261 y 267; PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1964, página 418; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, 1963, t. I, pág. 194; PONTES DE MIRANDA: *Comentarios al código de proceso civil*, Rio, Edit. Forense, 1958, t. III, pág. 374; ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matiere de preuve*, París, Edit. Dalloz, 1965, pág. 222; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, núm. 245, pág. 189; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, edic. del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 126 y 129-130; HUGO ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, t. II, págs. 229-232.

<sup>135</sup> Véanse citas anteriores.

libertad psicológica, jurídica y moral, porque, "ese elemento libertad, forma la esencia de la confesión"; luego implícitamente acoge la última tesis, pues, como es obvio, sin capacidad, al menos relativa, no puede existir dicha libertad.

Por nuestra parte, creemos que es indispensable distinguir la incapacidad absoluta de la relativa, en vista de que la confesión debe ser un acto consciente (*cfr.*, punto G de este número). La primera impide que el sujeto pueda tener conciencia de lo que hace o dice, como le sucede al demente y al impúber, por lo cual creemos que más que producir nulidad absoluta de la confesión, impide que exista; tampoco puede haber confesión de un sordomudo que no puede darse a entender por escrito, aun cuando goce de inteligencia y sana razón, porque está físicamente imposibilitado para declarar, motivo que lo constituye en un caso *sui generis*. En cambio, los incapaces relativos, como el menor púber o el adulto no emancipado, los disipadores bajo interdicción, el quebrado y las mujeres casadas mayores de edad cuando la ley las somete a la tutela del marido (como ocurrió en Colombia hasta la vigencia de la ley 28 de 1932), gozan de discernimiento, y por ello sus declaraciones orales y escritas son conscientes y constituyen confesiones cuando reúnen los otros requisitos examinados en este número; pero como la ley les priva de capacidad dispositiva y de facultad para obligarse, su relativa incapacidad vicia de nulidad su confesión e impide su validez y eficacia.

En otros términos, la capacidad relativa es un requisito para la existencia de la confesión, porque su falta implica un estado de inconsciencia; la capacidad plena lo es únicamente para su validez y eficacia, porque su falta no impide que el acto sea consciente, aunque generalmente lo vicia de nulidad.

Quienes exigen el *animus confitendi* para que exista confesión, entendido como intención o voluntad de perseguir determinado fin jurídico (sea renunciar a un derecho material o al procesal de defensa, o suministrarle una prueba al adversario, o producir efectos jurídicos desfavorables para sí mismo o simplemente reconocer la verdad del hecho en un proceso actual o futuro (*cfr.*, punto g de este número, tesis 1ª a 4ª inclusive), implícitamente le dan el mismo carácter a la capacidad por lo menos relativa del confesante, puesto que el incapaz absoluto está síquicamente imposibilitado para ejecutar un acto de voluntad con efectos jurídicos.

Quienes eliminan el *animus confitendi* de entre los requisitos para la existencia de la confesión, pero exigen la conciencia o el conocimiento del carácter desfavorable del hecho confesado (*cfr.*, punto h de este número, tesis 5ª), implícitamente llegan a la misma conclusión respecto a la capacidad por lo menos relativa del confesante, porque la absoluta incapacidad impide que se tenga esa conciencia o conocimiento.

Y quienes únicamente exigen que el confesante tenga la voluntad genérica de todo acto jurídico, es decir, que sea un acto cons-

ciente, que el confesante la haga con conocimiento de causa o a sabiendas de lo que declara, aunque no tenga conciencia de que le es perjudicial (*cfr.*, punto *g* de este número, tesis 6<sup>a</sup>), también implícitamente incluyen la capacidad, al menos relativa, entre los requisitos para la existencia de la confesión, porque sin ella no puede haber esa conciencia genérica, sino un estado de inconsciencia permanente.

Cualquiera que sea la tesis que se adopte respecto al *animus confitendi*, se llega a la misma conclusión. Sin embargo, la mayoría de los autores callan al respecto o contemplan la capacidad sólo como requisito para la validez o eficacia de la confesión. LESSONA, GUASP y COUTURE la consideran como elemento constitutivo o esencial de la confesión, sin hacer diferencia respecto a las dos clases de incapacidad. Para nosotros esta distinción constituye la clave fundamental para la adecuada calificación de este requisito. En la práctica es lo mismo considerar inexistente o absolutamente nula la confesión del incapaz absoluto, ya que ambos conceptos conducen a desconocerle toda eficacia probatoria, pero teóricamente la diferencia es clara; en cambio, la distinción de las dos clases de incapacidad tiene importancia práctica en un sistema de libre valoración de las pruebas, porque se autoriza al juez para apreciar la confesión del incapaz relativo y para concederle cierto mérito probatorio según las circunstancias, como se ha hecho en Austria de acuerdo con doctrina citada por LESSONA<sup>136</sup>.

Al estudiar los requisitos para la validez de la confesión examinaremos nuevamente el caso de los incapaces relativos.

j) 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 y extrajudicial, es decir, de la llamada voluntariedad de la confesión (*cfr.*, punto *g* de este número), y significa que las declaraciones sobre hechos perjudiciales a quien las formula, obtenidas por medio de violencia física, de tormento o de drogas y otros procedimientos que aunque no produzcan un estado de absoluta inconsciencia, eliminan la voluntad y destruyen la libertad de elección, sólo revisten la apariencia externa o formal de confesión, pero no pueden tener jurídicamente esta calidad. Naturalmente, si causan una situación de inconsciencia, de manera que el sujeto no pueda conocer lo que dice o hace, no existe confesión. El requisito que ahora examinamos es más amplio, porque una persona puede estar en condiciones de discernir sobre lo que diga o haga, pero al mismo tiempo puede carecer de libertad para obrar de otra manera, como resultado del sufrimiento que le causa la violencia física que sobre él se ejerce por el juez, por la parte contraria o por terceros, o como efecto de coacción psicológica, de drogas o de otros medios artificiales que des-

<sup>136</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 402, pág. 414.

truyen su voluntad; y entonces no puede existir confesión desde un punto de vista jurídico, esto es, como medio de prueba judicial.

En estos casos no existe una declaración en sentido jurídico, ni prueba judicial, sino un procedimiento ilícito y antijurídico. Por ello la antigua institución del tormento, empleada para obtener confesiones, era un protuberante absurdo jurídico y encerraba un evidente contrasentido. Lo mismo cabe decir de los métodos violentos y de las torturas psicológicas usadas por algunos investigadores de este siglo, para obtener confesiones aparentes, especialmente en países sometidos a tiranías políticas. Son estos ejemplos de las pruebas ilícitas, que estudiamos al tratar de la clasificación general de las pruebas (*cfr.*, núm. 137, punto *m*).

La simple coacción moral o psicológica, con o sin el empleo de drogas u otros medios artificiales, que no alcanza a producir inconsciencia ni a destruir totalmente la voluntad y la libertad de elección, no impide que exista jurídicamente confesión, pero vicia el consentimiento y afecta la libre voluntariedad del acto, por lo cual invalida su efecto probatorio. Esto significa que la coacción que no destruya la voluntariedad del acto, vicia de nulidad la confesión, pero no impide que exista. Suele hablarse en este sentido de la espontaneidad de la confesión, pero este término se presta a confusiones debido a que generalmente se entiende por confesión espontánea la que no es obtenida mediante un interrogatorio judicial, sino que surge por iniciativa del confesante. Por esto es preferible decir que para su validez y eficacia es indispensable que sea un acto, libremente ejecutado, aunque se provoque mediante posiciones formuladas por la contraparte o mediante interrogatorios del juez (*cfr.*, núms. 150 y 174).

Algunos autores consideran que la violencia física y moral es causal de revocación o retractación de la confesión, o que es requisito para su validez y eficacia probatoria; así lo hacen GORPHE, GARRAUD, BONNIER, ROCHA, SICARD y ALSINA, cuyas opiniones examinaremos en el número siguiente <sup>137</sup>.

Otros autores excluyen la existencia misma de la confesión cuando la parte es obligada por medios violentos. Entre éstos podemos mencionar, en primer lugar, a LESSONA <sup>138</sup>, para quien la confesión "debe ser voluntaria, es decir, fruto de un consentimiento no viciado", en lo

<sup>137</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, págs. 219-223; GARRAUD, citado por GORPHE: *Ob. y pág. cit.*; BONNIER: *Tratado de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Madrid, Edit. Bens, 1929, t. I, pág. 355; ANTONIO ROCHA: *De la prueba en derecho*, 1967, t. I, pág. 227, y *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 126-129 y 171-177; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, edic. Comment Faire, 1960, núm. 246, pág. 188, quien cita varias sentencias de tribunales franceses de 1936, 1938 y 1949; HUGO ALSINA: *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, pág. 236.

<sup>138</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 395, pág. 409.



cual sigue el principio romano "*Libera emissa sit confessio nan si quis metu compulsus, in se aliquid confessus, esset confessio non nasceret*". También sostiene este ilustre autor italiano que la confesión resulta viciada y es revocable por cualquier causa que vicia el consentimiento, como la violencia, el error, el dolo y la alteración mental<sup>139</sup>, por lo cual creemos que distingue la falta total de voluntad y el simple vicio del consentimiento, como lo hacemos nosotros. Podemos citar también a SILVA MELERO<sup>140</sup>, quien considera que "toda confesión formada o constreñida no es más que una apariencia de confesión" y que en el derecho español no se la puede tener en cuenta; a COUTURE<sup>141</sup>, pues, como expusimos antes, observa que "la confesión es, en todo caso, un acto de libertad", psicológica, jurídica y moral; a FRANCO CORDERO, para quien la confesión obtenida por la fuerza o con violencia moral es irrelevante y en consecuencia podría hablarse de inexistencia del acto<sup>142</sup>; a Aurelio SCARDACCIONE, quien opina que "la invalidez de la confesión por violencia se refiere exclusivamente a la violencia moral", porque cuando es fruto de la violencia física, "más que inválida será inexistente", y cita en el mismo sentido a MONTESANO y a NATOLI y FERRUCCI<sup>143</sup>; a DE PINA<sup>144</sup>, porque dice que la confesión es libre o no es confesión.

Otros autores, como PESCATORE, PLANCK, DIANA, WACH, RICCI, GIORGIANI, CARNELUTTI y LÓPEZ DA COSTA, no dan un concepto expreso, pero desde el momento en que exigen para la existencia de la confesión el *animus confitendi*, con voluntad específica de producir cierto efecto jurídico, implícitamente excluyen las declaraciones obtenidas con violencia física o coacción moral, porque en ellas no puede existir ese *animus* (cfr., citas en el punto *h* de este número, tesis 1ª a 4ª). Quienes eliminan el requisito del *animus confitendi*, pero exigen que sea un acto voluntario o consciente, tácitamente le niegan el carácter de confesión a la declaración obtenida por medio de tormento o de violencia física que produzca un estado de inconsciencia o que destruya la voluntad, y le asignan la condición de causa de invalidez a la coacción moral o física de menor intensidad. Esta es la posición de FURNO, PANUCCIO, VON BULOW, MONTESANO, PUGLIATTI, SATTI, REDENTI, BETTI, GUASP, GENTILE, CAPPELLETTI, CHIOVENDA, ARAGONESES, PRIETO CASTRO, ALLO-

<sup>139</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 590, pág. 579.

<sup>140</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, ed. cit., t. I, págs. 193-195, y ed. 1964, t. II, pág. 118.

<sup>141</sup> COUTURE: *Estudios*, ed. cit., 1949, t. II, pág. 286.

<sup>142</sup> FRANCO CORDERO: *Tre studi sulle prove penali*, 2ª, Prove illecite, núm. 10, págs. 167-170.

<sup>143</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Torino, Edit. Giurisprudenza Sistemática Civile e Commerciale, 1965, págs. 296-297; MONTESANO: *Note sulla natura giurídica della confessione*, en "Giur. comple. cass. civ.", 1948, t. III, pág. 147; NATOLI E FERRUCCI: *Della tutela dei diritti*, Trascrizione, Prove, en "Comentario codice civile", Torino, Edit. UTET, 1959, t. VI, núm. 1, pág. 379.

<sup>144</sup> DE PINA: *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, pág. 150.

RIO y PONTES DE MIRANDA (*cfr.*, citas en el punto *g* de este número, tesis 5ª y 6ª).

Como lo indicamos antes, creemos que desde un punto de vista puramente teórico es mejor distinguir los casos de violencia que destruyen completamente la voluntad y la conciencia del acto, para negar entonces que pueda existir confesión, y aquellos en que si bien no alcanzan a producir esos efectos, eliminan sin embargo la libertad de elección y vician el consentimiento, como los de coacción moral y amenazas de violencia física, que únicamente son causas de nulidad o invalidez de la confesión. En la práctica viene a ser lo mismo la inexistencia que la nulidad de la confesión, porque en ambos casos queda eliminado su valor y su significado probatorio.

*k)* DEBE SER SERIA. Este requisito significa que no existe 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 (*cfr.*, punto *f* 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).

Antonio ROCHA pone el ejemplo de que una persona diga extrajudicialmente que debe una suma a un tercero, para dar una disculpa social a quien le pide un préstamo<sup>145</sup>. Y más adelante citados fallos de la Corte Suprema colombiana, en los que se habla de “la seriedad con que obraba el sujeto al soltar su confesión”, como uno de los elementos que deben considerarse para valorarla, y de la necesidad de estudiar cuidadosamente las circunstancias que la rodearon<sup>146</sup>.

RICCI explica así el sentido de este requisito: “La confesión extrajudicial debe presentar verdaderos caracteres de seriedad para que sea reconocida como tal y le sea atribuido así su valor probatorio. Cuando la confesión se hace en juicio es siempre seria, porque así lo exige la presencia del juez, mientras que la que se hace a la parte fuera del juicio puede no serlo, porque no siempre la seriedad acompaña a los actos humanos”<sup>147</sup>. SILVA MELEIRO<sup>148</sup>, por su parte, dice que debe ser cierta, sincera y verdadera, con lo cual exige su seriedad.

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 (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 confe-

<sup>145</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. del Colegio del Rosario, 1962-63, pág. 140.

<sup>146</sup> ROCHA: *Ob. cit.*, págs. 146-147; casación, 12 febrero 1947 y 14 agosto, respectivamente, y *De la prueba en derecho*, 1967, págs. 224-226.

<sup>147</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 234, pág. 96.

<sup>148</sup> SILVA MELEIRO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, pág. 194.

sión. Y las confesiones extrajudiciales deben presumirse serias mientras no se demuestre lo contrario, especialmente si constan en documentos públicos o privados. Esa seriedad es más evidente cuando el documento es público, o si siendo privado ha sido reconocido por quien lo suscribió y en la confesión judicial, pues no se concibe que en tales casos se trate de una broma o una disculpa; puede ocurrir que sea una confesión simulada o fraudulenta, con el ánimo de preconstituir una falsa prueba en perjuicio de terceros, lo cual iraplica otro problema, pero aun en ese caso se cumple el requisito de su seriedad y existe confesión; razón por la cual a quien lo alegue le corresponde probar que no es cierta, como veremos al tratar de su revocación (*cfr.*, número 170).

Naturalmente, los autores que exigen el *animus confitendi*, con cualquiera de las finalidades que se dejaron explicadas en el párrafo G, de este número, excluyen por eso mismo la existencia de la confesión en declaraciones emitidas en broma o para dar una disculpa social, porque en ellas no aparece tal requisito. Mas a igual conclusión se llega si se prescinde de dicho *animus*, por las razones que se acaban de exponer.

### 153. 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 que se refieren a la validez de la confesión. Los actos jurídicos en general y los procesales en particular (y por lo tanto las confesiones), pueden nacer a la vida jurídica perfectos o imperfectos, con o sin vicios que los afecten e invaliden, y, en ocasiones, a pesar de ser válidos pueden resultar ineficaces para el fin jurídico que con ellos se persigue. El acto jurídico nulo, absoluta o relativamente, nace a la vida jurídica y existe mientras no se declare su nulidad. Lo mismo ocurre con las confesiones, pero no se requiere una declaración previa de su nulidad para que el juez pueda desestimarlas por esta causa.

Hay, por lo tanto, confesiones válidas o nulas, y confesiones eficaces o ineficaces para probar determinado hecho, no obstante que unas y otras reúnen los requisitos antes estudiados, para que se produzcan o existan como tales. Cuando faltan los requisitos necesarios para su existencia, el acto procesal o extraprocesal no es confesión; cuando faltan los que ahora estudiamos, la confesión existe, pero será nula e inválida, lo cual impedirá que produzca sus efectos jurídicos probatorios; cuando no se reúnen los que examinaremos en el próximo número, el acto jurídico confesión será válido, pero ineficaz para probar el hecho sobre el cual versa.

La falta de los requisitos que en seguida examinaremos vicia de nulidad la confesión, pero no es necesario que el juez declare esa nulidad, pues le basta negarle valor como medio de prueba en el momento

de apreciarla, y lo mismo ocurre cuando falta alguno de los requisitos para su existencia. En estos casos, si la confesión se efectuó en diligencia de posiciones o en interrogatorio del juez, debe ordenarse repetir la diligencia, oficiosamente, si el juez tiene facultades inquisitivas, o en auto para mejor proveer (puesto que se trata de aclarar los hechos declarados en la confesión viciada de nulidad o sólo aparente) y a petición de parte interesada, cuando aquello no sea procedente. Sólo cuando el vicio se extienda al procedimiento debe declararse la nulidad total o parcial de éste, lo cual implica la de la prueba; pero no siempre que el proceso es anulado resultan también nulas la confesión y las otras pruebas practicadas en él, como vimos al tratar de su ratificación. Si la confesión reúne los requisitos para su existencia y validez, la nulidad del proceso no puede impedir que surta sus efectos en el mismo, si se repite su trámite, o en unos diferentes, si se lleva su copia oportunamente (*cfr.*, núm. 105).

Por lo tanto, cuando la confesión que obra en el proceso es aparente o nula por existir la prueba de la falta de un requisito para su existencia o de una causa de nulidad, para que pueda sanearse y tener valor es indispensable que se produzca de nuevo, con todos los requisitos legales y libre de vicios. Si el juez tiene facultades inquisitivas, deberá ordenar nuevas posiciones u otro interrogatorio, oficiosamente, y si puede dictar un auto para mejor proveer podrá utilizarlo para tal fin. En los demás casos se requerirá petición oportuna de la parte interesada, mas como se trata de repetir la prueba ya admitida o decretada, no importa que el término para pedir pruebas haya vencido, si todavía es posible la práctica de las pedidas oportunamente. También se debe permitir 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, como es obvio.

A continuación veremos cuáles son esos requisitos para la validez de la confesión.

a) LA PLENA CAPACIDAD DEL CONFESANTE, SALVO EXCEPCIÓN CONSIGNADA EN LA LEY. En el número anterior vimos que cuando falta totalmente la capacidad del sujeto que confiesa (impúber, demente, sordomudo que no puede darse a entender por escrito), no puede existir confesión; pero cuando se trata de incapaces relativos, como los menores púberes, los interdictos, los quebrados y las mujeres casadas cuando la ley les asigne esa condición (como ocurrió en Colombia antes de la ley 28 de 1932), es un requisito subjetivo para la validez, tanto de la confesión judicial como de la extrajudicial.

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 refiere a los casos en que la ley le reconoce valor a la confesión de los incapaces relativos, como el menor emancipado o el púber en materias penales.

Este requisito de la capacidad no se debe a que con la confesión se disponga directa o indirectamente del posible derecho del confesante o que se renuncie a él, como pueden entenderlo quienes exigen el *animus confitendi* como intención de renunciar al derecho o de suministrarle la prueba al adversario (*cfr.*, número anterior, punto g, tesis 6ª y nuestro concepto); esa capacidad es necesaria porque la confesión es una declaración y aquélla es condición para la validez de todo acto jurídico.

Todos los autores incluyen la capacidad entre los requisitos de la confesión; unos la consideran necesaria para su eficacia<sup>149</sup>, otros para su validez<sup>150</sup>, y algunos se limitan a decir que es un requisito necesario sin calificarlo. Nosotros consideramos la capacidad plena como requisito para la validez de la confesión, por cuanto su falta vicia de nulidad el acto; pero creemos que cuando la incapacidad es absoluta ni siquiera puede haber confesión nula, sino inexistencia del acto, como en el número anterior lo explicamos.

El caso de los incapaces relativos merece un examen más detenido.

*El menor adulto habilitado de edad* tiene capacidad jurídica general, excepto para los actos que la ley lo excluya expresamente y, por lo tanto, podrá confesar válidamente en juicio o fuera de él, a menos que la confesión verse sobre alguno de esos actos que por excepción no pueda ejecutar libremente.

*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 juicio 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 ventila (C. C. colombiano, arts. 306 y 309, y C. de P. C. colombiano, arts. 240 a 245).

*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 juicio por sí mismo en litigios de índole patrimonial y tanto en la quiebra como en cualquier otro proceso no

<sup>149</sup> ALSINA: *Tratado*, ed. cit., t. II, pág. 226; BONNIE: *Tratado teórico y práctico de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 351, pág. 560; ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, Edit. Dalloz, 1965, pág. 222; BICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 239, pág. 112.

<sup>150</sup> CHIOVENDA: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 61, pág. 290, e *Instituzione*, ed. cit., t. III, núm. 57, pág. 230; SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., págs. 281-283; LESSONA: *Teoria general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 410, págs. 423-424; COUTURE: *Estudios*, ed. cit., t. II, pág. 285; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, ed. cit., 1962, págs. 261 y 267; GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 356; ZANZUCHI: *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, número 66, pág. 70; PONTES DE MIRANDA: *Ob. cit.*, t. III, pág. 374; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, núm. 245, pág. 187; REDENTI: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núm. 79, pág. 286; ROCCO: *Trattato*, ed. cit., t. III, pág. 118, y *Teoria general del proceso civil*, México, ed. cit., pág. 436.

penal que pueda relacionarse con aquélla, es representado por el síndico que el juez designe, quien además lleva la representación de la "masa de la quiebra", que constituye un patrimonio autónomo con personería jurídica. Por consiguiente, la confesión del quebrado y del concursado es nula, por falta de plena capacidad, tanto en el proceso civil o comercial de concurso o quiebra, como en otro cualquiera que pueda influir en éstos; pero es válida si versa sobre cuestiones ajenas a la quiebra o concurso y a la administración o disposición de bienes, como los familiares de filiación o divorcio, en las cuales según dice GENTILE<sup>151</sup>, puede comparecer por sí mismo; o como dice AMARAL SANTOS<sup>152</sup>, puede confesar en juicios que se le sigan como hombre, como ciudadano o miembro de familia.

*El interdicto por dilapidador* es un incapaz relativo, comparece al juicio representado por su curador, y, por lo tanto, carece de capacidad para confesar, con las mismas excepciones que para el quebrado explicamos; pero vale su confesión en los mismos casos que la del quebrado. *Los demás interdictos por demencia o sordomudez*, son incapaces absolutos y no pueden confesar.

*Los representantes legales, gerentes, administradores y mandatarios en general*, pueden confesar válidamente a nombre de sus representados, pero sólo mientras estén en ejercicio de sus funciones y respecto a los actos o contratos realizados por ellos y que podrán ejercitar válidamente, como lo acepta el art. 405 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la justicia nacional<sup>153</sup>.

El texto argentino acabado de citar, autoriza al apoderado para absolver posiciones, por su mandante, respecto a hechos anteriores a su mandato, si éste se encuentra ausente del lugar del juicio y siempre que tenga facultades para ello y la contraparte lo consienta.

En cuanto al apoderado judicial, puede confesar por su mandante si tiene facultades para ello o si la ley las presume (en Colombia se presume la autorización para confesar en los escritos de demanda, excepciones dilatorias y réplicas a ambas); en los demás casos su confesión resultará ineficaz o carente de mérito probatorio, por falta de disponibilidad del derecho sobre el cual versa la confesión (*cfr.*, número siguiente).

b) 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 in-

<sup>151</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, pág. 457.

<sup>152</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria*, ed. cit., t. II, núm. 45, pág. 56.

<sup>153</sup> En contra AMARAL SANTOS: Ob. cit., t. II, núm. 46, quien rechaza la confesión y únicamente advierte que declaren como testigos.

terrogatorios del juez o de otra parte. Preferimos hablar de ausencia de coacción.

GORPHE<sup>154</sup> dice que “la confesión se revela solamente probatoria cuando es libre” y que “vale en la medida que resulte espontánea”; y rechaza la que se obtenga por “medios de violencia física o moral, y esto no sólo por un objetivo liberal de respeto hacia la persona y como salvaguardia de la defensa, sino también porque las confesiones obtenidas por tales medios no presentan ninguna garantía”. Además condena las prácticas ilícitas, a las cuales se entregan agentes celosos de la policía, que LOCARD califica de “vergüenza de las policías europeas” y que las norteamericanas practicaron hasta hace muy poco tiempo mediante los denominados interrogatorios “de tercer grado”, llenos de brutalidades y verdaderas torturas. En los Estados Unidos de Norteamérica, afortunadamente, fueron abolidos esos métodos en el nuevo Código de Procedimiento y consolidadas por reciente fallo de la Corte Suprema, del 13 de junio de 1966, “para mantener un equilibrio justo entre el Estado y el individuo y para respetar la inviolabilidad de la persona humana”.

LESSONA<sup>155</sup> dice que “la declaración debe ser voluntaria, es decir, fruto de un consentimiento no viciado” y más adelante incluye la violencia entre las causales de revocabilidad de la confesión<sup>156</sup>. El actual Código Civil italiano la incluye también como motivo de revocación, en su art. 2732.

Puede decirse que existe unanimidad en la doctrina acerca de este requisito elemental para la validez de la confesión, aunque no alcance a producir inconsciencia ni a destruir totalmente la voluntariedad del acto.

Los autores que exigen, para que exista confesión, el *animus confitendi*, como intención de renunciar al derecho sustancial o al procesal de defensa, o como conciencia de su carácter desfavorable, o como voluntad de suministrar una prueba a la parte contraria, implícitamente le niegan valor a la que es producto de la violencia física, moral o síquica (*cfr.*, núm. 152, punto g).

La confesión obtenida por medios violentos o mediante graves amenazas o por los modernos medios de coacción psicológica, con o sin la ayuda de drogas especiales, es una prueba ilícita, como lo explicamos al tratar de la clasificación de las pruebas (*cfr.*, núm. 137 M). Pueden consultarse también las citas de autores que allí hicimos.

Conforme lo expresamos en el número anterior, cuando la violencia destruye en forma total la conciencia del sujeto, impide que exista confesión, es decir, es una causa de inexistencia más que de nulidad del acto. Cuando la persona declara en estado consciente, dándose

<sup>154</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, págs. 220-223.

<sup>155</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 395, pág. 409.

<sup>156</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 590, pág. 578-579.

cuenta de lo que dice, pero bajo los efectos del dolor, el agotamiento o la coacción moral o psicológica, existe el acto jurídico de confesión, pero queda viciado de nulidad absoluta.

Los códigos colombianos, argentinos y venezolanos no exigen expresamente la espontaneidad de la confesión, como requisito para su validez, pero como se trata de una declaración, no dudamos en considerarlo implícito. El juez civil, lo mismo que el laboral o el fiscal, no debe vacilar en considerar nula la confesión cuando del proceso aparezca la prueba de este vicio. El art. 255 del Código de Procedimiento Penal colombiano, sí exige, para la validez de la confesión, que sea "libre y espontánea".

También en el proceso penal se exige la espontaneidad de la confesión, libre de coacción física y psicológica, como enseña FLORIAN<sup>157</sup>, quien cita a TANZI para patentizar el peligro de que ciertas personas débiles, tímidas o enfermas, sean incapaces de resistir un largo e intenso interrogatorio del investigador, y terminen confesando lo que no es cierto, especialmente si se utilizan preguntas capciosas y sugestivas. De ahí que no sea suficiente una confesión para condenar al sindicado y que se requiera la investigación sobre su personalidad, los motivos que lo llevaron a confesar, el objeto de la misma y su contenido, además de la prueba del cuerpo del delito, como lo exige la ley procesal penal colombiana. En definitiva, según dice el profesor italiano, la confesión en el proceso penal es un indicio y no impide la absolución del confesante.

En el mismo sentido se expresa el ilustre profesor argentino Jorge E. CLARÍA OLMEDO, quien incluye entre las condiciones subjetivas de la confesión, la de que el sindicado no sufra coacción "de ninguna forma, ni por la propia autoridad receptora del dicho, ni por cualquier otra persona"<sup>158</sup>.

El error de hecho y el dolo dan lugar a la revocación o retracto de la confesión, como más adelante veremos (*cfr.*, núm. 170), pero no causan la nulidad o invalidez del acto. Por lo tanto, su ausencia no es un requisito para su validez, sino para mantener su eficacia probatoria, en cuanto autorizan a revocarla en ciertos casos.

c) 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 y de cualquier modo, pero la judicial debe producirse en el trámite del proceso, y, por lo tanto, rigen para ella estas formalidades procesales, especialmente si es provocada. La confesión judicial espontánea puede ocurrir en cualquier momento del proceso, por escrito u oralmente (lo último en los procesos orales o en ciertas diligencias o audiencias), sin sujeción

<sup>157</sup> FLORIAN: *Delle prove penal*, ed. cit., t. II, núms. 14<sup>bis</sup> y 18-19.

<sup>158</sup> CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1966, t. V, núm. 1217, pág. 100.



a requisitos especiales de forma (la presentación personal del escrito, ante el juez o secretario, es necesaria cuando la ley lo exija para el caso particular, por ejemplo, para la demanda, el desistimiento, la transacción formalizada en memorial y la suspensión del juicio; pero aun en este caso es válida la confesión espontánea que en esos escritos se contenga, a pesar de que por faltarle al escrito esa presentación personal, no se atiendan sus solicitudes).

La confesión judicial provocada por interrogatorio del juez o de la parte contraria, es, en cambio, una actuación procesal sujeta a los requisitos de tiempo, modo y lugar que la ley contempla, como lo veremos al tratar de las posiciones. El requisito u oportunidad significa que debe producirse en la etapa probatoria respectiva, en una diligencia o en audiencia de conciliación (en los dos últimos casos cuando la ley lo autorice), por lo cual carecerá de valor si el juez procede al interrogatorio en otra oportunidad que la ley procesal no contemple. Debe tenerse en cuenta lo que expusimos sobre el requisito de la oportunidad procesal de las pruebas en general (*cf.*, núm. 99).

El requisito del modo se refiere a que se cumplan las formalidades procesales requeridas para el interrogatorio, cuando la ley las exige y sean esenciales para el acto. Es deseable que el juez pueda obrar con absoluta libertad de forma para el interrogatorio, como sucede en la indagatoria del proceso penal, y es mejor que el interrogatorio por otra de las partes tampoco esté sujeto a formas determinadas, por lo cual debe examinarse este requisito con criterio amplio, de manera que sólo la ausencia de formalidades esenciales sea considerada como causa de invalidez de la confesión.

La falta de juramento de la parte, por ejemplo, no priva de validez y eficacia a la confesión, porque tiene por única finalidad imponer la sanción penal por perjurio, en el caso de comprobarse falsedad en la declaración. Si tiene valor la confesión espontánea sin juramento, hecha en memorial o verbalmente cuando el proceso es oral, resulta absurdo negarla cuando es provocada por interrogatorio sin juramento, aun cuando la ley lo exija (*cf.*, núms. 156 y 159).

Algo semejante ocurre con la exigencia legal de que las preguntas deban redactarse de cierta manera, como ocurre en las posiciones (*cf.*, núm. 174, lo cual tampoco tiene justificación en el proceso civil moderno. Si el juez acepta una pregunta que por ese motivo debía rechazar y se produce una confesión, ésta tiene valor y eficacia, si reúne los demás requisitos.

En cambio, si la ley prohíbe al juez interrogar oficiosamente a las partes y sin embargo aquél lo hace, la diligencia misma es nula y, por lo tanto, también la confesión que en ella se contenga.

El requisito del lugar significa que el interrogatorio debe ocurrir en el curso del proceso y en el despacho del juez o durante una diligencia fuera de éste, si la ley lo autoriza. El juez debe estar en ejercicio de sus funciones. Si el interrogatorio ocurre fuera del despacho, sin

que se trate de una diligencia decretada para el proceso en que tiene lugar, carecerá de valor. Las posiciones pueden recibirse en la casa de habitación del absolvente, en ciertos casos (*cfr.*, núm. 174).

d) 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 por violación del derecho constitucional de defensa, de la parte contraria a la confesante o de un litisconsorte de éste o por pretermisión del procedimiento, no vicia de nulidad la confesión, si quien la hizo era capaz, no sufrió violencia ni coacción y se cumplen los demás requisitos para la existencia y validez del acto; la confesión de cualquiera de las partes conserva validez, no obstante que el proceso se anule por pretermisión del procedimiento o por haberse adelantado siguiendo un trámite inadecuado, si reúne los requisitos estudiados en este número y el anterior; si la parte es capaz, su confesión es válida, a pesar de que haya estado indebidamente representada en el juicio. En cambio, si el confesante es incapaz, su confesión es nula, salvo en los casos excepcionales que la ley contempla (*cfr.*, punto A de este número).

El caso de la nulidad del proceso por falta de competencia del juez, plantea dos problemas: a) el de la eficacia y naturaleza (no de la validez) de la confesión hecha en otro proceso, que examinaremos en el próximo número; b) el de la confesión espontánea o provocada producida en un proceso, que es anulado por incompetencia del juez o por falta de jurisdicción. En el último caso, esa confesión, válida por los demás aspectos, ¿quedará también afectada de nulidad? En nuestro concepto no hay razón jurídica para desconocerle validez y plena eficacia probatoria. Como lo indicamos en otro lugar (*cfr.*, núms. 100 y 109), la nulidad del proceso no causa la de las pruebas practicadas en él, si reúnen los requisitos propios y el vicio no recae directamente sobre ellas.

Como veremos al estudiar los efectos de la competencia sobre la confesión judicial (*cfr.*, núm. 155), la doctrina está por lo general de acuerdo en negarle a la falta de competencia del juez el efecto de invalidar la confesión o de quitarle el carácter de judicial; porque, como dice LESSONA, siguiendo en esto a BORSARI, "la confesión no es un acto del juicio, sino un acto en el juicio"<sup>159</sup>.

<sup>159</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, núm. 440, pág. 445.

#### 154. 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 valor 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 que la confesión válida tenga eficacia probatoria, es indispensable que reúna los siguientes requisitos:

a) LA DISPONIBILIDAD OBJETIVA DEL DERECHO O DE LA OBLIGACIÓN QUE SE DEDUCE DEL HECHO CONFESADO. En el número anterior (punto a), vimos que es requisito para la validez de la confesión, que el confesante tenga capacidad para disponer del derecho o para contraer la obligación que del hecho confesado se deriva. Ahora 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.

Existen derechos indisponibles e irrenunciables cuyo nacimiento y cuya extinción no dependen de la voluntad individual de las personas capaces, por relacionarse con el orden público o el interés general, o porque la ley los otorga como consecuencia de actos solemnes (como el matrimonio) o de simples hechos jurídicos (como el nacimiento). La confesión es ineficaz para probarlos. Por ejemplo: la filiación legítima no depende de la voluntad de los padres ni del hijo, y, por lo tanto, es ineficaz la confesión en contrario de éstos, si existe la prueba del nacimiento y del matrimonio con la debida antelación (la confesión en contrario de la madre tiene solamente el valor de indicio, lo mismo que la del marido); 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 servir de indicio en juicio entre ellos sobre la existencia del matrimonio); la calidad de hijo natural respecto de la madre es resultado del nacimiento fuera del matrimonio, sin ulterior legitimación, y, por consiguiente, no puede alterarla un acto de voluntad unilateral ni conjunto y mucho menos una confesión.

La confesión del presunto padre natural sirve de prueba en favor de la filiación del hijo e inclusive como título suficiente, sin necesidad de un proceso, si reúne los requisitos del reconocimiento, en cuanto implica la del hecho fisiológico de su generación; y la de la madre sirve de grave indicio contra la legitimación del hijo, en juicio de impugnación seguido por el marido o sus herederos, respecto al hecho del adulterio o a la ausencia de relaciones sexuales con el marido. Pero estos

casos son muy diferentes, porque no se trata de disponer del estado civil por un simple acto de voluntad.

Puede decirse que la capacidad del confesante para disponer del derecho que del hecho emana, es una especie de disponibilidad subjetiva, diferente de la objetiva que en este párrafo examinamos; pero preferimos hablar, en el primer caso, de capacidad para disponer del derecho o adquirir la obligación.

Los códigos colombiano y venezolano no exigen expresamente la disponibilidad del derecho, para la eficacia de la confesión; pero es un requisito obvio, como lo observan generalmente los autores<sup>160</sup>.

El C. de P. C. italiano contiene expresamente este requisito para la eficacia de la confesión, en el art. 2733, conforme al cual, la judicial hace plena prueba contra el confesante "siempre que no verse sobre hechos relativos a derechos no disponibles".

También la contemplan expresamente el art. 423 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, en su ordinal 1º, y el art. 166 del C. de P. C. y Co. para la provincia argentina de Santa Fe (ordinal 2º).

b) LA LEGITIMACIÓN PARA EL ACTO, SI ES DE REPRESENTANTE O APODERADO. Al tratar de los requisitos para la existencia de la confesión (*cf.*, núm. 152, punto a) vimos que debe ser una declaración de quien es parte, en sentido procesal, en el juicio en que se produce o se hace valer; si proviene de otra persona, puede valer como testimonio, pero no como confesión. Se exceptúan, sin embargo, las confesiones de los representantes legales y convencionales a nombre de sus representados, mientras ejerzan el cargo y siempre que versen sobre hechos o actos relacionados con el ejercicio de sus funciones y las de apoderados judiciales a nombre del poderdante, siempre que estén autorizados para ello por la ley o el poder. Las declaraciones de otra índole, que en juicio o fuera de él hagan esos representantes o apoderados, no son confesiones.

Si la declaración del representante legal, gerente o administrador, versa sobre hechos ajenos al desempeño de sus funciones, o las del apoderado judicial sobre hechos ajenos al proceso, no constituye confesión, aun cuando manifieste obrar a nombre de su representado o poderdante.

Pero no toda confesión de representante legal o convencional tiene la eficacia o mérito probatorio que la ley le asigna a este medio de prueba. Debe reunir otro requisito, a saber: que el representante o apo-

<sup>160</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, pág. 486; SCARDACCIONE: *Le prove*, Torino, Edit. Giurisprudenza sistemática, 1965, núm. 116, páginas 311-312, quien lo considera más bien un requisito para la validez de la confesión; ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matiere de preuve*, París, Edit. Dalloz, 1965, págs. 210-211; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, núm. 393, pág. 405; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, núm. 244, págs. 186-187; HUGO BOCCO: *Trattato*, ed. cit., t. III, página 118, y *Teoría general del proceso civil*, México, 1959, pág. 436.

derado tenga facultades para imponerle al representado o poderdante la obligación, o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduce. En este sentido hablamos de legitimación para el acto.

Por ejemplo: el representante legal puede ser llamado a absolver posiciones, sobre hechos que haya ejecutado a nombre de sus representados, pero si aquél carecía de facultad legal para ejecutar válidamente el acto, porque se requería autorización judicial u otro requisito cualquiera, su confesión será ineficaz o carecerá de valor probatorio como tal; si la autorización al apoderado o representante contractual para confesar, se limita a actos de cierta naturaleza o dentro de cierto valor, la que exceda de esos límites no tendrá mérito probatorio de tal, aun cuando verse sobre hechos del litigio.

En estos casos no se trata de nulidad de la confesión, sino de su ineficacia. La declaración valdrá como testimonio.

El derecho en sí mismo puede ser disponible, pero el representante o apoderado puede carecer de facultades para su disposición por su sola voluntad.

En este sentido dice RICCI<sup>161</sup> que cuando el representante necesitaba autorización para ejecutar válidamente el acto, "la confesión no es atendible". Más adelante agrega, refiriéndose a los mandatarios y apoderados, que "para la eficacia de la confesión, cuando no sea hecha por la parte, se necesita mandato especial, y si el primero no estuviera autorizado para hacer la confesión que ha hecho, no puede obligar con la misma al segundo"<sup>162</sup>. De igual opinión es LESSONA<sup>163</sup>. GENTILE observa<sup>164</sup> que el representante, voluntario o legal, tiene legitimación para confesar "dentro de los límites de su poder de disposición".

El actual Código Civil italiano contempla este requisito, de manera expresa en el art. 2731, que dice: "La confesión no es eficaz si no proviene de persona capaz de disponer del derecho, al cual se refiere el hecho confesado. Cuando sea hecha por un representante, es eficaz solamente si se hizo dentro de los límites y de la manera como aquél vincula a su representado."

El art. 607 del C. de P. C. colombiano incluye este requisito, cuando exige, para que la confesión valga, que recaiga sobre "contratos y otros actos en que al tenor de sus facultades, esté autorizado para obligar al representado o mandante". También lo incluyen los arts. 405 y 423 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, y el art. 1401 del C. C. venezolano.

Esas confesiones ineficaces, de representantes, mandatarios y apoderados judiciales, tiene sin embargo, el valor de testimonios o de indicios libremente valorables por el juez, en el proceso contra el repre-

<sup>161</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 240, pág. 113.

<sup>162</sup> RICCI: *Ibidem*, núm. 243, pág. 119.

<sup>163</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núms. 414-424.

<sup>164</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, págs. 454-455.

sentado o mandante, como lo observa LESSONA<sup>165</sup>, puesto que actualmente no se discute que la conducta general de las partes en el proceso es fuente de argumentos de prueba (*cfr.*, núms. 64, 86, 150). Y constituyen prueba de confesión contra aquéllos, en el proceso que se les siga para exigirles responsabilidad personal por esos actos o contratos.

Cuando la confesión procede de un empleado o agente de una empresa comercial, en ejercicio del cargo, que aunque no tenga la representación de ésta, ni un poder o mandato expreso que lo faculte, si ha sido habitualmente autorizado por aquélla para ejecutar en su nombre los actos o contratos que son objeto de esa confesión, tiene eficacia probatoria contra esa empresa, porque existe entonces un mandato tácito. La Corte Suprema colombiana ha dicho que en tal hipótesis los actos del empleado o agente obligan a la empresa, como puede verse en las sentencias del 8 de marzo de 1926 y 24 de marzo de 1936<sup>166</sup>. Por consiguiente, la misma tesis debe ser adoptada para el caso de la confesión. Sin embargo, para que esa confesión sirva de título ejecutivo es indispensable que sea judicial y que la condición de empleado o agente del confesante y la aceptación por esa empresa de los actos sobre los cuales versa, aparezcan comprobados por otra confesión judicial del representante de la empresa o por un documento que emane de éste y que goce de autenticidad o que tenga mérito ejecutivo según la ley local, o por una decisión judicial que lo vincule (C. de Pr. C., art. 982); de lo contrario apenas podrá servir de prueba para un juicio de condena.

c) SU CONDUCTENCIA O IDONEIDAD COMO MEDIO DE PRUEBA DEL HECHO CONFESADO O LA APTITUD LEGAL PARA PROBAR ESE 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 (*cfr.*, núm. 95). No se trata de una cuestión de hecho, sino de derecho, esto es, de la aptitud legal de la confesión como medio de prueba, respecto al hecho confesado.

En algunos casos, la conducencia de la confesión se identifica con la disponibilidad del derecho y con la legitimación para el acto, si es de representante o apoderado; porque si el derecho no es disponible o no se tiene legitimación para el acto, la prueba resulta inconducente para demostrar el hecho. Pero la conducencia es una noción más amplia, porque comprende, además, los casos en que a pesar de la disponibilidad y legitimación, la confesión no tiene aptitud legal para probar el hecho; esto sucede, por ejemplo, cuando recae sobre venta de bienes inmuebles, no obstante ser obra de parte capaz de disponer de ellos o de representantes debidamente autorizados, si la ley exige para tal acto la prueba solemne de la escritura pública registrada.

La conducencia de la confesión exige dos condiciones: que la ley no la prohíba expresamente y que no exija otro medio de prueba para

<sup>165</sup> LESSONA: Cita anterior.

<sup>166</sup> "G. J.", t. XXXIII, pág. 234, y t. XLIII, núm. 1904, págs. 68-69.

el hecho que con ella se pretende demostrar. La primera impide que la prueba sea admisible, y el juez debe rechazar su práctica, si se propone por interrogatorio; la segunda impide que demuestre por sí sola el hecho, pero puede tener valor de indicio libremente valorable por el juez o servir para probar otros hechos relacionados con aquél (*cf.*, núm. 95). En el primer caso la confesión resulta no sólo inútil, sino ilegal; en el segundo es legal y puede resultar útil.

Nos remitimos a la amplia exposición que sobre conducencia, utilidad y prohibición legal de la prueba, hicimos en los números 95, 97 y 98.

El art. 423 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, contempla expresamente este requisito. También el art. 1191 del C. C. argentino.

d) LA PERTINENCIA DEL HECHO CONFESADO, EN RELACIÓN CON EL LITIGIO O EL PROCESO VOLUNTARIO. La confesión puede ser conducente en cuanto la ley le reconozca valor para probar el hecho o deje al juez en libertad para apreciar su mérito, pero, si tal hecho no es pertinente respecto al litigio o a la materia del proceso voluntario, por ser ajeno a aquél o a ésta, la confesión resultará ineficaz en este proceso<sup>167</sup>. La pertinencia o relevancia se refiere al hecho y no a la prueba utilizada para demostrarlo. La confesión sobre hecho no pertinente resultará inútil en ese proceso, pero es confesión judicial y puede servir para otro posterior con la parte confesante, a menos que por expresa norma legal se exija que tenga lugar en el mismo donde debe apreciarse, lo cual, por fortuna, no ocurre en Colombia, ni en Argentina y Venezuela (*cf.*, núm. 155).

Si se provoca una confesión sobre hecho notoriamente impertinente, el juez debe rechazarla, por ser un caso de inadmisibilidad. Pero hay que obrar con criterio amplio, porque la pertinencia es de difícil apreciación antes de la sentencia (*cf.*, núm. 96).

Los arts. 613 del C. de P. C. colombiano, 300 del C. de P. C. venezolano y 411 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la Nación, exigen este requisito.

e) QUE EL HECHO HAYA SIDO ALEGADO POR LAS PARTES, A MENOS QUE SEA ACCESORIO, O QUE LA LEY AUTORIZE SU CONSIDERACIÓN OFICIOSA POR EL JUEZ. De nada servirá la confesión en el proceso particular en que ocurra o sea aducida, si el hecho confesado no puede ser tenido como fundamento de la decisión, por no haber sido alegado y no existir autorización legal para considerarlo oficiosamente. La confesión podrá ser válida, pero resultará ineficaz en ese proceso, aun cuando puede servir en otro posterior.

Este requisito se relaciona con la exigencia de exponer en la demanda y en los escritos de excepciones, los hechos principales que les sirvan de fundamento, y, por consiguiente, con las importantes ma-

<sup>167</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 509 bis, pág. 509.

terias de la congruencia y las facultades del juez sobre los hechos del proceso<sup>168</sup>.

En el sistema procesal colombiano se permite la consideración del hecho exceptivo que aparezca probado, sin que importe la falta de su alegación, lo cual estimamos muy conveniente. Los hechos accesorios o secundarios no requirieren este requisito, sean en favor de la demanda o de las excepciones del demandado.

f) QUE LA CONFESIÓN TENGA CAUSA Y OBJETO LÍCITOS Y QUE NO SEA DOLOSA NI FRAUDULENTE. El art. 605 del C. de P. C. colombiano dice que "para la validez de la confesión es indispensable que el hecho confesado sea lícito"; se trata, sin embargo, de un requisito para su eficacia o valor probatorio y no para su validez. Rige este requisito, aunqu no esté consagrado en la ley local.

La confesión es una declaración, y por consiguiente, para que de ella surjan consecuencias adversas contra el confesante, es indispensable que reúna los requisitos que para la validez y eficacia de todo acto o declaración exige la ley, a saber: capacidad, consentimiento exento de vicio, objeto lícito y causa lícita. Hemos estudiado el primero y al tratar de la revocación de la confesión examinaremos el segundo.

Hay objeto ilícito en "todo lo que contraviene al derecho público de la nación" (C. C. colombiano, art. 1519), "en todo contrato prohibido por las leyes" (C. C. colombiano, art. 1523) y en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de derecho o privilegios intransferibles, de cosas embargadas sin autorización del juez o del acreedor, y de especies cuya propiedad se litigue (C. C. colombiano, art. 1521); es decir, hay objeto ilícito en todo acto prohibido por la ley. Sin embargo, la confesión no es un contrato ni un acto de disposición (*cfr.*, núm. 157). Cuando verse sobre un acto o contrato con objeto ilícito, que efectivamente ha existido, aquélla servirá de prueba del contrato o acto (si la ley no exige otro medio, ni prohíbe investigarlo), pero éste no surtirá efectos jurídicos a causa de su nulidad. En estos casos la nulidad no radica en la confesión, sino en el contrato o acto confesado; por lo tanto, la ilicitud del hecho confesado no es requisito para la validez, sino para la eficacia de la confesión, no porque nada pruebe, sino en cuanto de ella no se deducen las obligaciones o consecuencias desfavorables que del hecho confesado emanarían 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 (C. C. colombiano, art. 1524); 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.

<sup>168</sup> DEVIS ECHANDÍA, *Tratado*, t. III, núms. 388, 399, 426, 448 y 457 y t. V, núms. 641-642.



En cambio, si el acto o contrato ilícito, por su objeto o su causa, no ha existido, su confesión por una de las partes tiene causa y objeto ilícitos, a saber: la intención de hacer aparecer como cierto un acto prohibido por la ley; es una confesión fraudulenta o falsa y dolosa. Pero aun en estos casos, el juez debe considerar como realizado tal acto, si es confesión judicial y la ley no exige prueba solemne escrita, ni se aduce prueba en contrario; otra cosa es que lo declare nulo y sin efectos jurídicos, por causa de su ilicitud. Así, pues, aun en este último supuesto, la confesión no es nula, sino ineficaz, en el sentido que acabamos de explicar.

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. En estos casos el dolo proviene del confesante, con o sin acuerdo fraudulento con la parte contraria que se beneficia con la confesión. Dicha confesión persigue obtener una declaración judicial que reconozca como cierto y real un hecho que no ha existido, por lo cual hay una finalidad ilícita, como es engañar al juez, faltar al deber de veracidad y lealtad en el proceso, perturbar el orden jurídico y, generalmente, defraudar a terceros que en alguna forma sufren un perjuicio como resultado de esa declaración judicial.

Si el juez encuentra la prueba plena de ese dolo o fraude, sea que la haya aportado el confesante mismo u otra de las partes, debe negarle valor probatorio a la confesión, aunque no disponga de una norma legal que lo autorice para ello y esté sometido a la tarifa legal que le asigna valor de plena prueba a la confesión. La tesis contraria sería notoriamente antijurídica y estaría reñida con la moral. Por lo tanto, creemos que debe admitirse la prueba de la falsedad de la confesión hecha a sabiendas, aunque la ley no la contemple como causa de revocación o retracto, porque entonces no se trata de probar en contrario sino de establecer su ilicitud y por consiguiente su ineficacia jurídica.

El Código italiano derogado no contemplaba estos casos como motivos de revocación y sin embargo PESCATORE y LESSONA los aceptan, porque entonces la confesión sólo tiene de tal las apariencias<sup>169</sup>. Igual situación existe en Argentina, Venezuela y Colombia.

Más adelante volveremos sobre este tema (*cfr.*, núm. 170).

Nuestro ilustre maestro Antonio ROCHA opina, muy acertadamente, que "la confesión no puede ser eficaz si mediante ella se va a producir una prestación de objeto ilícito o satisfacerse un fin ilícito"<sup>170</sup>.

Como lo indicamos al tratar de los efectos que sobre los actos procesales en general tiene el dolo, éste nunca puede causar la nulidad de esos actos, pero afecta sus resultados o consecuencias<sup>171</sup>. Al tratar de la

<sup>169</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 592.

<sup>170</sup> ROCHA: *La prueba en derecho*, Bogotá, Edit. Lerner, 1967, pág. 229.

<sup>171</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 364, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 206.

revocación de la confesión, examinaremos los efectos que sobre ella puede producir el dolo de la otra parte (*cfr.*, núm. 170).

La indisponibilidad del derecho que se deduce del hecho confesado, es una especie de ilicitud del objeto de la confesión, porque contradice las normas legales que por interés general prohíben disponer de aquel derecho y equivale a renunciar o trasferir lo que no está en el comercio (*cfr.*, punto a de este número).

BONNIER<sup>172</sup> incluye este requisito, cuando dice que la confesión sólo hace plena fe contra quien la hizo, "en cuanto intereses de orden superior no se encuentren en litigio", y LESSONA<sup>173</sup> cuando enumera entre las causas de revocación de la confesión, la intención de defraudar la ley. GUASP alude a la posibilidad moral del hecho confesado<sup>174</sup>.

*Cosa muy distinta es la inmoralidad o criminalidad del hecho confesado.* LESSONA<sup>175</sup> estudia este punto y recuerda que ha dado lugar "a una de las más graves y debatidas cuestiones", pero se refiere al problema de la admisibilidad de las preguntas sobre tales hechos, que estudiaremos más adelante (*cfr.*, núm. 174) y no al valor de la confesión judicial o extrajudicial que verse sobre ellos. Se decide, sin embargo, en favor de la admisión del interrogatorio, lo cual significa que con mayor razón le reconoce valor a la confesión ya realizada.

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 (en ésta con la limitación que a su valor probatorio se le señala generalmente) y suelen ser invocados como fundamento de pretensiones y excepciones, en muchísimos casos (adulterio, lesiones o injurias, fraude, dolo, incesto, violencia carnal, etc.).

MOACYR AMARAL SANTOS<sup>176</sup> opina que los hechos inmorales, criminales o difamatorios pueden probarse por confesión espontánea. Estamos de acuerdo, aclarando que también pueden serlo por confesión provocada, salvo el derecho que el interrogado tenga para abstenerse de contestar en esos casos; pero si responde y confiesa, la prueba debe surtir todos sus efectos.

g) QUE LA VOLUNTAD DEL CONFESANTE NO ESTÉ VICIADA POR ERROR DE HECHO O DOLO, CUYA PRUEBA AUTORICE SU REVOCACIÓN. Como más adelante veremos (*cfr.*, núm. 170), el error de hecho y el dolo de que haya sido víctima el confesante y lo induzca a error, permiten que éste pueda revocar la confesión, en cuyo caso se extinguen sus efectos pro-

<sup>172</sup> BONNIER: Ob. cit., t. I, núm. 352.

<sup>173</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 592.

<sup>174</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., 1962, pág. 361, y ed. 1956, página 375.

<sup>175</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núms. 516-525, págs. 512-521.

<sup>176</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3ª ed., 1963, t. II, núm. 31, págs. 37-38.

batorios. Mientras esa prueba no se produzca en el juicio, la confesión conserva su completa eficacia probatoria.

h) **QUE LA LEY NO PROHIBA INVESTIGAR EL HECHO.** Puede incluirse este requisito en el de la licitud de la confesión, 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 (*cf.*, núm. 46 c). La confesión de ese hecho resultará, por consiguiente, jurídicamente ineficaz, ya que el juez no puede considerarla como elemento de convicción. Se incluye este requisito en el art. 605 del C. de P. C. colombiano cuando exige que "el hecho confesado sea lícito". También aparece contemplado en los arts. 166 del C. de P. C. y Co. para la provincia argentina de Santa Fe y 423 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación. Esta prohibición legal suele tener por causa la defensa de la moral, la familia o el interés general<sup>177</sup>.

i) **QUE EL HECHO SEA METAFÍSICA Y FÍSICAMENTE POSIBLE.** Aun dentro del sistema de la tarifa legal, todavía vigente en Colombia, Venezuela y otros países de América latina, 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 resulte absurdo (*cf.*, núms. 46, 97 a).

Si el hecho confesado es metafísicamente imposible, por oponerse al principio de contradicción, sea porque sus diversos elementos constitutivos se opongan entre sí o porque la causa que se le imputa lo excluya radicalmente, es obvio que el juez no puede reconocerle a la confesión eficacia probatoria. Si tal hecho aparece como físicamente imposible, por oponerse a las leyes constantes de la naturaleza, conocidas por el juez y apreciadas con riguroso criterio y previa información del concepto de expertos, bien sea mediante dictamen rendido en el proceso o por el estudio particular que aquél haga de textos y opiniones, debe negarle a la prueba el mérito de convicción que la ley le señala en abstracto. En el último caso no se trata de utilizar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, que tanto las legislaciones como los autores rechazan como medio de prueba (*cf.*, núm. 31), sino de utilizarlo como criterio de valoración de la prueba aportada, lo cual es lícito y necesario (*cf.*, núm. 77).

El hecho metafísicamente imposible no puede ser objeto concreto de prueba, y el juez debe declarar inadmisibles las propuestas; el hecho físicamente imposible tampoco puede ser, en principio, objeto concreto

<sup>177</sup> BONNIER: *Tratado de las pruebas en derecho civil y penal*, núm. 64, página 83; FENECH: *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, pág. 596, y autores citados al tratar de la inconducencia de la prueba en el núm. 95, y de la conducencia de la confesión en el núm. 154.

de prueba, pero como es muy difícil apreciar esa imposibilidad antes de conocer las pruebas aducidas, es mejor admitirlas y dejar para la sentencia su apreciación, de manera que si subsiste el convencimiento del juez sobre tal imposibilidad, debe negarles toda eficacia probatoria (*cfr.*, núms. 46 e, 97 a). En ambos casos la confesión resultará jurídicamente ineficaz, aunque ningún texto legal lo diga.

GUASP incluye expresamente la "posibilidad física" del hecho, entre los requisitos objetivos de la confesión<sup>178</sup>. Los autores que excluyen del objeto de la prueba judicial los hechos metafísicamente imposibles y que estiman su imposibilidad física como motivo para negarles mérito o valor de convicción, implícitamente los consideran como motivos para negarle eficacia probatoria a la confesión que verse sobre tales hechos. El art. 605 del C. de Pr. C. colombiano consagra este requisito. También en el proceso penal se exige, como explica CLARÍA OLMEDO<sup>179</sup>.

j) 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 (*cfr.*, núms. 46 g, 47). Por consiguiente, si el hecho confesado está en oposición al notorio, el juez debe rechazar el primero, aun cuando se trate de confesión judicial y rija la tarifa legal que le asigne a la confesión el valor de plena prueba. 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. Este requisito está consagrado implícitamente en el art. 605 del C. de P. C. colombiano y rige aunque ningún texto legal lo consagre.

El hecho notorio excluye, con mayor razón, la confesión ficta por incomparecencia a absolver posiciones y la tácita por el silencio ante las alegaciones del adversario, porque ambas admiten la prueba en contrario y ésta resulta suplida por la notoriedad (*cfr.*, núms. 46 g, 47).

k) QUE EL HECHO CONFESADO NO ESTÉ EN CONTRADICCIÓN CON LAS MÁXIMAS GENERALES DE LA EXPERIENCIA. Sabemos que las máximas de la experiencia son aquellos conocimientos que pertenecen a la cultura media o al conocimiento común de un círculo social determinado, en cierta época, y que, por consiguiente, no pueden ser ignorados ni desatendidos por el juez, porque le sirven de base imprescindible de su criterio para la valoración de la prueba de los hechos. Hay cierto interés general en su aplicación para el juicio sobre los hechos del proceso, como dijo la Corte de Casación italiana, en sentencia citada por GENTILE<sup>180</sup> y su desconocimiento hace que la sentencia resulte ilógica e

<sup>178</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, ed. 1962, pág. 361, y ed. 1956, pág. 375.

<sup>179</sup> CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1966, t. V, núm. 1217, págs. 100-101.

<sup>180</sup> GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., pág. 50, núm. 17; cas. civ., 1º marzo 1965.

injurídica, según observa SCARDACCIONE, de acuerdo con CARNELUTTI<sup>181</sup>. El art. 115 del C. de P. C. italiano, autoriza al juez para "poner como fundamento de la decisión las nociones de hecho que pertenecen a la común experiencia", sin necesidad de prueba.

La notoriedad se refiere a los hechos singulares y las máximas de experiencia a juicios críticos abstractos y generales sobre la posibilidad y verosimilitud de ciertos hechos (*cfr.*, núm. 40). Tienen de común el no requerir prueba para su reconocimiento en el proceso; pero el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, mientras que las máximas de experiencia no pertenecen al material de hecho, sino a la cultura del juez, y no son, por lo tanto, objeto de prueba judicial, puesto que son simples normas de criterio, verdades generales obvias que sirven para la apreciación de los hechos<sup>182</sup>.

Cuando el hecho confesado contradiga esas verdades obvias, conocidas como reglas generales de la experiencia, el juez debe rechazarlo por ser físicamente imposible, aunque se trate de confesión judicial y esté regida por la tarifa legal que le asigna el valor de plena prueba. Es un caso igual al del hecho contrario a otro notorio y debe recibir el mismo tratamiento. Este requisito está consagrado, implícitamente, en el art. 605 del C. de P. C. colombiano; pero rige aún sin norma legal.

Contemplan este requisito AMARAL SANTOS<sup>183</sup> para la confesión en el proceso civil y CLARÍA OLMEDO para la confesión en el proceso penal<sup>184</sup>.

1) QUE EL HECHO CONFESADO SEA JURÍDICAMENTE POSIBLE, POR NO EXISTIR PRESUNCIÓN DE DERECHO O COSA JUZGADA EN CONTRARIO. Es inútil e inadmisibile cualquier prueba que tenga por objeto un hecho contrario a otro que por la ley se presume de derecho (*cfr.*, núm. 97 c), o que sea objeto de una cosa juzgada. Por consiguiente, si se produce una confesión judicial o extrajudicial, sobre uno de tales hechos, el juez no puede reconocerle eficacia probatoria. No hace falta norma legal que lo diga.

Si existe una sentencia anterior que declara el hecho contrario con valor de cosa juzgada para las partes del actual proceso, el juez no puede desconocerla, cualquiera que sea la prueba que ahora se le aduzca y, por lo tanto, la confesión resultará absolutamente ineficaz. El hecho declarado en tal sentencia está excluido del tema de prueba en

<sup>181</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Torino, Edit. Giurisprudenza Sistemática, 1956, págs. 35-36; CARNELUTTI: *Massime di esperienza a fatti motoria*, Riv. dir. proc., 1959, pág. 639.

<sup>182</sup> ROCCO: *Trattato*, ed. cit., t. II, pág. 179-190; KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, pág. 196; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., pág. 60, n. 15; ARAGONESSES: *Técnica procesal*, Edit. Aguilar, 1955, pág. 495.

<sup>183</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e commercial*, ed. cit., t. II, núm. 213, pág. 327.

<sup>184</sup> CLARÍA OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. V, número 1218, pág. 101.

el nuevo proceso, por resultar inútil llevar otro medio para acreditarlo o desvirtuarlo (*cfr.*, núm. 46 d). Esto es consecuencia de la norma legal que consagra la eficacia de la cosa juzgada.

m) **NO EXISTIR PRUEBA EN CONTRARIO, CUANDO LA LEY LA AUTORIZA.** Por regla general, la confesión judicial constituye plena prueba, siempre que reúna los requisitos que hemos examinado, inclusive en sistemas que otorgan al juez libertad de valoración de los medios de prueba. Sin embargo, se permite probar en contrario en tres casos: 1) cuando se trata de confesión ficta por la no comparecencia a absolver el interrogatorio, mediante previa citación para ello, o por la negativa a contestar, o de confesión tácita (que es mejor denominar admisión tácita), por el silencio ante la alegación de la contraparte; 2) cuando la confesión judicial (o la extrajudicial con igual valor; C. C. italiano, art. 2735, argentino nacional de P. C. y Co., art. 425, y C. C. venezolano, artículos 1401-1404), ha sido consecuencia de un error de hecho, que puede originarse en el dolo del adversario o ser ajeno a éste; 3) cuando se trata de confesión extrajudicial, con valor de simple indicio o libremente valorable por el juez. El art. 423 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación incluye un cuarto caso: cuando se opone a lo que consta en instrumentos fehacientes de fecha anterior que obren en el expediente; pero creemos que esto no opera cuando se está impugnando precisamente esos documentos, como, por ejemplo, si la confesión se aduce como prueba de la simulación del contrato contenido en el documento.

El primero y el tercero los estudiaremos al tratar de las diversas clases de confesión y sus efectos; el segundo al explicar su revocación o retracto (*cfr.*, núms. 159, 163, 170).

En el segundo caso se trata de la revocación o el retracto de la confesión, tema que examinaremos más adelante (*cfr.*, núm. 170). Algunos códigos, como el brasileño (art. 231), incluyen la violencia como causa del retracto de la confesión, pero entonces no hace falta probar el hecho contrario, porque aquélla vicia el acto y produce su nulidad o impide su existencia, según lo explicamos en los números anteriores. El dolo de la contraparte es causa de revocación, aun cuando la ley no lo contemple expresamente, como ocurre entre nosotros, si ha conducido al confesante a un error de hecho. El C. de P. C. colombiano contempla únicamente el error de hecho, en el art. 606; lo mismo ocurre en el art. 1404 del C. C. venezolano y en el art. 166, ordinal 4º, del C. de P. C. y Co. para la provincia argentina de Santa Fe.

La prueba del error de hecho deja ineficaz la confesión judicial y la extrajudicial con igual valor y con mayor razón cuando la ley le asigna el valor de prueba incompleta o de indicio o deja al juez en libertad de valorarla. Pero cuando se trata de la segunda, es suficiente que exista prueba en contrario, para que su eficacia quede desvirtuada, sin que importe que el confesante haya sufrido o no un error de hecho.

La carga de la prueba contra el hecho confesado corresponde al confesante; debe ser plena cuando se trata de confesión judicial o extrajudicial con igual valor, pero puede consistir en indicios que le quiten verosimilitud al hecho, si se trata de confesión extrajudicial libremente valorable por el juez o que constituye sólo un indicio.

n) QUE SE PRUEBE OPORTUNAMENTE EL HECHO DE LA CONFESIÓN, SI ES EXTRAJUDICIAL. La confesión judicial hecha en el mismo proceso se prueba por sí misma, ora haya sido provocada por interrogatorio, ora se haya hecho espontáneamente en memorial o en manifestación oral en audiencia o diligencia. El acta de la diligencia de posiciones, del interrogatorio oficioso del juez o de la audiencia en que ocurrió la confesión judicial, hace constar el acto confesorio, pero no es propiamente su prueba; el memorial suscrito por la parte contiene la confesión espontánea y no constituye en sentido técnico su prueba. 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, que es indispensable "probar la prueba", para que ésta pueda ser considerada por el juez<sup>185</sup>. 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.

La prueba de la confesión extrajudicial puede consistir en el documento que la contenga, en las declaraciones de las personas que la hayan oído o en la confesión judicial en que se reconozca haber hecho aquella declaración.

Cuando la confesión extrajudicial aparezca en un documento, su prueba dependerá de la eficacia probatoria de éste; vale decir, que si el documento es público o privado auténtico, no puede dudarse de la ocurrencia de aquélla, y en el supuesto contrario será menester demostrar la autenticidad de aquél, a menos que resulte tácitamente reconocido, por no haberse objetado ni tachado de falso. Cuando se confiese judicialmente haber hecho la confesión extrajudicial, será igualmente plena su prueba.

Algunas legislaciones, como la venezolana (C. C., arts. 1401-1404), la italiana (C. C. art. 2735) y la francesa (C. C. art. 1355), excluyen expresamente la prueba testimonial de la confesión extrajudicial, cuando versa sobre un hecho que, de acuerdo con la ley, no puede demostrarse por confesión. Creemos que esta norma debe considerarse vigente en cualquier legislación, aunque no esté consagrada en un texto legal, porque, como lo observa MATTIROLI y lo acepta GENTILE<sup>186</sup>, en la ma-

<sup>185</sup> GORPHE: *Apreciación de las pruebas*, ob. cit., pág. 208; REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 79, pág. 286; BOCCO: *Trattato*, t. III, pág. 117; FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, ed. cit., 1940, págs. 161-162; SCARDACCIONE: Ob. cit., pág. 322; HUET: Ob. cit., pág. 22; SICARD: Ob. cit., pág. 192.

<sup>186</sup> MATTIROLI: *Trattato di diritto giudiziale*, Edit. Reus, 1933, t. II, núm. 719; GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., pág. 519.

yoría de los casos resultaría inoperante la norma que prohíbe probar con testimonios ciertos hechos o contratos, si pudiera demostrarse por tal medio la confesión extrajudicial sobre ellos. Pero hacemos una aclaración: en el supuesto examinado, los testimonios prueban en realidad el hecho de la confesión extrajudicial, mas ésta resulta ineficaz, porque el juez no puede reconocerle mérito probatorio como tal (puede considerarla, sin embargo, como un simple indicio).

El artículo 425 del nuevo C. argentino de Pr. C. y Co. para la Nación, consagra una norma similar, pese a que excluye la prueba por testigos cuando no hubiere principio de prueba por escrito. Creemos que esta exigencia opera sólo si el hecho confesado excluye, por ley, la prueba por testimonios.

En Colombia está consagrada implícitamente la regla anterior, en el art. 91 de la ley 153 de 1887 y en el art. 704 del C. de P. C.

ñ) OPORTUNIDAD PROCESAL DE SU CONCURRENCIA, CUANDO ES CONFESSION JUDICIAL ESPONTÁNEA, O DE SU PRUEBA, SI TUVO LUGAR EN OTRO PROCESO O EXTRAJUDICIALMENTE. Se refiere este requisito a la preclusión de las pruebas en general. La inoportunidad hará que el juez no la considere, por ejemplo, si ocurre durante el trámite del recurso de casación. Si la confesión espontánea ocurre cuando el juez no puede ya considerarla (por ejemplo, ante la Corte de Casación, en uno de los memoriales que allí se presenten), existe y es válida, porque no se trata de ningún vicio que cause nulidad, pero resultará ineficaz. Si la confesión ocurre en otro proceso o es extrajudicial, la inoportunidad de su prueba hará que el juez no la considere legalmente establecida, y, por lo tanto, carecerá de eficacia en el actual proceso (*cfr.*, núms. 166 y 175).

Si la confesión espontánea ocurre ante un juez, en su despacho, pero en momento en que no actúa en diligencia judicial, o fuera de su despacho en iguales circunstancias, tendrá el carácter extrajudicial y resultará, además, ineficaz, por carecer de mérito probatorio, a menos que la ley permita al juez dar certificación o rendir testimonio de tal acto, lo cual sólo ocurre cuando se trata de juez de distinta causa.

Si la confesión judicial *provocada* por interrogatorio de parte o del juez, es recibida inoportunamente, será nula por tratarse de un vicio del procedimiento, como lo explicamos en el número anterior.

### 155. Requisitos especiales de la confesión judicial

Para que exista confesión judicial y sea válida, es indispensable que, además de los requisitos señalados en los tres números anteriores, concurren los siguientes:

a) QUE SE HAGA EN UN JUICIO O EN DILIGENCIA JUDICIAL PREVIA, ES DECIR, A UN JUEZ EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. La confesión judicial provocada por interrogatorio, debe tener lugar *ante* un juez en ejercicio de sus funciones, pues de lo contrario se tratará de un acto extra-



judicial; cuando la confesión sea espontánea tiene el carácter de judicial, si es dirigida a un juez, pero no es necesario que ocurra ante éste, porque no requiere la presentación personal del memorial (si se trata de demanda, desistimiento u otro escrito que por mandato de ley deba presentarse personalmente ante el secretario u otro juez, sin este requisito no puede el juez darle curso, pero su falta no elimina la confesión que allí se contenga; de lo contrario será extrajudicial).

Para comprender ambos casos, preferimos decir que la confesión sea hecha a un juez en ejercicio de sus funciones. Puede ser en el curso de un juicio o en diligencia judicial previa, como la de posiciones.

En Argentina, el art. 425 del nuevo C. de Pr. C. y Co. para la Nación califica de extrajudicial a la confesión "hecha fuera de juicio". El C. de la Provincia argentina de Santa Fe nada dice al respecto y por tanto se debe considerar judicial la confesión hecha en cualquier juicio, aún trasladada.

Significa este requisito que si la confesión ocurre ante funcionario administrativo o ante un subalterno del juez (como un secretario, un auxiliar o un notificador), será extrajudicial. Tampoco es judicial la confesión hecha a un agente de policía o a un detective; si se trata de funcionario de la policía, con facultades de juez instructor, se cumple este requisito, para los efectos penales, pero para los civiles, es necesario tener en cuenta si la ley local exige o no la competencia del juez para que haya confesión judicial, como más adelante veremos.

En los países, como Italia y Alemania, en donde los procesos de jurisdicción voluntaria cursan ante funcionarios administrativos, es natural que se le niegue el carácter de confesión judicial a la que ocurra en ellos, pero en Colombia los mismos jueces conocen de estos procesos y de los contenciosos, por lo cual en ambos casos hay confesión judicial<sup>187</sup>.

La confesión hecha ante un inspector del trabajo, en la audiencia prejudicial que ante él puede ocurrir, tiene valor probatorio si el confesante firma el acta, pero en este caso se trata más bien de un documento auténtico, que de confesión judicial, porque no es juez sino simple conciliador<sup>188</sup>.

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 se hace en un proceso arbitral, debidamente constituido, tiene el carácter de judicial, porque los árbitros ejercen en tal caso una función jurisdiccional<sup>189</sup>. Lo mismo es si se confiesa en el proceso ante un conjuer en ejercicio del cargo o ante el jurado en el curso de un

<sup>187</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 67-74.

<sup>188</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., pág. 306; GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., pág. 483; MATTIROLO: *Ob. cit.*, t. II, núm. 714; LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 435.

<sup>189</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 31, y t. II, núm. 206.

proceso penal. Cuando la confesión se hace ante un juez, espontáneamente o por interrogatorio de éste, pero sin que se encuentre en ejercicio de sus funciones, es extrajudicial (*cfr.*, núm. 175).

b) QUE EL JUEZ SEA COMPETENTE, SI LO EXIGE EXPRESAMENTE LA LEY. En pura doctrina no se justifica este requisito, porque lo que da el carácter de judicial a la confesión es el hecho de que ocurra en un proceso judicial o en diligencia judicial previa. Por lo tanto, la competencia del juez, como la nulidad del proceso por causas ajenas a la confesión misma, no debe afectar para nada el valor, la eficacia, ni la naturaleza del acto (*cfr.*, núm. 109). LESSONA<sup>190</sup>, RICCI<sup>191</sup>, SCARDACCIONE<sup>192</sup>, GENTILE<sup>193</sup>, GUASP<sup>194</sup> y otros autores están de acuerdo en la anterior opinión.

En Francia, para que la confesión sea judicial, es indispensable que ocurra ante juez competente *ratione materiae* (aun cuando no lo sea por razón del territorio) y en el curso de la instancia relativa al mismo litigio; si tiene lugar en una instancia anterior o ante juez extranjero, tiene el carácter de extrajudicial<sup>195</sup>. De esto se deduce que la incompetencia del juez por razón de la materia o naturaleza del litigio, por ser absoluta, afecta la eficacia de la confesión, al convertirla en extrajudicial, pero no causa su nulidad; la incompetencia territorial, que es relativa, no perjudica la confesión judicial.

En Italia, la doctrina está de acuerdo en que debe otorgársele valor a la confesión judicial hecha ante juez incompetente, sin distinguir entre los varios factores de competencia, tal como lo consagra el art. 1356 del anterior C. de P. C., que le puso fin de esta manera a la controversia surgida bajo la vigencia del Código albertino. En el nuevo C. de P. C. (art. 2733) se suprimió la frase "aunque sea incompetente", contenida en el citado art. 1356, pero, como se advierte en la Exposición de motivos del ministro de gracia y justicia, ello se debió a que se consideró innecesaria o superflua, y así lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia; se exige solamente que se produzca en el curso de un juicio<sup>196</sup>.

En Argentina no existe norma que exija la competencia del juez, ni en el C. de P. C. y Co. para la justicia nacional, ni en el de la Provincia de Santa Fe. En España, Jaime GUASP<sup>197</sup> critica el artículo 1235 del C. C., porque exige para la confesión judicial que el juez sea

<sup>190</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, números 403 bis, 428 y 437-441.

<sup>191</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 235.

<sup>192</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., núm. 114.

<sup>193</sup> GENTILE: *La prova civil*, ed. cit., pág. 482.

<sup>194</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 361.

<sup>195</sup> ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, Edit. Dalloz, 1965, pág. 326; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, Paris, Edit. Comment Faire, 1960, núms. 249-250, págs. 189-190.

<sup>196</sup> Véanse citas anteriores.

<sup>197</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 361.

competente, y considera "superflua y equívoca la mención en este punto de su competencia". Tampoco se exige en Venezuela ninguna competencia (C. C., art. 1401).

En Colombia se exige la competencia por la naturaleza de la causa (C. de Pr. C., art. 604).

c) NO ES INDISPENSABLE QUE OCURRA EN EL MISMO PROCESO, SALVO QUE UNA NORMA LEGAL LO EXIJA. Existe desacuerdo en las legislaciones respecto a si la confesión hecha en otro proceso tiene o no el carácter de judicial y tampoco hay acuerdo en la doctrina sobre este punto.

En Italia, el art. 2733 del actual Código Civil dice que "es judicial la confesión hecha en juicio", sin exigir que se trate del mismo juicio en que deba estimársela como prueba. Sin embargo, la Corte de Casación y los tribunales han considerado generalmente que la confesión hecha en otro juicio, inclusive entre las mismas partes, tiene el carácter de extrajudicial, interpretando la anterior norma en el sentido de que se refiere al juicio en que se produce la prueba<sup>198</sup>. La doctrina está dividida; SCARDACCIONE y GENTILE<sup>199</sup> optan por la tesis que le niega a tal confesión el carácter de judicial; en cambio consideran que es judicial, LESSONA, RICCI, GIORGI, MATTIROLO, SATTA, NATOLI y FERRUCCI<sup>200</sup>. Otros, como CARNELUTTI, ROCCO y REDENTI, no opinan al respecto.

En Francia, el art. 1356 del Código Civil define la confesión judicial como la declaración hecha en juicio por la parte o su apoderado, sin exigir que se trate del juicio actual. Sin embargo, la jurisprudencia por lo general lo ha exigido así; dándole a la hecha en un juicio anterior el carácter de extrajudicial<sup>201</sup>. La doctrina ha estado dividida, pues mientras que SICARD, MERLIN, AUBRY y RAU, HUET y BONNIER aceptan esa jurisprudencia<sup>202</sup>, otros la rechazan<sup>203</sup>.

<sup>198</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Turin, Edit. Giurisprudenza Sistematica, 1965, págs. 306-307; GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, páginas 485 y 500.

<sup>199</sup> SCARDACCIONE y GENTILE: Citas anteriores.

<sup>200</sup> LESSONA: Ob. y ed. cit., t. I, núm. 447; RICCI: Ob. y ed. cit., t. II, número 238, pero exige que se trate de las mismas partes, por consideraría una especie de confesión; GIORGI: *Obligaciones*, Edit. Reus, 1922, t. I, núm. 389; MATTIROLO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1930, t. II, núm. 723; SATTA: *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959-1960, t. II, pág. 218; NATOLI y FERRUCCI: *Commentario al codice civile*, Torino, Edit. UTET, t. VI, pág. 382.

<sup>201</sup> JEAN SICARD: *La preuve en justice*, ed. cit., núm. 250, pág. 190; cita seis sentencias de 1883, 1889, 1905, 1928 y 1949.

<sup>202</sup> SICARD: Cita anterior; MERLIN: *Questions de droit*, voz confesion., número 1; AUBRY y RAU: *Derecho civil*, 6ª ed., 1936, t. VI, pág. 335, n. 7; ANURÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, Edit. Dalloz, 1965, pág. 326; BONNIER: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 350, págs. 558-559, no obstante que en el párrafo final observa, citando a un compendiador de fallos, "cuánta rareza hay en decir que una confesión hecha ante un tribunal de justicia podrá valer como confesión extrajudicial".

<sup>203</sup> LAURENT: *Principi di diritto civile*, traduc. italiana, Milano, 1898, XIX, núm. 83.

En España no se exige legislativamente que la confesión judicial sea hecha en el mismo proceso (C. C. art. 1232 y L. de enjuiciamiento civil, art. 580) y la doctrina tampoco lo reclama<sup>204</sup>.

En Argentina, ni la ley ni la doctrina exigen que la confesión judicial ocurra en la misma causa<sup>205</sup>. El art. 425 del nuevo C. de Pr. C. y Co. para la Nación califica de extrajudicial a la "hecha fuera de juicio", como hemos visto, pero como no habla del mismo juicio, creemos que no le quita el carácter de judicial a la hecha en otro juicio. Esta interpretación se acomoda más al concepto que en doctrina se tiene sobre la confesión judicial.

En Venezuela la jurisprudencia y la doctrina han exigido generalmente que la confesión tenga lugar en el mismo proceso, para que sea judicial<sup>206</sup>, pero esto no se deduce de las normas legales vigentes y creemos que es una interpretación que debe rectificarse, porque el art. 1401 del C. C. exige que ocurra ante un juez y no ante el juez de la misma causa.

En Colombia, el art. 604 del C. de P. C. exige únicamente que la confesión sea hecha ante juez competente por la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones, de manera que comprende tanto la que se produzca en la misma causa, como la hecha en otra anterior. Así lo decía expresamente el art. 72 de la ley 105 de 1890. De la misma opinión son ROCHA y BECERRA<sup>207</sup>.

Consideramos una contradicción eliminar de la confesión judicial el requisito de la competencia del juez o limitarla sólo a la naturaleza de la causa y al mismo tiempo exigir que ocurra en el mismo proceso, porque con lo primero se contempla especialmente el caso de las confesiones recibidas en otros procesos, pues en el mismo viciado de nulidad por la falta de competencia resultan ineficaces, al no existir sentencia válida que defina la litis.

*La confesión hecha en un proceso penal* no tiene en Colombia el carácter de judicial, para efectos civiles, porque le falta el requisito de la competencia por naturaleza de la causa (*cf.*, punto b). A la misma conclusión se llega lógicamente en las legislaciones que exigen la competencia general del juez para que exista este tipo de confesión. En cambio, si se elimina este requisito no hay razón para negarle a tal

204 L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, primera parte, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1964, págs. 417-428; *Derecho procesal civil*, 1962, página 361; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, págs. 262-263.

205 ALSINA: *Tratado de derecho procesal*, Buenos Aires, 1942, t. II, páginas 237-238.

206 HUMBERTO BELLO LOZANO: *Pruebas*, Caracas, Edit. Estrados, 1966, t. I, págs. 194, 208-209.

207 ROCHA: *De la prueba en derecho*, Edit. Universidad Nacional, 1949, páginas 70-71, y *Derecho probatorio*, Edit. Rosario, 1962, pág. 139; ENRIQUE A. BECERRA: *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Edit. Imprenta Nacional, 1933, t. II, pág. 66.

confesión el carácter de judicial en el proceso civil en que vaya a valorarse, a menos que se exija que deba ocurrir en la misma causa.

Algunos autores italianos han creído encontrar en el diferente valor probatorio que a la confesión judicial se le asigna en el proceso penal y civil (de prueba libremente valorable en aquél y de prueba con tarifa legal en éste), el fundamento jurídico para negarle a la formulada en el primero el carácter de judicial ante el juez civil que deba apreciarla, al serle trasladada en copia auténtica; esta opinión también aparece en algunas sentencias de tribunales italianos<sup>208</sup>. Creemos que el argumento carece de valor jurídico, porque una cosa es la manera como el juez deba apreciar el mérito de convicción que una prueba puede tener y otra la naturaleza de esa prueba; tal disparidad de sistemas en cuanto a lo primero existe también para los testimonios en algunas legislaciones, sin que por ello cambie su naturaleza en uno y otro proceso.

LESSONA<sup>209</sup> opina que la confesión que se ha hecho en la etapa del sumario carece de valor probatorio en el proceso civil y que la recibida en el período decisorio de aquél no es judicial en éste, por faltarle el *animus confitendi*: pero tal conclusión sólo se justifica, en el primer caso, cuando el sumario se adelanta ante funcionario de policía y no ante juez, y en el segundo la ausencia de *animus confitendi*, como intención de renunciar al propio derecho o de suministrar una prueba al adversario, tal como LESSONA lo entiende<sup>210</sup>, no impide que exista confesión, de acuerdo con la doctrina moderna que estudiamos al tratar de este supuesto requisito (*cfr.*, núm. 152, *g*). El mismo LESSONA cita varias sentencias de casación de tribunales italianos, que rechazan su concepto y que le reconocen en lo civil valor a la confesión hecha en un proceso penal, dejándole al juez el derecho de apreciarla libremente<sup>211</sup>.

RICCI<sup>212</sup> opina que la confesión hecha en un proceso penal puede hacer plena prueba en otro civil; pero como estima que en toda confesión existe un elemento convencional que constituye el fundamento de su valor, exige que en ambos procesos actúen las mismas partes, es decir, que la favorecida por la confesión del sindicado haya intervenido como parte civil.

Según lo acabamos de decir, sólo hay razón para negarle el carácter de confesión judicial en un proceso civil, a la hecha en un proceso penal, cuando se exija para la primera que se haya hecho en la misma

<sup>208</sup> GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., págs. 483-485, y sentencias de apelación y casación citadas en las págs. 499 y 450; SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., página 307, y sentencias que allí mismo se mencionan.

<sup>209</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núms. 449-451, páginas 463-465.

<sup>210</sup> LESSONA: Ob. cit., núm. 395, pág. 409.

<sup>211</sup> LESSONA: Ob. cit., núm. 451, n. 2.

<sup>212</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 238, págs. 105-106.

causa o que el juez sea competente en general o a lo menos por la naturaleza del asunto, sin que importe que quien la invoque en aquél haya sido o no parte en éste.

Nos resta por examinar, en relación con este requisito, si la declaración 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. LESSONA trata el punto<sup>213</sup> y se decide en favor de la negativa, con el argumento de que "la confesión debe producirse por la parte *"in causa"* y que el testigo no lo es en el proceso en que declare, por lo cual le reconoce solamente un valor de presunción, "a veces gravísima", o de confesión extrajudicial. Nos separamos del ilustre maestro en este punto y creemos que su opinión se debe a que exige el *animus confitendi* específico, en el sentido de intención de renunciar al derecho o de suministrarle una prueba al adversario, que, evidentemente, no aparece en la declaración del testigo; pero tal requisito ha sido eliminado por la doctrina moderna, como vimos atrás (*cf.*, número 152, g).

Si para que exista confesión basta que el hecho sea perjudicial al declarante o favorable a su adversario, sin que importe la intención que aquél tenga al hacerla, siempre que se cumplan los demás requisitos examinados en los números anteriores, no hay razón para negarle ese carácter a la declaración rendida por una parte, como testigo, en otro proceso, si reúne tales requisitos. Y si para que la confesión sea judicial basta que se produzca en un proceso o que se formule a un juez en ejercicio de sus funciones, la declaración del testigo debe tener ese carácter, cuando se traslade a un proceso posterior en que éste sea parte, porque satisface también esta condición. Naturalmente, si se exige para la confesión judicial, que ocurra en la misma causa, la declaración del testigo sólo podrá tener el carácter de confesión extrajudicial en otro proceso; si se requiere la competencia general del juez o la especial por la naturaleza del asunto, será indispensable, para que ese testimonio tenga el valor de confesión judicial en el nuevo proceso, que el asunto que en éste se ventila esté incluido en la competencia del juez que recibió esa declaración (*cf.*, punto b).

Por consiguiente, en Colombia, el testimonio rendido ante otro juez civil, competente también para conocer de la causa que se ventila en el nuevo proceso, en razón de su naturaleza, tiene el valor de confesión judicial si el testigo en aquél es parte en éste y el hecho es desfavorable al mismo declarante, o favorable a la parte contraria; en los demás casos tendrá únicamente el valor de confesión extrajudicial. En Argentina (para lo nacional y en Santa Fe) y en Venezuela, son confesiones judiciales, en todos los casos.

213 LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 411, págs. 423-424.

### 156. Confesión, admisión y reconocimiento. Sus analogías y diferencias

La doctrina suele distinguir entre confesión, admisión y reconocimiento, y en verdad se trata de nociones con características peculiares.

a) LA NOCIÓN DE ADMISIÓN Y SUS DIFERENCIAS CON LA CONFESIÓN. Se dice generalmente que hay *admisión* cuando en un proceso contencioso una parte acepta como ciertos uno o varios hechos determinados que han sido alegados por el adversario. Este concepto, acogido por nosotros (*cfr.*, núm. 44), lo comparte Leonardo PRIETO CASTRO<sup>214</sup>.

En el mismo sentido dice CARNELUTTI<sup>215</sup> que la admisión es la "afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte" (usa el término *afirmación* en sentido de alegación). Pero CARNELUTTI considera que en la admisión existe la "posición como presupuesto de la demanda, de un hecho ya presupuesto en la demanda contraria" (le da al término *demanda* un sentido genérico, que incluye las pretensiones del actor y las excepciones del demandado), y agrega que tiene un elemento común con la confesión judicial: la afirmación de un hecho puesto como fundamento de la demanda contraria, y otro diferencial: en la admisión el hecho es presupuesto de la propia demanda, y en la confesión, no.

Aceptamos sólo parcialmente el anterior concepto de CARNELUTTI, en cuanto define la admisión como la aceptación de un hecho alegado por la contraparte, afirmativa o negativamente (por lo cual preferimos hablar de alegación y no de afirmación), pero creemos que el primer elemento a que se refiere el gran maestro italiano no es común, a las dos nociones de confesión judicial y admisión, ni el segundo las distingue.

El elemento que CARNELUTTI llama común, no lo es en realidad siempre, porque la alegación previa del hecho por la contraparte es indispensable para la admisión, aun cuando no siempre sirve de fundamento a la causa de aquélla, ya que puede resultar desfavorable a su pretensión o excepción y favorable al admitente, mientras que tal alegación no se requiere para la confesión judicial, porque ésta existe si el hecho declarado es favorable a la contraparte aunque no lo haya alegado ni puesto como fundamento de su causa. La alegación del hecho por la parte contraria es factor importante para determinar los efectos de la confesión en el proceso contencioso en que se hace, en cuanto pueda ser indispensable para que el juez lo ponga como fundamento de la sentencia favorable a esa parte, sin violar el principio de la congruencia, si se trata de un hecho principal; pero no es requisito

<sup>214</sup> PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, primera parte, Madrid, 1964, página 400.

<sup>215</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 3, págs. 8-9.

para que exista la confesión (puede haberla en el proceso voluntario). Además, los hechos secundarios confesados deben ser admitidos por el juez en la sentencia en favor de la demanda o de las excepciones de las partes, aunque no hayan sido alegados por ésta, y en el proceso civil y laboral colombiano es suficiente que el hecho que sirve de excepción resulte probado por la confesión para que el juez lo declare, aunque sea principal y no haya sido alegado por el demandado, salvo en los casos de prescripción y compensación <sup>216</sup>.

En otros términos, para que haya admisión el hecho debe haber sido alegado por la parte contraria como fundamento de su pretensión o excepción, pero puede suceder que en definitiva resulte desfavorable a ésta; en cambio, para que exista confesión no hace falta que la contraparte lo haya alegado antes, pero es necesario que sea favorable a ésta, y su alegación es requisito únicamente de su eficacia si la ley la exige para que el juez pueda tomarlo en cuenta como fundamento de su decisión. Si la alegación del hecho por la parte contraria fuera indispensable para la existencia de la confesión, no podría existir en el proceso voluntario. Quienes exigen para la confesión que el hecho haya sido alegado por la parte contraria, confunden las dos nociones <sup>217</sup>.

El elemento diferencial de que CARNELUTTI habla puede aparecer en muchos casos, pero no siempre. En efecto, no es requisito indispensable para la admisión que el admitente alegue también el hecho como fundamento de su propia causa, pues si bien es cierto que en ocasiones el hecho admitido favorece al admitente, con frecuencia le es perjudicial. Solamente en el primer caso existe la diferencia a que alude CARNELUTTI, porque la confesión es siempre desfavorable al confesante, en cuanto favorece a la parte contraria (*cf.*, núm. 152, *d*).

João DE CASTRO MENDES <sup>218</sup> critica también el concepto de CARNELUTTI y advierte que el ilustre maestro italiano lo modificó en las *Lezioni di diritto processuale civile* y en el *Sistema*, para volver a adoptarlo en las *Istituzioni*, al darle a la admisión el carácter de alegación o información a título de fundamento de una petición propia.

Para CASTRO MENDES, por admisión debe entenderse "la aceptación expresa o tácita como elemento de un raciocinio, de una proposición o juicio cuya verdad se nos afirma". De este modo, sólo exige la previa alegación de la contraparte. Sin embargo, considera que entre admisión y confesión existen dos diferencias: 1<sup>ª</sup>) que la confesión tiene valor probatorio propio y la admisión no puede ser tomada como factor probatorio (le observamos que esto no tiene aplicación en los sis-

<sup>216</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núms. 419-427 y 428; *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Aguilar, núms. 239 y 253.

<sup>217</sup> Así, por ejemplo, MOCAYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3<sup>ª</sup> ed. cit., t. II, núms. 3 y 11, págs. 10-11.

<sup>218</sup> CASTRO MENDES: *Do conceito de prova em processo civil*, Bilbao, 1961, núm. 136, págs. 547-557.



temas legales que, como el colombiano, el venezolano y el español, le asignan a la admisión el valor de confesión judicial); 2<sup>a</sup>) que la confesión judicial puede hacerse valer en otro proceso y la admisión no. No estamos de acuerdo tampoco con el ilustre profesor portugués, porque la segunda diferencia, en cuanto al valor probatorio del acto, existe únicamente entre confesión y *admisión tácita* por el silencio o la falta de impugnación, pues ésta no puede producir efectos en otro proceso, mientras que la *confesión ficta*, por no comparecer a absolver posiciones, puede aducirse como prueba en un proceso posterior, lo mismo que la confesión judicial expresa. Empero, no todas las legislaciones regulan este punto de una misma manera, pues, por ejemplo, la colombiana le asigna a la confesión hecha en un proceso anterior el mismo valor si el juez del primero era competente para el nuevo litigio, por la naturaleza de la causa, en tanto que otras la consideran como confesión extrajudicial (*cfr.*, núm. anterior).

Generalmente, la admisión se produce en la contestación a la demanda o a las excepciones; pero puede ocurrir en una oportunidad posterior, por ejemplo, en el alegato de conclusión o en otro memorial, lo mismo que la confesión (si es de apoderado, debe tener autorización expresa para confesar o estar facultado por la ley).

Hay *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, y entonces es claro que el admitente no alega en su favor el mismo hecho, ni éste le sirve de fundamento a su propia causa. Por ello el elemento diferencial que CARNELOTTI cree encontrar entre admisión y confesión no existe tampoco en estos casos. La admisión tácita es excepcional en el proceso civil colombiano (lanzamientos de tenedores, cuentas y posesorios); en Venezuela, en cambio, es norma general (C. de P. C., art. 276), que nos parece conveniente <sup>219</sup>. En Argentina existe igual norma general para la justicia nacional (arts. 356 y 486) y la de Santa Fe (arts. 142 y 143).

Por consiguiente, consideramos que en cuanto a los requisitos necesarios para su existencia, los únicos elementos diferenciales entre admisión y confesión judicial son cuatro: 1) en la admisión el hecho debe haber sido alegado previamente por la contraparte, lo cual no ocurre en la confesión; 2) la admisión debe ser siempre espontánea, mientras que la confesión puede ser también provocada mediante un interrogatorio del juez o de la parte contraria; 3) 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, y lo segundo, cuando favorezca a éste únicamente), mientras que en la confesión esa consecuencia es siempre adversa al confesante en cuanto favorece a su contraparte; 4) la ad-

<sup>219</sup> HUMBERTO BELLO LOZANO: *Pruebas*, Caracas, Edit. Estrada, 1966, páginas 18 y 21.

misión sólo puede ocurrir en el proceso, y la confesión puede ser también extraprocesal.

Cuando por la ley se limite el concepto de confesión judicial a las declaraciones hechas en interrogatorio, la afirmación de un hecho perjudicial al demandante, contenida en la misma demanda, tendrá también carácter de admisión a pesar de que no haya sido alegado por el contrario, y lo mismo ocurrirá cuando el demandado afirme en las excepciones un hecho que lo perjudique, pero que no haya sido alegado por el actor. Creemos, sin embargo, que en estos casos hay confesión judicial espontánea y que la noción de admisión debe limitarse al caso en que el hecho que se acepta espontáneamente haya sido alegado por la parte contraria. Entre nosotros no existe este problema, porque nuestro Código de Procedimiento Civil (art. 607) contempla expresamente la confesión judicial espontánea o sin interrogatorio y le da a la admisión de hechos el valor de confesión. Algo similar ocurre en los arts. 549 y 690 de la L. de E. C. española<sup>220</sup>, y en el art. 279 del C. P. C. venezolano, y en los arts. 356 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la justicia nacional y 142-143 del C. de Santa Fe.

b) LA NOCIÓN DE RECONOCIMIENTO; DIFERENCIAS CON LA CONFESIÓN Y LA ADMISIÓN. Para que la noción de *reconocimiento* 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, pero creemos que es igual el caso cuando el demandante acepta total o parcialmente las excepciones del demandado, porque entonces se adhiere o allana a éstas). En este sentido observan CARNELUTTI<sup>221</sup> y DE LA PLAZA<sup>222</sup> que el reconocimiento tiene efectos jurídicos procesales diferentes de los que produce la confesión, pues en tanto que ésta es un medio de prueba, aquél es una declaración material autónoma. Creemos, sin embargo, que esto no significa que en el primero esos efectos sean independientes de los hechos alegados, porque en el fondo de todo reconocimiento existe la admisión expresa o tácita de los hechos que fundamentan la pretensión o excepción, y que el juez no puede declarar en la sentencia la pretensión o excepción propuestas, sólo porque exista su reconocimiento por la otra parte y sin tener en cuenta los hechos de los cuales se deducen, sino que, por el contrario, debe basarse "en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa", debidamente probados, como lo dice el art. 593 del C. de P. C. colombiano. Confirma nuestra opinión la circunstancia de que para la validez y la eficacia del reconocimiento o allanamiento a las pretensiones, se necesitan los mismos requisitos que se

220 SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, pág. 162.

221 CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 29, pág. 143.

222 DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1951, t. I, pág. 454.

requieren para la validez y la eficacia de la confesión o admisión, especialmente la capacidad jurídica para disponer de la cosa o relación jurídica o del derecho sobre que versan y la disponibilidad de éste.

En otros términos, el reconocimiento es, en definitiva, una admisión *general* de los hechos que fundamentan las pretensiones o excepciones, o parcial de los que fundamentan las que se aceptan entre las varias formuladas, que implica su adhesión o allanamiento.

Entre la confesión y el reconocimiento podemos señalar estas cuatro diferencias importantes:

1ª) La confesión no envuelve necesariamente la intención de asumir las consecuencias desfavorables que del acto puedan sobrevenir al confesante y de beneficiar con ellas a la otra parte, intención que bien puede faltar, sin que por eso la confesión deje de existir y ser válida (*cf.*, núm. 152, punto *g*); en cambio, el reconocimiento es la manifestación clara de que se aceptan esas consecuencias contenidas en las pretensiones o excepciones reconocidas. No sobra advertir que esta diferencia no existe entre confesión y admisión, porque quien admite un hecho no piensa siempre en las consecuencias jurídicas de su acto y a menudo tiene el único propósito de reconocer la verdad, tal como puede ocurrir cuando se confiesa el hecho espontáneamente o en interrogatorio judicial.

2ª) La confesión puede versar sobre uno o varios hechos favorables al confesante, a pesar de 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.

3ª) El reconocimiento implica la alegación previa por la contraparte y la confesión no.

4ª) La confesión se refiere a uno o varios hechos determinados, desligados de los derechos que de ellos puedan originarse para la otra parte, y el reconocimiento al *conjunto* de hechos que fundamentan la pretensión o la excepción reconocida.

Algunos autores basan la diferencia entre reconocimiento y confesión en su contenido, pues consideran que el primero versa sobre el derecho y la segunda sobre hechos; otros, entre quienes se cuentan ASCOLI, GIORGI y BRUGI, consideran que tal distinción no es clara y que en la doctrina alemana desaparece, porque en ella se acepta que la confesión puede tener por objeto tanto hechos como derechos, tendencia que siguen importantes autores franceses, como POTHIER, TOULLIER y DURANTON<sup>223</sup>. En realidad esta diferencia no existe, porque, conforme antes lo indicamos y lo explica admirablemente CARNELUTTI<sup>224</sup>, cuando se reconoce el derecho se está afirmando el hecho que lo genera; se

<sup>223</sup> Citas de CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 27, págs. 135-137.

<sup>224</sup> CARNELUTTI: Cita anterior.

puede reconocer un hecho y no el derecho que de él se derive, pero no reconocer un derecho y no el hecho que lo origina; se afirma un hecho "tanto narrándolo en sus detalles, como indicándolo mediante su definición jurídica", que es el derecho derivado de él. Son simples diferencias de forma en la afirmación.

Ese idéntico contenido del reconocimiento y la confesión hace que CARNELUTTI diga que, por tal motivo, en el concepto amplio de testimonio y confesión entra también "el testimonio (y, por tanto, la confesión) de una relación jurídica"; pero no debe tomarse literalmente lo último, porque sería contradecir sus anteriores explicaciones, por lo cual creemos que con esto quiere significar que cuando se confiesan los hechos generadores, implícitamente se confiesa la relación jurídica generada; precisamente en la nota 251, incluida en la segunda edición de esa misma obra<sup>225</sup>, cuando trata de la eficacia material del reconocimiento y procesal de la confesión, aclara su pensamiento con esta advertencia: "Hablo del reconocimiento de una *relación jurídica*, en antítesis con la confesión". En otros lugares ratifica su tesis de que la confesión tiene por objeto únicamente hechos<sup>226</sup>.

Podría pensarse que entre confesión y reconocimiento media solamente una diferencia de género a especie, es decir, que el reconocimiento es una especie de confesión cuyo objeto es más general: todos los hechos de la demanda o al menos los que fundamentan las pretensiones aceptadas (o los hechos que sirven de base a las excepciones reconocidas), y así lo estimó en un principio CARNELUTTI<sup>227</sup>; pero luego rectificó su concepto en los siguientes términos<sup>228</sup>: "Para obtener mayor claridad, creo que se debe decir que el reconocimiento de la demanda es la *adhesión del demandado a la demanda del actor*, o, más exactamente, la proposición al juez por parte del demandado de una demanda idéntica a la del actor. Esencialmente, en suma, la confesión es una *declaración* y el reconocimiento (de la demanda), una *demand* del demandado; la primera es un *prius* y el segundo un *posterius*. Hay así, entre *reconocimiento de la demanda y confesión*, una verdadera diferencia estructural y no es correcto incluir el primero, cual especie en el género, en el concepto de la segunda".

Estamos de acuerdo en que la diferencia entre las dos nociones es estructural, como se infiere del examen de los tres aspectos que los distinguen explicados atrás, y que no es solamente de género a especie; pero consideramos exagerado hablar de *demand* del demandado que reconoce la demanda del actor, porque se trata de su *adhesión* o *allanamiento* a ésta, lo cual es jurídica y procesalmente distinto, ya que puede serle en un todo desfavorable.

En otro lugar dice CARNELUTTI que la diferencia entre los dos

225 CARNELUTTI: *La prueba civil*, núm. 29, pág. 143.

226 Véanse citas en el punto C del núm. 272.

227 CARNELUTTI: Ob. cit., núm. 27, pág. 136.

228 CARNELUTTI: Ob. cit., n. 251, núm. 29, de la 2ª edición de la misma obra.

institutos es cuantitativa y no cualitativa, porque la confesión se refiere a hechos singulares, y el reconocimiento al conjunto de hechos alegados por la parte contraria. Anotamos, sin embargo, que si bien esta diferencia existe, como antes lo explicamos, no es la única, y, por lo tanto, creemos que las hay también de significado cualitativo, como las otras tres que dejamos expuestas <sup>229</sup>.

LESSONA <sup>230</sup> considera que las dos nociones se diferencian en que la confesión crea una prueba que no existía y el reconocimiento "renueva una prueba preexistente de la obligación". Con todo, hay que advertir que las dos situaciones pueden presentarse en aquélla y en éste, es decir, que se puede confesar un hecho generador de obligaciones cuya prueba exista por otro medio y reconocer una obligación (en realidad los hechos que la originan) desprovista hasta entonces de prueba.

*En dos aspectos se asemejan la confesión y el reconocimiento:* 1º) En cuanto a los requisitos para su validez y eficacia (*cfr.*, núms. 153-154), y 2º) en cuanto exigen que los hechos sobre que versan sean desfavorables a su autor. Pero el segundo es más evidente en el reconocimiento, porque comprende las consecuencias jurídicas de las pretensiones o excepciones sobre que versa y una renuncia a su discusión.

*Entre el reconocimiento y la admisión existen estas diferencias:*

1º) El reconocimiento implica necesariamente la intención de asumir las consecuencias del acto, lo cual puede suceder o no en la admisión; 2º) el reconocimiento es siempre desfavorable a quien lo hace o favorable al adversario, mientras que la admisión puede ser favorable sólo al admitente; 3º) el reconocimiento se refiere siempre a las pretensiones o excepciones del contrario, aun cuando implica aceptar los hechos en que se fundan, y la admisión recae sobre los hechos alegados por la otra parte con prescindencia de sus efectos jurídicos, por lo cual es posible que quien admite un hecho discuta o niegue el derecho o la excepción que del mismo pretende deducir su contraparte, en tanto que quien reconoce una pretensión o excepción no puede luego discutirla o negarla, porque la ha aceptado expresamente.

*En dos aspectos se semejan el reconocimiento y la admisión:* 1º) Ambos recaen sobre hechos alegados por la parte contraria, y 2º) ambos deben ocurrir en el proceso (tanto el reconocimiento como la admisión de hechos, fuera del proceso, son jurídicamente confesiones). Cuando el demandado acepta tanto los hechos de la demanda como sus pretensiones, existirá reconocimiento.

En Argentina, el C. de P. C. y Co. para la Provincia de Santa Fe consagra la admisión (el texto habla de reconocimiento) de los hechos singulares de la demanda, si en su contestación el demandado guarda silencio sobre él o usa expresiones evasivas (art. 142), y la admisión tácita de todos los hechos si no contesta la demanda (art. 143).

<sup>229</sup> CARNELUTTI: *Studi di diritto processuale civile*, t. III, pág. 307.

<sup>230</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 378, pág. 395.

Ninguna norma legal colombiana distingue entre el reconocimiento y la admisión. No se ha consagrado la admisión implícita de hechos singulares de la demanda, por su no rechazo o discusión (lo cual sería aconsejable introducir), excepto para el caso especial de la afirmación por el demandante de que el demandado tiene la cosa en su poder, pues, en tal caso, si éste no lo niega al contestar la demanda, "al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquél no era el poseedor" (C. de P. C.; art. 214). En cambio, la no oposición oportuna a las demandas posesorias, de lanzamiento y de cuentas, implica reconocimiento implícito, el juicio no se abre a prueba y se dicta sentencia condenatoria.

En el Código de Procedimiento Civil venezolano se distinguen claramente la admisión y el reconocimiento. En efecto, el inciso 2º del art. 279 dispone que si el demandado acepta los hechos alegados por el actor, pero contradice el derecho, no se otorga término para aducir prueba, que entonces resultarían innecesarias; se regula así, de modo expreso, el instituto de la admisión de los hechos de la demanda, siu adhesión o allanamiento a ésta, es decir, sin reconocimiento. Lo mismo ocurre en el proceso civil ordinario del C. de P. C. y Co. para la justicia nacional argentina (art. 360), pues se abre a pruebas sólo cuando no hay conformidad sobre los hechos, y en la admisión tácita de todos los hechos de la demanda por no contestarla el demandado, que regula el art. 143 del C. de P. C. y Co. de la Provincia argentina de Santa Fe.

Cuando la parte llamada a posiciones no comparece o se niega a responder alguna pregunta, se produce una *confesión ficta*, que se diferencia de la admisión en tres aspectos: 1º) en que la pregunta no implica necesariamente la alegación del hecho que se presume cierto, salvo norma legal que lo disponga; 2º) en que en este caso hay una presunción de verdad de tal hecho, mientras que en la admisión se considera probado por confesión, y 3º) en que dicha confesión exige un interrogatorio que no aparece en la admisión tácita o expresa (*cfr.*, núm. 174).

Un caso *sui generis* de reconocimiento es el de documentos privados no auténticos, cuando la parte contraria los acepta como ciertos, reconocimiento que también puede ser implícito por renuncia de la parte a comparecer para declarar si los reconoce o no. Sin embargo, este reconocimiento es diferente del que hemos estudiado en este número.

### 157. Naturaleza jurídica de la confesión

Aunque mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la confesión, 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 (*cfr.*, núm. 152 g), influye

decisivamente sobre este punto. A continuación explicaremos las diversas teorías formuladas sobre esta materia.

1ª) TESIS QUE CONSIDERA LA CONFESIÓN COMO DECLARACIÓN BILATERAL DE VOLUNTAD, DE NATURALEZA SUSTANCIAL Y NEGOCIAL, DE DERECHO PRIVADO. La gran mayoría de los autores clásicos y modernos distinguen claramente la confesión del contrato y le niegan el carácter de declaración bilateral de voluntad. Quienes sostuvieron esta primera tesis consideraron, en contra de la opinión general, que aquélla contiene un elemento convencional, un acuerdo entre el confesante y su adversario, de naturaleza sustancial y de derecho privado, para la renuncia de un derecho del primero o el reconocimiento de una obligación, en beneficio del segundo, quien aporta su consentimiento mediante la aceptación de tal efecto jurídico favorable. Esta tesis es consecuencia de la que exige, para la existencia de la confesión, que se tenga el *animus confitendi*, entendido como renuncia al derecho sustancial.

Según lo enseña LESSONA<sup>231</sup>, el primero en incurrir en esta equivocación fue GOSSIN, en estudio publicado en 1883<sup>232</sup>. Más tarde, PESCATORE acogió esta teoría y agregó al elemento convencional otro lógico; el primero equivale a una renuncia a las excepciones que el demandado confesante podría tener, por lo cual se trata de una verdad convencional, que prevalece sobre la verdad real, y el segundo consiste en el fundamento de verdad que implica reconocer hechos contrarios a los propios intereses<sup>233</sup>. Compartieron también esta tesis MATTIROLO<sup>234</sup>, RICCI<sup>235</sup> y MESSINA<sup>236</sup>.

Dicha tesis implica considerar la confesión como un *acto de voluntad*, para la producción de efectos jurídicos, respecto al confesante como a su contraparte.

Basta recordar la crítica hecha a la tesis que exige el *animus confitendi*, como intención al derecho propio en beneficio del adversario (*cfr.*, núm. 152, punto g) para rechazar el carácter convencional de la confesión. Naturalmente, quien se niegue a reconocer en la confesión una intención de renuncia al derecho material o al procesal de defensa, implícitamente repudia el carácter convencional que esta tesis le asigna (*cfr.*, núm. 152 g).

Si la confesión fuera un contrato, sería indispensable para su eficacia la aceptación de ella por el adversario y esto no lo exigen las legislaciones ni la doctrina modernas. Como toda prueba, la confesión produce sus efectos en el proceso, sin que importe la falta de consentimiento o de alegación de la otra parte; esto es consecuencia de los

231 LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, número 375, págs. 391-392.

232 GOSSIN: En Sirey, *Recueil general*, 1883, XXXIII, 11, págs. 138 a 146.

233 PESCATORE: *La logica del diritto*, Torino, 1883, págs. 111 y 117-118.

234 MATTIROLO: *Trattato*, 5ª ed., t. II, núm. 716.

235 RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 234-235.

236 MESSINA: *Contributo a la dottrina della confessione*, en *Scritti giuridici*, Milano, 1948, t. III, págs. 51-52.

principios de la unidad y la comunidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31, puntos 3º y 4º).

Por otra parte, la confesión prueba el derecho, pero no lo crea ni modifica y tampoco lo extingue; es la sentencia judicial que termina el litigio con valor de cosa juzgada, la que impide reclamar nuevamente el derecho o pretender otra vez que se imponga la obligación al adversario. Cuando se hace una falsa confesión, aparece la intención de producir con ella cierto efecto jurídico sustancial, mediante la sentencia que la acoja, pero entonces el acuerdo de voluntades que para tal fin existe entre las partes, constituye un acto jurídico extraprocésal que no se conoce en el proceso y que es la causa de que tal confesión falsa se produzca. Ni siquiera en esta hipótesis hace falta que en el proceso aparezca la aceptación o el consentimiento de la otra parte. Pero no se trata de que la confesión falsa sea "un conjunto judicial simulado" como crece LESSONA<sup>237</sup>, sino la consecuencia de un acuerdo extrajudicial. Aun en este caso existe procesalmente una confesión cuya validez y eficacia dependería de si reúne o no los requisitos que en los números anteriores explicamos<sup>238</sup>.

Como observan justamente PANUCCIO y SILVA MELERO<sup>239</sup>, ningún argumento en favor de esta tesis puede deducirse de la circunstancia de que la capacidad del confesante y la disponibilidad del derecho sobre que versa, son necesarios para la validez y eficacia de la confesión, y tampoco del principio de su indivisibilidad. Aquéllas se requieren para todo acto jurídico, unilateral o bilateral, como, por ejemplo, para demandar o comparecer como demandado y para desistir sin acuerdo con el adversario. Estos requisitos se explican por las graves consecuencias que de la confesión pueden deducirse para quien la hace. La indivisibilidad es una regla para la mejor interpretación de la declaración confesoria.

Por último, desde el momento en que el legislador incluye la confesión entre los medios de prueba, está negándole todo carácter contractual, pues las nociones de prueba y de contrato son incompatibles.

Conforme lo expusimos al estudiar el requisito de la voluntariedad, mal llamado del *animus confitendi* (*cfr.*, núm. 152 g), actualmente hay acuerdo acerca de que para la existencia de la confesión es indiferente que quien confiesa conozca o no las consecuencias jurídicas de su acto, que la ley (o el juez, si tiene libertad de valoración) le reconoce, como medio de convicción sobre los hechos del proceso.

Por último, observamos que la confesión es un medio de prueba, un instrumento para la convicción del juez sobre los hechos del proceso, y que, por lo tanto, su naturaleza es procesal y de derecho público.

<sup>237</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 375.

<sup>238</sup> LESSONA: Ob. cit., números citados.

<sup>239</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, número 3, págs. 13-18; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, t. I, pág. 156.



Asignarle una naturaleza sustancial, de derecho privado, es desconocer su función, su valor y sus efectos.

Esta tesis tuvo origen en una errónea interpretación del derecho romano, que confundió la *confessio in jure con la confessio in iudicio*. La primera tenía efectivamente un valor convencional, pero no se trataba de un medio de prueba, sino de una especie de arreglo voluntario del litigio ante el pretor, que sustituía la sentencia y hacía innecesario el juicio; la segunda era un medio de prueba, totalmente ajeno a toda idea convencional, tal como en el derecho actual se la considera <sup>240</sup>.

2ª) TESIS QUE SOSTIENE QUE LA CONFESIÓN ES UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD, DE NATURALEZA SUSTANCIAL Y NEGOCIAL, DE DERECHO PRIVADO. Se diferencia de la anterior en cuanto se elimina el elemento convencional o contractual, al considerarla como una declaración unilateral, pero conserva de aquélla los demás conceptos, es decir, el carácter de acto de voluntad y de negocio jurídico sustancial de derecho privado. Por consiguiente, le son aplicables las críticas formuladas a la tesis anterior, en estos aspectos; representa, sin embargo, un avance en relación con ésta sin dejar de ser radicalmente errónea.

Al otorgarle a la confesión el carácter de negocio jurídico unilateral, se exige que el confesante conozca los efectos jurídicos que sobre sus derechos sustanciales puede producir la confesión y que, además, los desee y persiga. Esto equivale a incluir entre los requisitos necesarios para la existencia de la confesión, el *animus confitendi*, entendido como intención de renunciar al propio derecho. Luego, para refutar eficazmente esta teoría valen las razones expuestas contra aquélla y es suficiente observar que en la mayoría de las confesiones no existe tal *animus* (cfr., núm. 152, punto g).

Defienden esta tesis CONIGLIO <sup>241</sup>, GIORGIANNI <sup>242</sup>, COSATTINI <sup>243</sup> y SANTORO PASSARELLI <sup>244</sup>.

En contra de ella están los autores que eliminan el *animus confitendi* de los requisitos para la existencia de la confesión (cfr., núm. 152 g), y quienes sostienen las tesis que expondremos a continuación. La rechazan también FURNO <sup>245</sup> y J. GOLDSCHMIDT <sup>246</sup>.

<sup>240</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, pág. 392; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, páginas 148-149.

<sup>241</sup> CONIGLIO: *Atto di citazione e confessione giudiziale*, Rivista Diritto Processuale civile, 1928, t. I, págs. 207 y 213-217.

<sup>242</sup> GIORGIANNI: *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, pág. 130.

<sup>243</sup> COSATTINI: *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, páginas 87-90.

<sup>244</sup> PASSARELLI: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, pág. 297.

<sup>245</sup> FURNO: *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, págs. 261 y 267, y *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, Edit. CEDAM, 1940, núm. 36.

<sup>246</sup> GOLDSCHMIDT: *Der prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, págs. 136 y 160, y *Civil prozessrecht*, Berlín, 1932, pág. 120; citas de CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, t. I, pág. 59, n. 18.

3ª) TESIS QUE CONSIDERA LA CONFESIÓN COMO UN ACTO DE VOLUNTAD, Y, POR LO TANTO, COMO UN NEGOCIO JURÍDICO, PERO DE NATURALEZA PROCESAL, Y NO UN MEDIO DE PRUEBA. Sólo se diferencia esta tesis de la segunda, 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. Le son aplicables las críticas expuestas.

Sostienen esta tesis los profesores españoles contemporáneos Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA<sup>247</sup>, para quienes la confesión excluye la prueba del hecho y no es un medio de prueba, conceptos que consideran contradictorios; la califican de negocio jurídico, pero niegan que sea de derecho civil o privado, porque no produce directamente efectos jurídicos materiales, sino a través del proceso y la sentencia, como cualquier otro acto procesal; sin embargo, creen que origina una situación jurídica dentro del mismo proceso, que resulta indestructible, al tenor del principio de la preclusión; la diferencia del testimonio en que el testigo *relata* el hecho, mientras que la parte lo *admite* para que el juez lo fije en la sentencia, prescindiendo del problema de que sea verdadero o falso. Terminan dichos autores manifestando que, con algunas reservas, aceptan la tesis de CARNELUTTI, pero se separan de éste al negarle a la confesión el carácter de medio de prueba, con lo cual adoptan una postura más lógica, pues consideramos que existe una clara oposición entre los conceptos de "medio de prueba" y de "negocio jurídico" procesal.

Rechazamos esta tercera tesis, porque mantiene el carácter de *acto de voluntad* para la producción de efectos jurídicos procesales (esa situación jurídica indestructible de que hablan sus defensores) y esto implica exigir el *animus confitendi* como intención de obtener efectos jurídicos específicos, que en la mayoría de los casos no existe (*cfr.*, núm. 152, punto g). Por otra parte, significa esta tesis que los efectos jurídicos de la confesión son consecuencia de la voluntad del confesante, cuando la realidad es que emanan directamente de la ley o del libre criterio del juzgador (según el sistema de apreciación que para ella rija). Y, por último, no nos parece que haya contradicción alguna entre el concepto de medio de prueba y el valor de plena prueba que por lo general se le asigna a la confesión (especialmente, cuando rige el sistema de la tarifa legal).

Ocurre que GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA parten de la base equivocada de considerar que la confesión excluye no sólo la necesidad de aportar otras pruebas (lo cual es cierto, cuando la ley no exige un medio distinto para ese hecho concreto), sino "la posibilidad de intentar prueba sobre los hechos confesados", y por eso concluyen diciendo que nos hallaríamos ante el resultado contradictorio de que "sería una prueba destinada a excluir la prueba". Nos separamos en esto de los distinguidos profesores españoles, por las siguientes razones: en primer

<sup>247</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Artes Gráficas, 1962, 5ª ed., núm. 22, págs. 258-261.

lugar, la confesión puede hacer innecesaria e inútil otras pruebas sobre el mismo hecho, pero no impide su recepción o práctica; en segundo lugar, también los documentos públicos y los privados auténticos tienen el valor de plena prueba en muchos países, como en Colombia, Argentina, Venezuela y España, por lo cual hacen igualmente innecesarias otras pruebas, aunque por ello no se les discute el carácter de medios de prueba; por último, la confesión es válida y eficaz aunque el confesante ignore sus efectos jurídicos directos en el proceso y los indirectos sobre sus derechos sustanciales, lo cual impide lógicamente que sea un negocio jurídico, así sea procesal, porque en éste es elemento esencial la intención de perseguir el efecto jurídico consiguiente.

4<sup>a</sup>) TESIS QUE LE ASIGNA A LA CONFESIÓN EL DOBLE CARÁCTER DE ACTO DE VOLUNTAD O DE NEGOCIO PROCESAL Y DE MEDIO DE PRUEBA. Es la tesis adoptada inicialmente por CARNELUTTI<sup>248</sup>, pero que rectificó posteriormente.

El gran jurista italiano, cuya reciente muerte lamentamos como una pérdida irrecparable para la ciencia del derecho, le asignó inicialmente el carácter de negocio jurídico a la confesión judicial y también a la extrajudicial con igual valor, lo que ocurre en Italia cuando es hecha a la parte contraria<sup>249</sup>, por las siguientes razones: a) es un acto voluntario realizado con el fin práctico de producir un efecto jurídico procesal; b) la doctrina antigua consideraba la eficacia de la confesión como el resultado de la voluntad o el querer del confesante; c) no es un medio de búsqueda de la verdad, sino de fijación formal del hecho de acuerdo con lo declarado, y d) ese fin práctico es la causa del negocio. Pero sostiene que es también un medio de prueba, como todo medio de fijación formal de los hechos, por ser precisamente un negocio jurídico que tiene por efecto esa fijación formal.

Asimismo acepta esta tesis COUTURE<sup>250</sup>, quien estima que es "un medio de prueba en su sustancia y un negocio jurídico en sus efectos".

Creemos que ese doble carácter que CARNELUTTI y COUTURE encuentran en la confesión, cuando hace plena prueba, contiene una contradicción evidente. Creemos que 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, y no de la voluntad de quien suministra la prueba, sea documento, testimonio o confesión. El mismo CARNELUTTI habla de "la ineficacia de la voluntad del confesante respecto a la constitución o a la realización de la obligación del juez"<sup>251</sup> y advierte que la confesión "no se limita a *dar a conocer* el hecho declarado, sino que viene a constituir por sí misma un hecho distinto, del que depende la

<sup>248</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, Buenos Aires, Edit. Arayú, 1955, núm. 8, n. 56, págs. 32-38, y núm. 28, págs. 140-141.

<sup>249</sup> CARNELUTTI: Ob. cit., n. 56, págs. 37-38.

<sup>250</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1949, t. II, págs. 276, 284 y 286.

<sup>251</sup> CARNELUTTI: Ob. cit., n. 51, pág. 35.

realización de la norma”<sup>252</sup>. Ahora bien, lo primero excluye la afirmación de que el efecto de la confesión emana de la voluntad del confesante y, por lo tanto, su carácter de negocio jurídico, pero sirve para asignarle el de medio de prueba; lo segundo convierte la confesión en uno de los hechos jurídicos que constituyen el presupuesto de la norma jurídica por aplicar, y esto equivale a excluir su condición de medio de prueba, para convertirla en *objeto* de prueba. Precisamente el mismo CARNELUTTI enseña que “una cosa es el hecho jurídico, y otra su prueba”, y que la prueba no es la equivalencia sensible del hecho que se ha de probar, como inicialmente lo consideró<sup>253</sup>.

Observamos, por último, que esta tesis implica exigir el *animus confitendi* para la existencia de la confesión, como voluntad de producir ese determinado efecto jurídico procesal, que equivale a la intención de suministrarle la prueba a la parte contraria. Nos remitimos a la refutación que de esta tesis hicimos al tratar de la voluntariedad como requisito para la existencia de la confesión (*cf.*, núm. 152 g). Ese efecto de “fijación formal” de los hechos lo producen todas las pruebas plenas del sistema de la tarifa legal (como los documentos públicos y los privados auténticos), pero nadie les niega su carácter de medios de prueba.

Esta tesis ha sido adoptada también por Moacyr Amaral SANTOS<sup>254</sup>, pues la considera un acto verdaderamente dispositivo del derecho del confesante, que a pesar de su naturaleza no convencional, no es un simple testimonio o declaración de ciencia, sino, por ciertos aspectos, una declaración de voluntad que vincula al juez. Mario CASARINO VITERBO<sup>255</sup> la califica de declaración de voluntad de carácter unilateral, por lo cual podemos incluirlo en este grupo.

James GOLDSCHMIDT<sup>256</sup> dice que no es una declaración de voluntad, en el sentido de que se persigan consecuencias jurídicas determinadas, sino “notificación de voluntad”, sin que importe que se quieran o no sus consecuencias jurídicas. Por lo tanto, no acepta esta tesis.

Es importante recordar que muchos años después, en su “Teoría general del derecho”, dijo CARNELUTTI que “la testificación” (de la cual la confesión es una especie) “es una declaración de ciencia o conocimiento”<sup>257</sup>. También en el *Sistema*<sup>258</sup> califica la confesión de

<sup>252</sup> CARNELUTTI: Ob. y pág. citadas.

<sup>253</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, traducción al español de la 3ª edición, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, núms. 207 y 212, páginas 492 y 506.

<sup>254</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no cível e comercial*, Sao Paulo, 3ª ed., 1963, t. III, núms. 3 y 22 a 26.

<sup>255</sup> CASARINO VITERBO: *Manual de derecho procesal*, Santiago de Chile, 1967, t. IV, pág. 158.

<sup>256</sup> GOLDSCHMIDT: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1936, págs. 282 y sigs.

<sup>257</sup> CARNELUTTI: *Teoría general del derecho*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, núm. 138, pág. 370.

<sup>258</sup> CARNELUTTI: *Sistema*, Buenos Aires, 1959, t. II, núm. 311.

testimonio y de declaración de ciencia. Este nuevo concepto excluye el carácter negocial de la confesión y significa un cambio radical de criterio.

5ª) TESIS QUE CONSIDERA LA CONFESIÓN DE NATURALEZA SUSTANCIAL, PERO NO NEGOCIAL, Y QUE LE NIEGA EL CARÁCTER DE MEDIO DE PRUEBA. Las cuatro tesis anteriores tienen de común el asignarle a la confesión una naturaleza negocial, de derecho sustancial las dos primeras y de derecho procesal las dos últimas. A partir de esta quinta tesis, se elimina el concepto de negocio jurídico, pero se la considera de derecho sustancial y se niega que sea un medio de prueba, puntos en los cuales radica su error.

De acuerdo con estas ideas, el Código Civil de Parma (art. 2314), el de Este (art. 2392), el sardo (art. 1463) y el de las dos Sicilias (art. 1304), colocaban la confesión entre las presunciones legales, como observa LESSONA<sup>259</sup>. Lo mismo ocurre en el Código Civil francés (art. 1350), el cual, sin embargo, al enumerar los medios de prueba incluye la confesión (art. 1316), estableciendo así, en definitiva, una regulación híbrida, que los autores generalmente critican<sup>260</sup>.

6ª) TESIS QUE ESTIMA LA CONFESIÓN COMO DE NATURALEZA SUSTANCIAL, PERO NO NEGOCIAL Y QUE LE RECONOCE EL CARÁCTER DE MEDIO DE PRUEBA. 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 la noción jurídica de confesión. Pero al asignarle una naturaleza sustancial y no procesal, se incurre en uno de los errores que caracterizaron las dos primeras tesis, expuestas en este número.

Esta tesis corresponde a la regulación híbrida que de la confesión hace el Código francés, al considerarla presunción (art. 1350) y medio de prueba (art. 1316), por lo cual ha sido ampliamente criticada por la doctrina, como en el punto anterior vimos. Entre los autores que la acogen, podemos citar a MATTIROLI<sup>261</sup>, quien le asigna una naturaleza mixta, de prueba y de presunción y a GORPHE<sup>262</sup>, para quien la confesión tácita se aproxima a la presunción simple y la judicial se asimila a la presunción legal, pues, según él, contiene una presunción de verdad del hecho confesado, mientras que en lo penal, si es oral, se aproxima a la prueba testimonial. Entre los autores contemporáneos partidarios de esta tesis está Vincenzo PANUCCIO<sup>263</sup>, quien en su magnífica mono-

<sup>259</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. cit., t. I, número 379, pág. 395.

<sup>260</sup> LAURENT: *Principes de droit civil français*, París, 1922, t. XIX, núm. 611; MARCADÉ: *Explications théorique et pratique du code Napoléon*, París, 1890, t. V, art. 1350; *Denolombe*, t. XIV, núm. 235; citas de LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 379.

<sup>261</sup> MATTIROLI: *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1933, t. II, pág. 621.

<sup>262</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, pág. 150.

<sup>263</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, especialmente los números 22 a 30.

graffia considera que la confesión extrajudicial no es un negocio sustancial convencional, por lo cual no es posible darle libremente efectos jurídicos; ni un negocio de derecho público o de derecho procesal, porque no es una declaración de voluntad para producir determinados efectos jurídicos en el proceso (como sí lo es, en su opinión, la renuncia procesal). Sostiene también que es imposible negar que tiene una función probatoria importante y que su utilidad fuera del proceso es práctica y no jurídica; y observa que existen situaciones jurídicas sustanciales que influyen jurídicamente sobre el proceso, así como hay situaciones procesales que producen efectos sobre las relaciones sustanciales que del proceso se derivan. En materia de pruebas judiciales distingue PANUCCIO las que pueden ser libremente valoradas y las sujetas a la tarifa legal; en el primer caso, no tienen una eficacia jurídicamente determinada sobre la situación sustancial que es objeto de la litis, pese a que pueden estar reguladas por algunas normas sustanciales (como las que sanciona como ilícito el falso testimonio) y que existe algún nexo entre ellas y la situación jurídica anterior; en el segundo caso, esto es, cuando se trata de pruebas legales (mejor dicho, de pruebas sujetas a tarifa legal), la influencia sobre la situación jurídica sustancial que resulta al concluir el proceso está determinada inequívocamente, por lo cual, si está preconstituida, da seguridad jurídica y permite apreciar, fuera del proceso o su proceso, los derechos que de tal prueba emanan. De esto deduce que tiene naturaleza sustancial, a pesar de tratarse de medios de prueba.

PANUCCIO le asigna a la confesión extrajudicial preconstituida, cuando tiene valor de plena prueba (en Italia lo tiene cuando es hecha a la parte contraria), una naturaleza sustancial, en razón de la eficacia sustancial que le reconoce, pero termina extendiendo ese concepto a todas las pruebas preconstituidas sujetas a tarifa legal.

Opinamos que el error de PANUCCIO consiste en no distinguir las pruebas preconstituidas, que conforme a la ley tienen un valor *ad substantiam actus* y cuya naturaleza sustancial es indudable, de las demás cuyo valor es simplemente *ad probationem* (como el documento privado para demostrar obligaciones de cierto valor en adelante y de la confesión). La opinión de PANUCCIO es aceptable respecto de las primeras, pero no en cuanto a las segundas (*cfr.*, núm. 14).

La circunstancia de que pueda tener efectos determinados sobre la situación jurídica sustancial, no significa que la confesión preconstituida sujeta a tarifa legal tenga naturaleza sustancial, pues de lo contrario habría que asignarle igual naturaleza a todas las pruebas preconstituidas sujetas a tarifa legal, inclusive a los testimonios cuando se les dé el valor de plena prueba, a la inspección judicial y el dictamen de peritos practicados antes del juicio con citación de la parte contraria (precisamente a esa conclusión llega PANUCCIO al final de su libro), conclusión que es inaceptable. Con mayor razón es imposible admitir que sean sustanciales las pruebas practicadas, en el mismo proceso.

Tampoco el sistema vigente para valoración de la prueba puede modificar su naturaleza, que es idéntica bajo el de libertad del juez o el de tarifa legal. La prueba libremente apreciada también influye en la situación jurídica sustancial y puede preverse su resultado. Es cierto, como lo observa PANUCCIO, que las relaciones entre las pruebas y el derecho sustancial son más estrechas cuando están sujetas a la tarifa legal y que son todavía mayores si son preconstituidas; pero esto no significa que siempre tengan naturaleza sustancial, ni que se debiliten las relaciones entre proceso y prueba, cuando ésta sea de libre apreciación.

Diferente es el caso del documento *ad substantiam actus*, cuya naturaleza es sin duda sustancial, porque forma parte del acto jurídico material y no es un simple medio de prueba (*cfr.*, núm. 14). Las pruebas judiciales propiamente dichas son siempre de naturaleza procesal; los derechos no nacen de ellas, sino de hechos probados. En cambio, en esas pruebas solemnes el hecho jurídico que las origina no nace o no tiene validez si está desprovisto de tal formalidad y, por lo tanto, ésta se confunde con aquél. Las demás pruebas (únicas propiamente judiciales) pueden tener eficacia sustancial, en el sentido de que influyen sobre la suerte de la relación jurídica sustancial debatida, pero eso no significa que tengan naturaleza sustancial, aunque la tarifa legal les otorgue el valor de prueba plena o completa.

Ni nos parece aceptable asignarle distinta naturaleza a la prueba según sea o no constituida en el mismo proceso, porque la prueba preconstituida puede tener origen en otro proceso, o haberse practicado por un juez como medida previa, y entonces tiene idéntica naturaleza que la practicada en la misma causa. Por ejemplo, la confesión judicial puede ser preconstituida en posiciones antes del juicio y los testimonios pueden ser preconstituidos ante juez. Por otra parte, la prueba constituida en un proceso pasa a ser preconstituida cuando se la traslada a otro proceso posterior o que cursa simultáneamente, y nos parece inaceptable que por ese motivo cambie su naturaleza. Toda prueba constituida en un proceso produce efectos fuera de éste y en procesos posteriores, sobre las relaciones jurídicas sustanciales que no fueron objeto de él, pero que tienen como base común los hechos que tales pruebas acreditan, especialmente si se trata de unas mismas partes.

Creemos que existe cierta contradicción en la opinión de PANUCCIO al reconocerle a la confesión simultáneamente el carácter de acto jurídico sustancial y de prueba o "declaración de ciencia", porque lo segundo significa que el confesante se limita a declarar sobre el conocimiento que tiene del hecho, tal como lo hace el testigo. De ahí que PANUCCIO resuelve esta contradicción, asignándole a la prueba en general naturaleza sustancial<sup>264</sup>, tesis que rechaza la gran mayoría de los autores modernos.

Otro error de PANUCCIO consiste en creer que la mayor eficacia

<sup>264</sup> PANUCCIO: *Ob. cit.*, núm. 30.

probatoria de la confesión, judicial o extrajudicial con valor igual al de aquélla, puede modificar la naturaleza jurídica del acto.

En un punto tiene razón PANUCCIO: la confesión extrajudicial, que no ocurre en otro proceso (porque en algunos países es judicial solamente la que se hace ante el juez de la causa; *cfr.*, núm. 155), sino en conversaciones entre las partes o ante terceros, es de naturaleza diferente a la de la confesión hecha en un proceso. La primera no es un acto procesal; puede ser probada luego en un proceso, sin que esto modifique su naturaleza, o puede permanecer ajena a todo debate judicial. También puede estar contenida en un documento y entonces, adquiere naturaleza documental. Pero PANUCCIO opina que esta confesión extrajudicial no procesal tiene naturaleza sustancial; estamos en desacuerdo con esta tesis. Nosotros creemos que es un acto extraprocesal, pero no sustancial, porque no es requisito para el nacimiento ni para la validez del acto jurídico a que se refiere, tal como lo es el documento exigido *ad valorem* y no *ad substantiam actus*, es decir, documento extraprocesal, pero no sustancial o material. Al exponer nuestro concepto, volveremos sobre este tema.

7ª) TESIS QUE LE RECONOCE A LA CONFESIÓN NATURALEZA PROCESAL Y DE DERECHO PÚBLICO, NO NEGOCIAL, PERO QUE NIEGA QUE SEA UN MEDIO DE PRUEBA. Esta tesis se diferencia de las anteriores, principalmente, en que le otorga a la confesión un carácter procesal y de derecho público, y se aproxima a las dos últimas en cuanto niega que tenga naturaleza negocial. Por el primer aspecto representa otro notable avance en la doctrina moderna sobre confesión, y por el segundo conserva los progresos obtenidos en las dos últimas tesis. Su defecto consiste en negar que la confesión sea un medio de prueba, punto en el cual se identifica con la tesis quinta.

REUDENTI<sup>265</sup> acepta esta tesis, porque dice que teóricamente existen dudas acerca de si la confesión es un medio de prueba, y que no sin razón hay quienes la consideran un *relevatio ab onere probandi*, esto es, algo así como una especie de regla sobre la carga de la prueba. Más adelante niega que tenga naturaleza negocial<sup>266</sup>.

La tesis de REUDENTI, tiene su origen en el derecho europeo antiguo, pues, como recuerda LESSONA<sup>267</sup>, “los escritos antiguos, sin preocuparse mucho de que la confesión fuese prueba o presunción, le negaron el carácter de aquélla, para llamarla mejor una *relevatio ab onere probandi*”. Entre los defensores de esta teoría están MASCARDO, DE ANGELIS, MACINIEX, PACIANO, DUARENO y ALCIATO, citados por LESSONA, y en ella se inspiró la ordenanza austríaca de 1895, lo mismo que la alemana de 1877.

GIORGIO y DIANA niegan que la confesión sea un medio de prueba,

<sup>265</sup> REUDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951, t. I, núm. 79, páginas 285-286.

<sup>266</sup> REUDENTI: *Ibidem*, pág. 286.

<sup>267</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 332.



pero no son claros en cuanto a reconocerle naturaleza procesal o sustancial<sup>268</sup>.

PRIETO CASTRO<sup>269</sup>, aceptó esta tesis cuando consideró que la confesión judicial sujeta a tarifa legal no era un medio de prueba, no obstante su naturaleza procesal, porque sólo podrían serlo los medios apreciados libremente por el juez (en esto sigue el concepto de GIORGI). No compartimos este criterio porque, como lo observamos al refutar la opinión de PANUCCIO (*cfr.*, punto anterior), la naturaleza de la confesión o de cualquier otro medio de prueba no depende del sistema que rija para valorarlo, y, por consiguiente, tienen este carácter los que dan una certeza legal, como ya lo observaba LESSONA<sup>270</sup>, o no serían pruebas el dictamen de peritos, el documento público y el privado auténtico, cuando la ley les otorgue el valor de plena prueba y, por lo tanto, de medios de certeza legal. PRIETO CASTRO modificó su criterio recientemente<sup>271</sup>, al reconocer que la confesión es "un modo de valorar el elemento probatorio que resulta de la ciencia propia de la parte como medio de prueba", sin distinguir el sistema vigente para valorarla.

En el fondo, esta tesis le asigna a la confesión 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. No se trata de que la parte contraria al confesante quede exonerada de probar el hecho confesado, sino de que éste resulte suficientemente probado con la confesión, siempre que la ley no exija otro medio. El hecho de que en muchos casos, a pesar de existir confesión, la parte favorecida con ella debe adoptar otros medios de prueba, demuestra que no constituye una presunción, ni una *relevatio ab onere probandi*. Como observa LESSONA<sup>272</sup>, el error de esta teoría radica en 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. La naturaleza del acto y sus efectos probatorios no dependen del sujeto que lleva la prueba o que la solicita, y por tal motivo, quien está sujeto a la carga de probar la cumple suficientemente invocando el medio aportado por su contraparte; o, mejor dicho, la regla de juicio que significa la carga de la prueba y que le dice al juez cómo decidir a falta de certeza sobre un hecho, deja de ser aplicable desde el momento en que existe en el proceso prueba suficiente, sin que interese quién la baya aportado. La carga de la prueba no determina quién debe llevar la prueba al juicio, sino quién asume el riesgo de que no se produzca (*cfr.*, núm. 130).

268 GIORGI: *Delle obbligazioni*, 5ª ed., t. I, núms. 388 y 399; DIANA: *La confessione giudiziale nel processo civile*, Turín, 1901, pág. 43.

269 PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios*, Madrid, Edit. Reus, 1950, t. I, págs. 199-204.

270 LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 381.

271 PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1964, primera parte, núm. 288, pág. 448.

272 LESSONA: *Ob. cit.*, núm. 382.

8ª) TESIS QUE CONSIDERA LA CONFESIÓN COMO UNA DECLARACIÓN DE VERDAD, DE NATURALEZA PROCESAL Y UN MEDIO DE PRUEBA. Esta tesis rechaza el carácter sustancial y negocial que le asignan a la confesión las dos primeras, y elimina la contradicción de considerarla un medio de prueba pero de naturaleza sustancial, o un acto procesal pero de carácter negocial, contradicción que se encuentra en las tesis tercera, cuarta y quinta.

Al asignarle el carácter de declaración de verdad, se niega que sea un acto de voluntad que persiga necesariamente producir determinado efecto jurídico (renunciar al derecho sustancial o al procesal de defensa, otorgarle una prueba al adversario, fijar el hecho para el juicio) y que sea un negocio jurídico sustancial o procesal. 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.

Entre los autores que aceptan esta tesis podemos mencionar a VON CANSTEIN<sup>273</sup>, a VON BULOW<sup>274</sup>, a WITTAMACK<sup>275</sup>, a MESSINA<sup>276</sup>, a PANTANO<sup>277</sup>, a BONNIER<sup>278</sup>, a AUBRY y RAU<sup>279</sup>, a BORSARI y ZACHARIAE<sup>280</sup>, a LESSONA<sup>281</sup>, a CHIOVENDA<sup>282</sup> y a CLARO SOLAR<sup>283</sup>. SILVA MELERO da la impresión de que adopta esta tesis cuando dice: "La confesión se asimila hoy a la declaración que una parte hace de la verdad de hechos, que le son desfavorables o favorables al adversario; tal es la definición del art. 2730 del Código Civil italiano, que consideramos válida en nuestro ordenamiento jurídico, desde el punto de vista del proceso civil"; pero más adelante se decide por la tesis que exponemos en el punto siguiente, como allí veremos<sup>284</sup>. BETTI la acepta<sup>285</sup>, pues considera que no es una declaración de ciencia desinteresada, sino "reconocimiento de la verdad de una afirmación que tendrá interés en discutir".

273 CANSTEIN: *Zeitschrift für deutsche civil prozess*, t. II, pág. 299; cita de SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, pág. 153.

274 BULOW, cita de SILVA MELERO: Ob. cit., pág. 154.

275 WITTAMACK: *Archiv für zivilistische praxis*, vol. 38, págs. 3 y sigs.; cita de SILVA MELERO: Ob. cit., t. I, pág. 155.

276 MESSINA: *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902, números 193 y 210, pues habla de testimonio contra sí de la verdad de un hecho jurídico.

277 PANTANO: *La confesión en derecho romano*, en "Archivo Jurídico", II, págs. 113-123.

278 BONNIER: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 347, pág. 556, pues la define como "la declaración por la que una persona reconoce por verdadero un hecho que la perjudica".

279 AUBRY y RAU: *Cours de droit civil*, Paris, 1922, VI, pág. 353.

280 BORSARI y ZACHARIAE, citas de LESSONA: t. I, núm. 372, pág. 388.

281 LESSONA: Ob. cit., t. I, núms. 373 y 402, porque habla de reconocimiento de la verdad de un hecho.

282 CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 61, e *Instituciones*, t. II, núm. 57.

283 CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago de Chile, 1939, t. XII, pág. 769.

284 SILVA MELERO: *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, págs. 155 y 160.

285 BETTI: *Derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 119.

Es oportuno observar que entre *declaración de voluntad y declaración de verdad* existe una fundamental diferencia: la primera persigue un determinado efecto jurídico o un resultado tutelado por el derecho (renuncia al derecho material o procesal, transferencia de un derecho a otra persona, extinción de una obligación a cargo de un tercero, otorgamiento de una prueba, adquisición de un derecho, etc.); la segunda, en cambio, no persigue un efecto jurídico determinado, sino que se limita al reconocimiento de la verdad de un hecho, es decir, es un acto puramente declarativo<sup>286</sup>. De ahí que hemos considerado una contradicción asignarle al acto confesorio simultáneamente naturaleza de acto de voluntad y de medio de prueba; porque es medio de prueba en cuanto representa una declaración de parte, y entonces no puede ser acto de voluntad, y viceversa.

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 el carácter de declaración de verdad, deja sin explicar los numerosos casos en que puede no corresponder a la verdad. Además, equivale en el fondo a darle el efecto de una presunción de verdad, lo cual está muy lejos de corresponder a su verdadera naturaleza. Cuando la parte declara un hecho perjudicial que no es cierto, su acto constituye una confesión, con todos los efectos probatorios correspondientes. Ese desacuerdo entre confesión y verdad puede ocurrir involuntariamente o en forma intencional. Si el confesante considera que sufrió error de hecho, puede pedir la revocación de los efectos probatorios de la confesión, pero sin que por esto deje de ser confesión. También puede ocurrir que ese desacuerdo entre la confesión y la verdad se produzca intencionalmente, por dolo del confesante, por ejemplo, cuando hay acuerdo fraudulento con la otra parte en perjuicio de terceros, o simplemente cuando se trata de obtener una sentencia que ambas partes desean, sin que con ella se perjudique a terceros, como en los juicios de divorcio, nulidad del matrimonio o separación de bienes entre cónyuges. Con todo y eso, en estos casos siempre es una confesión.

Por las anteriores razones rechazamos el concepto de confesión como declaración de verdad, y adoptamos el de declaración de ciencia, que constituye la esencia de la tesis que expondremos a continuación.

9ª) TESIS QUE CONSIDERA LA CONFESIÓN COMO UNA DECLARACIÓN 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 aquélla en que sostiene que la confesión es una simple declaración de ciencia o conocimiento, como la del testigo, y no una declaración de verdad. Pero es una declaración de ciencia sujeta a los requisitos especiales que se exigen para su existencia, validez y eficacia, según lo dejamos expuesto en los números anteriores.

<sup>286</sup> GIORGIANI: *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, pág. 159.

Para quienes defienden esta tesis, la parte se limita a declarar sobre el conocimiento que tiene de ciertos hechos que lo perjudican, y su declaración puede corresponder a la verdad, pero sin que esto constituya un requisito esencial para la existencia o la validez del acto jurídico, y sin que importe el fin que esté persiguiendo con tal acto, ni el desconocimiento que tenga de sus efectos jurídicos. Es, pues, una declaración de ciencia. Y como una declaración de esta índole sirve para llevarle al juez el conocimiento de los hechos del proceso y para concurrir a formar su convencimiento o para producirlo en forma plena por sí solo (según el sistema, libre o regulado por la ley, que rija para su valoración), es un medio de prueba y tiene naturaleza procesal.

Esta tesis parece ser la adoptada por LAURENT, pues éste se refiere simplemente a declaración que hace la parte de un hecho controvertido<sup>287</sup>. Si bien PANUCCIO considera la confesión como una declaración de ciencia, no obstante le asigna una naturaleza sustancial<sup>288</sup>. RICCI da la impresión de adoptarla, cuando afirma que la confesión es una declaración de la existencia de un hecho y de que es emitida con la intención de dar a conocer un hecho; pero como dice que "reviste los caracteres de un pacto cuando se hace a la persona que de ella puede aprovecharse" y habla de intención de proporcionar la prueba al adversario<sup>289</sup>, lo hemos catalogado entre quienes aceptan la naturaleza negocial y convencional o bilateral de la confesión (*c/r.*, tesis 1<sup>a</sup>). CARNELUTTI niega que sea una declaración de verdad, al asignarle el efecto de fijar formalmente los hechos; inicialmente le asignó naturaleza de negocio procesal, pero más tarde le reconoció carácter de declaración testimonial de ciencia<sup>290</sup>.

Es ésta, sin duda, la tesis que goza de mayor aceptación en la doctrina procesal moderna y, en nuestro concepto, la que entiende correctamente la naturaleza jurídica del acto confesorio. Entre quienes la defienden podemos citar a SCARDACCIONE<sup>291</sup>, a SILVA MELERO<sup>292</sup>, a Jaime GUASP<sup>293</sup>, a PONTES DE MIRANDA<sup>294</sup>, a Mauro CAPPELLETTI<sup>295</sup> y a Carlo FURNO<sup>296</sup>.

<sup>287</sup> LAURENT: *Principes de droit civil français*, Bruxelles, 1878, t. XX, número 217; pero se equivoca al exigir la controversia del hecho.

<sup>288</sup> PANUCCIO: Ob. cit., núm. 30.

<sup>289</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., núms. 233 y 234.

<sup>290</sup> CARNELUTTI: Véanse citas en el punto 4<sup>o</sup>.

<sup>291</sup> AURELIO SCARDACCIONE, juez del Tribunal de Bari, Italia: *Le prove*, Torino, Edit. Giurisprudenza Sistemática, 1965, núm. 106, pág. 200.

<sup>292</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, t. I, pág. 160.

<sup>293</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, págs. 359-360.

<sup>294</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao código de processo civil*, Rio, Edit. Rev. Forense, 1958, t. III, págs. 357-73.

<sup>295</sup> CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Edit. Giuffrè, 1962, t. I, págs. 59-61.

<sup>296</sup> CARLO FURNO: *Negocio de fijación y confesión*, ed. cit., págs. 271-280.

Incluimos en este grupo a Pedro ARAGONESES ALONSO<sup>297</sup>, pues la define como "modo de valorar el elemento probatorio que resulta de la ciencia propia de la parte como medio de prueba", y a L. PRIETO CASTRO<sup>298</sup>, pues la considera como "la declaración que una parte hace sobre puntos de hechos relevantes en el proceso", y cuando habla de valorar la ciencia propia de la parte como medio de prueba y de su naturaleza procesal, rectifica su concepto, expuesto en otro lugar<sup>299</sup>, de que cuando la confesión está sujeta a tarifa legal y obliga al juez a tener por cierto el hecho, no es medio de prueba. También incluimos a Jean SICARD<sup>300</sup>, pues afirma simplemente que la confesión es un medio de prueba; a ALLORIO<sup>301</sup>, porque la califica de manifestación narrativa; a FURNO, porque rechaza el carácter sustancial y de acto de voluntad, y dice que es una verdadera prueba<sup>302</sup>; a ZANZUCHI, porque la considera un medio de prueba, sin hablar de que sea declaración de verdad<sup>303</sup>; a André HUET, porque niega que sea una renuncia a la prueba o una inversión de su carga y dice que es simplemente un medio de prueba<sup>304</sup>; a Moacyr AMARAL SANTOS, aun cuando dice que es también un acto de voluntad<sup>305</sup>; a Mario ALZAMORA VALDEZ, del Perú<sup>306</sup>, y a OTTORINO TENTOLINI<sup>307</sup>. ALSINA no es claro al respecto, pues la considera una declaración o testimonio de parte contra sí misma, con lo que parece adoptar la tesis que estamos explicando, pero luego habla de reconocimiento de la verdad de un hecho y de acto de voluntad con conciencia de suministrar la prueba<sup>308</sup>, por lo que no es posible catalogarlo en este grupo.

10<sup>a</sup>) NUESTRA OPINIÓN. Al criticar las tesis anteriores dijimos que la confesión en general, judicial o extrajudicial y oral o escrita, no es

<sup>297</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1955, pág. 506.

<sup>298</sup> PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, primera parte, página 417.

<sup>299</sup> PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios*, Madrid, 1950.

<sup>300</sup> JEAN SICARD: *La preuve en justice*, Paris, Edit. Comment Faire, 1960, páginas 185-187.

<sup>301</sup> ALLORIO: *Diritto processuale tributario*, ed. cit., pág. 426; lo mismo en *Il giuramento della parte*, ed. cit., pág. 233.

<sup>302</sup> FURNO: *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, págs. 261 y 267, y *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, Edit. CEDAM, 1950, núms. 36-37.

<sup>303</sup> ZANZUCHI: *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, pág. 368, y t. II, núm. 66, págs. 69-70.

<sup>304</sup> HUET: *Les conflits de lois en matiere de preuve*, Paris, Edit. Dalloz, 1965, págs. 209-210.

<sup>305</sup> MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3<sup>a</sup> ed., t. II, núm. 23, pág. 25.

<sup>306</sup> MARIO ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil, Teoría del proceso ordinario*, Lima, 1966, págs. 146-147.

<sup>307</sup> OTTORINO TENTOLINI: *La prova amministrativa*, Milano, Edit. Fratelli Roccia, 1950, pág. 177.

<sup>308</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal*, Buenos Aires, 1942, t. II, páginas 225-226 y 230.

un acto jurídico de naturaleza negocial, porque aun cuando puede suceder en la práctica que por excepción consecuencia de un acuerdo expreso o tácito de voluntades entre la parte confesante y la favorecida con tal acto, teóricamente es innecesario que esto ocurra; y además, en la mayoría de los casos no existe ese acuerdo e inclusive generalmente quien confiesa no conoce los efectos jurídicos que dicho acto puede acarrearle.

Rechazamos la tesis que le asigna el carácter de negocio jurídico bilateral o unilateral, porque esto implica la voluntad de producir determinados efectos jurídicos, que en la confesión no se presenta en la mayoría de los casos y que teóricamente es innecesaria para su existencia, validez y eficacia.

Para otorgarle carácter negocial a la confesión es indispensable exigir el *animus confitendi*, como intención de producir determinados efectos jurídicos perjudiciales al confesante, bien sea la renuncia al derecho sustancial o al procesal de defensa, o como voluntad de facilitarle al adversario la prueba de su pretensión o excepción. Y ya vimos que la doctrina moderna niega, con numerosas y sólidas razones, que el llamado *animus confitendi* sea un requisito necesario para que exista confesión (*cf.*, núm. 152 g).

Refutamos también la opinión, defendida principalmente por PANUCCIO, que niega el carácter de negocio jurídico a la confesión, pero le otorga una naturaleza sustancial. Como entonces dijimos, esta tesis conduce a otorgarle igual naturaleza sustancial a todos los actos de prueba, siendo así que esta calidad la tienen únicamente los que por ley sean condición para la existencia o validez del acto jurídico sustancial (*ab substantiam actus*). Un acto jurídico procesal puede producir efectos sustanciales en el proceso y fuera de éste, sin dejar por ello de tener naturaleza procesal, de la misma manera que un acto jurídico sustancial no deja de ser tal porque posteriormente produce efectos jurídicos en un proceso.

Las pruebas judiciales no cambian de naturaleza porque sean preconstituidas (como la confesión en posiciones antes de juicio o los testimonios recibidos ante juez para futura memoria). Las practicadas en un proceso pasan a ser preconstituidas cuando se las quiere utilizar en otro posterior, y es absurdo pensar que entonces pierden su naturaleza procesal.

Por otra parte, creemos que es contradictorio asignarle a la confesión, simultáneamente, el carácter de acto jurídico sustancial y de medio de prueba, porque ésta es el instrumento para establecer la existencia de aquél y no pueden confundirse. Y creemos que si es un acto de voluntad, esto es, un acto que persigue efectos jurídicos determinados y distintos al de producir el convencimiento del juez, no puede ser un medio de prueba, y que si es medio de prueba, no puede ser negocio jurídico ni acto de voluntad. Acogemos, pues, la última tesis.

En la naturaleza jurídica de la prueba, y en particular de la con-

fesión, no puede influir el diverso sistema que rija en cada país o para cada proceso con respecto a la apreciación de las pruebas. El mayor grado de convicción que la tarifa legal le señale a una prueba, es decir, su diferente eficacia como medio de convicción, no puede alterar su naturaleza, y por este aspecto no puede haber diferencia entre la confesión judicial y la extrajudicial.

Muy especial es la situación de la confesión extrajudicial que ocurre fuera del proceso, sea que esté o no preconstituída. Es un caso similar al del documento extraprocesal, cuando no se requiere para la existencia o validez de un acto sustancial: son actos extraprocesales, pero no sustanciales, de naturaleza distinta a la de la confesión judicial, que es siempre un acto procesal.

Son procesales únicamente los actos que forman parte de un proceso (incluyendo en este concepto las llamadas diligencias prejudiciales, como inspecciones judiciales, posiciones antes de juicio y testimonios ante juez para futura memoria), aun cuando produzcan efectos con posterioridad al proceso y fuera de éste (como la sentencia y el desistimiento). La sola circunstancia de producir efectos en un proceso posterior, no le da el carácter de procesal a un acto ocurrido extraprocesalmente.

Dicho de otro modo, la confesión extrajudicial, oral o escrita, ocurrida fuera de procesos y de diligencias judiciales previas, no es un acto procesal, y por ello su naturaleza es diferente a la de la confesión judicial, punto en el cual tiene razón PANUCCIO; pero esto no significa que tenga naturaleza sustancial, sino extraprocesal. Podría pensarse que adquiere naturaleza procesal cuando ingresa al proceso, mediante actos procesales del juez y de las partes, para producir efectos en éste, como prueba judicial. Creemos, con todo, que solamente estos actos tienen naturaleza procesal, lo mismo que los producidos allí para probarla (los testimonios de quienes presenciaron la confesión, por ejemplo) y su valoración posterior por el juez. No creemos que la naturaleza extraprocesal de la confesión pueda cambiar cuando se aduce en un juicio, como tampoco la del documento público o privado que contiene un contrato o una confesión extrajudicial, por el hecho de ser presentado a un proceso como prueba documental. No es procesal un acto jurídico sólo porque produzca efectos procesales, pues también los produce la escritura pública necesaria para la validez de un contrato de compraventa de inmuebles, cuando se presenta como prueba a un proceso, y su naturaleza sustancial es indiscutible.

Existen otras confesiones extrajudiciales cuya naturaleza es idéntica a la de la confesión judicial, es decir, elaramente procesal, y son las que tienen lugar en procesos, pero que por razones de jurisdicción o incompetencia del juez o porque la ley exige que la judicial se verifique en la misma causa, tienen en el nuevo proceso aquel carácter. Esto lo explicamos al tratar de los requisitos especiales de la confesión judicial (*cf.*, núm. 155).

En la confesión extrajudicial, la naturaleza jurídica del acto varía, por consiguiente, según que ocurra o no en diligencias judiciales. Empero, muchos autores lo consideran de igual naturaleza que la judicial, debido a que no se detienen a examinar las distintas situaciones que presenta<sup>309</sup>.

Consideramos, pues, que la confesión 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; el testimonio es obra de un tercero (procesalmente considerado) y el hecho puede serle indiferente, favorable o perjudicial (el hecho declarado puede resultar perjudicial al testigo en otro proceso, en cuyo caso allí su acto puede ser calificado de confesión; también puede favorecerlo extrajudicialmente o en otro proceso, y entonces su testimonio será parcial, carecerá de mérito probatorio, pero por esto no pierde su naturaleza de tal).

Por otra parte, así como el testimonio no pierde su naturaleza porque esté reñido con la verdad, cualquiera que sea la causa de ese desacuerdo (error, dolo o violencia), así también la confesión conserva su naturaleza propia a pesar de que no corresponda a la realidad, por error o dolo del confesante, o por la coacción que sobre él se ejerza sin destruir su voluntariedad. En estos casos la confesión puede perder su valor de convicción y resultar ineficaz, desde el punto de vista probatorio, pero sin dejar de ser confesión, y lo mismo ocurre cuando el juez la desestima por estar en contradicción con un hecho notorio o por dar por cierto uno metafísicamente imposible o contrariar a una presunción de derecho o una cosa juzgada (*cfr.*, núm. 154 *i, j, k, l*).

### 158. Nuestras definiciones de confesión en general y de confesión judicial en particular

Averiguada la naturaleza de la confesión y los requisitos para su existencia, validez y eficacia, podemos dar las siguientes definiciones:

*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 acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso.*

No hablemos de la capacidad jurídica del confesante, porque, como ya lo explicamos (*cfr.*, núms. 152-153), para que exista confesión basta que se pueda tener voluntad consciente de ejecutar el acto, por lo cual

<sup>309</sup> BONNIER: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 359.



pueden confesar los menores púberes, los interdictos y los quebrados, a pesar de ser relativamente incapaces; pero esto no significa que su confesión sea válida siempre. En cambio, los absolutamente incapaces, como el impúber, el demente y el sordomudo que no puede explicarse por escrito, no pueden confesar, porque no tienen voluntad consciente para el acto. Por lo tanto, ese mínimo de capacidad jurídica necesaria para la confesión está incluido en el requisito de que sea hecha conscientemente. La declaración de un incapaz relativo, perjudicial a él o favorable a su adversario, que reúna los demás requisitos, es una confesión; pero si no tiene capacidad para disponer del derecho o para contraer la obligación que en el hecho confesado se origina (lo cual sólo ocurre cuando la ley lo autoriza para el caso concreto), su confesión será nula. En otros términos, la plena capacidad es requisito para la validez de la confesión (salvo excepción legal) y no para su existencia; para ésta es suficiente la capacidad relativa.

Hay otros requisitos para la validez y la eficacia de la confesión; pero no los incluimos en la definición anterior, porque su ausencia no impide que exista jurídicamente el acto (*cfr.*, núms. 153-154).

Sabemos que la confesión puede ser judicial y extrajudicial.

*Teóricamente, confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones, sea en el curso del proceso o en diligencias previas a éste* (como en posiciones previas o en diligencia de secuestro preventivo). Esta definición es aplicable en la justicia civil nacional argentina y de la provincia de Santa Fe. Pero en algunas legislaciones se exige la competencia del juez para el negocio del que forma parte el hecho confesado (en Colombia, únicamente se exige la competencia por la naturaleza de la causa y lo mismo ocurre en Francia; en España se exige la competencia general; en Italia y Venezuela no se requiere en absoluto). Igualmente, en algunos países (como Italia y Francia), una parte de la doctrina exige que ocurra en el mismo proceso y considera extrajudicial la hecha en otro anterior; en otros (como España, Brasil, Argentina y Colombia) no se exige dicho requisito (*cfr.*, núm. 155).

*En Colombia, es confesión judicial la que se hace a un juez competente por la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones, sea en el curso del proceso o en otro proceso o en diligencias previas* (C. de P. C., art. 604).

*Confesión extrajudicial es la hecha en otra oportunidad o ante distintas personas.*

Observamos que cuando se exige que el hecho sea afirmado o alegado por la parte contraria al confesante, se define la admisión, pero no la confesión, porque ésta no requiere la previa afirmación del hecho por la otra parte, como ya lo vimos (*cfr.*, núms. 154 *d* y 156). Este error aparece en el art. 604 del C. de P. C. colombiano.

### 159. Distintas clases de confesión

De lo expuesto en los números anteriores se deduce que existen diversas clases de confesiones:

a) Judiciales y extrajudiciales.

b) Espontáneas y provocadas (aquéllas cuando surgen por iniciativa del confesante, y éstas cuando se obtienen mediante su interrogatorio).

RICCI, BONNIER, MARENCO y MESSINEO consideran que la confesión espontánea no es una prueba, pero, como dice LESSONA, quien los cita y refuta, no hay razón para exigir el interrogatorio como requisito para que tenga la calidad de prueba<sup>310</sup>. En el derecho alemán y austríaco se niega la calidad de prueba a la confesión espontánea y la provocada dentro del proceso se considera un testimonio de parte.

c) Escritas u orales, según el medio de expresión utilizado (por ejemplo, en memorial dirigido al juez del proceso o en respuestas orales a un interrogatorio).

d) Preconstituídas o constituidas, según que estén o no debidamente comprobadas antes del proceso en que se aducen como prueba (puede preconstituirse una confesión oral judicial, obteniendo la copia del acta de la diligencia en que fue recibida en otro proceso o en posiciones previas, y una confesión extrajudicial mediante declaraciones previas de las personas que la presenciaron y oyeron).

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, cuyo valor se confunde con el asignado al documento por la ley o el juez (lo último si existe libertad de apreciación).

f) La confesión judicial, entendida en un sentido lato, puede subdividirse, en confesión judicial propiamente dicha, admisión y reconocimiento; pero desde un punto de vista rigurosamente jurídico, las dos últimas son instituciones autónomas, con características propias, no obstante que producen efectos parcialmente análogos a los de la primera (*cfr.*, núm. 156).

g) Confesión expresa o ficta; ésta cuando se declara confeso a quien citado a posiciones no concurre y a quien se niega a responder (la no oposición a la demanda en ciertos procesos, es un reconocimiento fáctico de la pretensión).

### 160. 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

<sup>310</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, números 404 y 406, págs. 419-422.

la hace, y ya sabemos que debe ser parte en sentido formal, en el proceso en que es aducida como prueba; es decir, el demandante, el demandado, un interviniente principal o un simple coadyuvante y también el interviniente incidental para los efectos del respectivo incidente (como la oposición a un secuestro o a la entrega de bienes o a la exhibición de un documento). Precisamente es un requisito para la existencia de la confesión, que emane de una de las partes en dicho proceso (*cfr.*, núm. 152 a). Por este motivo la confesión judicial provocada se convierte en simple testimonio, cuando se traslada a otro proceso del cual no es parte el confesante; igualmente, el testimonio en un proceso pasa a ser confesión si se traslada a otro del cual es parte del declarante. En el último caso se tratará de confesión judicial o extrajudicial, según que para la primera se exija o no que ocurra en el mismo proceso (*cfr.*, núm. 155 c). El apoderado y el representante legal pueden confesar a nombre de su representante, pero en tal caso éste conserva la calidad de sujeto activo del acto.

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>311</sup>.

Como en otro lugar lo indicamos (*cfr.*, núm. 58), no existen propiamente sujetos pasivos de la prueba en general, porque en uno u otro sentido todos son sujetos activos de ella. GUASP y ARAGONESES <sup>312</sup>, consideran que es sujeto pasivo de la prueba la parte contraria de quien la presenta o solicita; de ahí que GUASP diga que la parte que confiesa es el sujeto pasivo de la confesión <sup>313</sup>. Nos separamos del concepto de los ilustres profesores españoles, porque creemos que la prueba está dirigida al juez y que sus efectos jurídicos no dependen de quien la aduce o solicita, porque en virtud del principio de la comunidad, pueden resultar desfavorables a esa parte. Creemos que no existe propiamente sujeto pasivo de la confesión, a pesar de que es siempre desfavorable al confesante y que, por lo tanto, éste sufre los efectos jurídicos adversos, porque se trata de una simple declaración y no de un acto convencional ni dispositivo, como ya lo explicamos ampliamente (*cfr.*, núm. 157). Además, la confesión puede ser espontánea, en cuyo caso el confesante sería el promotor de la prueba y su sujeto activo desde ese punto de vista.

*Sujeto destinatario* de la confesión judicial es el juez, pues a él va dirigida, si es judicial, y es quien debe incorporarla al proceso, admitiéndola como prueba, si es extrajudicial. No es sujeto pasivo de la prueba, pues en ocasiones es su promotor y en los demás casos debe desplegar una importante actividad para asumirla y valorarla <sup>314</sup>.

<sup>311</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 360.

<sup>312</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 336; ARAGONESES: *Técnica procesal*, 1955, pág. 496.

<sup>313</sup> GUASP: *Ob. cit.*, pág. 361.

<sup>314</sup> GUASP: *Ob. cit.*, pág. 361; véase nuestro *Tratado*, t. V, núms. 685 y 687, punto F.

*Sujeto ordenador, admitente, receptor, asuminador y evaluador* es también y en todos los casos el juez; lo primero cuando decreta el interrogatorio que la produce; lo segundo cuando se le presenta preconstituida y la admite como prueba; lo tercero o cuarto y lo último en todos los casos (cfr., núm. 60).

*Sujeto contradictor* de la confesión es el propio confesante, quien sufre las consecuencias desfavorables y, por consiguiente, tiene interés jurídico en discutir su validez y eficacia probatoria.

### 161. La disponibilidad de la confesión o su provocación

Se entiende por disponibilidad de la confesión, la facultad procesal que cada parte y el juez tienen de producir la declaración de la parte contraria, como medio de prueba, mediante interrogatorio formal o informal, en un proceso determinado.

Significa esta facultad, que cada parte puede requerir la declaración de las otras partes, que defienden una situación jurídica material opuesta a la suya, como medio de prueba, en el proceso actual o en uno futuro (lo último cuando se permite el interrogatorio previo al juicio, como ocurre en las posiciones que reglamentan los Códigos de Procedimiento Civil colombiano, venezolano y argentino).

Pero se trata más bien de *disponibilidad de la declaración de la parte contraria*, porque no siempre se produce una confesión como resultado del interrogatorio de las partes, ya que sus respuestas pueden ser favorables a la que declara, y, por lo tanto, desfavorables a quien provoca la declaración. Puede hablarse también, con absoluta propiedad, de la *provocación de la confesión*, mediante interrogatorio formal o informal, de otra parte o del juez.

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; la facultad de pedirle al juez que cite a quien es o puede ser contraparte en un proceso, para que rinda declaración respecto de hechos personales o de que tiene conocimiento, relacionados con el litigio o con el desacuerdo que entre ellas existe, y, la carga de comparecer a absolver ese interrogatorio, si se desea evitar la consecuencia desfavorable de una declaración de confesión ficta de los hechos sobre que versa.

Si lo primero fuera un derecho subjetivo, sería lo segundo una obligación y entonces tendrían que existir medios coactivos para forzar a la parte citada a que concurra al despacho judicial y a que conteste las preguntas, sin evasivas o reticencias. Pero en el derecho moderno están abolidos (al menos teóricamente) el tormento y la coacción mediante drogas o el agotamiento físico producido por medios más o menos bárbaros, para obtener la declaración de una persona, como testigo o parte,

y con mayor razón para conseguir su confesión o declaración judicial a ella misma. La confesión debe ser espontánea como vimos (*cfr.*, número 153 b), y, por consiguiente, son ilícitos esos medios de coacción física, moral o psicológica (*cfr.*, núm. 137 m). La parte citada para absolver un interrogatorio, sea a petición de otra parte o por medida oficiosa del juez, conserva su libertad para no concurrir (en el proceso civil, laboral, comercial, fiscal, aduanero, contencioso-administrativo) y para negarse a contestar las preguntas, asumiendo las consecuencias jurídicas desfavorables que tal actitud pueda acarrearle (en el proceso penal, por lo general, se obliga al sospechoso o sindicado a concurrir ante el juez instructor o ante el jurado, para ser interrogado, pero no es lícito forzarle a responder).

Sin dificultad se advierte el carácter de carga procesal de esa situación jurídica que se le crea a la parte citada a absolver un interrogatorio judicial. Si la ley dispone que se la tenga como confesa, en caso de no comparecer sin justo motivo, una vez citada para ello, tiene la facultad o el poder de evitarse esa consecuencia desfavorable, concurriendo a someterse al interrogatorio y respondiendo categóricamente a las diversas preguntas (*cfr.*, núms. 121 y 174); si prefiere no concurrir, se somete libremente a las consecuencias desfavorables que su conducta pueda acarrearle, que generalmente consisten en que se la declare confesa de tales hechos (C. de P. C. colombiano, arts. 617-618; C. de P. C. venezolano, arts. 296-301; C. de Pr. C. y Co. argentino, para la justicia nacional, art. 417).

Además, es idéntica la situación del juez que ordena oficiosamente el interrogatorio de una parte, que la de la parte contraria que lo provoca; por consiguiente, si la de ésta constituyera un derecho subjetivo, también lo sería la de aquél. Y es evidente que el juez tiene la facultad o el poder, pero no el derecho, de provocar la confesión de las partes o de someterlas a interrogatorio, cuando la ley se lo permite.

Por las mismas razones creemos que la facultad de provocar una confesión, es decir, de interrogar a la contraparte, no significa disponer de su persona, porque esto implicaría el derecho de hacerla comparecer por la fuerza. En este punto nos separamos del ilustre jurista español Jaime Guasp<sup>315</sup>; pero concordamos con él en la calificación de carga y no de obligación, de la situación jurídica producida por la citación de una parte a ser interrogada.

Se trata de una carga de triple contenido: de comparecer, de declarar y de contestar sin evasivas; mas no de una carga de la confesión, porque ésta implicaría aceptar o declarar hechos desfavorables, y la parte citada puede satisfacer su carga negando los hechos desfavorables y aceptando los favorables, es decir, sin que su declaración contenga una confesión.

315 JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., 1962, pág. 358.

## 162. Fundamento o razón de ser del valor probatorio de la confesión

Quienes consideran la confesión como un acto de voluntad, negocial o no, que implica la intención de disponer del derecho que con ella se pierde o de adquirir la obligación que del hecho confesado se deduce, lógicamente ven en esa voluntad dispositiva, unida a la capacidad del confesante y a la disponibilidad del derecho, el fundamento del valor probatorio de tal acto. Esta tesis quedó refutada al tratar de la naturaleza jurídica de la confesión (*cfr.*, núm. 157).

La confesión es una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza similar al testimonio, no obstante las grandes 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; pero en la confesión esa credibilidad resulta más lógica y tiene poderosas razones psicológicas y morales en su favor, porque se trata de aceptar hechos que son jurídicamente desfavorables. Es frecuente que el hombre mienta para beneficiarse a sí mismo o para favorecer a terceros, pero son más numerosos los casos en que dice la verdad, especialmente si declara bajo juramento, y es excepcional que mienta en su propio perjuicio, por lo cual es lógico aceptar el hecho confesado como cierto; además, se trata de hechos personales o de los cuales tiene conocimiento el confesante y por ello siempre existirá una perfecta razón del dicho, es decir, una suficiente explicación de sus declaraciones<sup>316</sup>. En muchos países se otorga a esta prueba un valor pleno o completo, cuando es judicial, para acreditar hechos que no sean contrarios al orden público y que la ley no prohíba investigar, ni exija una formalidad probatoria especial, ni constituyen derechos indisponibles y que no aparezcan notoriamente absurdos ni contradigan a una cosa juzgada o a una presunción de derecho. Esta regulación legal existe en todos los sistemas de tarifa legal, como el español, el venezolano y el colombiano, y se encuentra también en algunos basados en el criterio de la libre valoración por el juez, como el argentino (C. de Pr. C. y Co. de la Nación, art. 423), el brasileño, el italiano y el francés. Conforme dice CARNELUTTI, el juez fija el hecho en la sentencia, no porque sea cierto, sino porque ha sido confesado.

<sup>316</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. cit., 1962, pág. 372; GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, pág. 486; LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 403, pág. 415; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia penal*, Madrid, 1877, cap. XXXII; BONNIER: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 348, pág. 557; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, Paris, 1960, pág. 185; CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 31, pues considera la confesión un testimonio de parte; RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, págs. 281 y 285; ALSINA: *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, 1942, t. II, págs. 224-225; PEDRO ARAGONES ALONSO: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1955, pág. 508; GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, página 219.

Estas razones lógicas, psicológicas y morales explican la credibilidad que se le otorga a la confesión. Pero existe también una razón jurídica para darle eficacia probatoria: la disponibilidad del derecho radicado en el hecho que se confiesa y la capacidad del confesante para disponer de él<sup>317</sup>. Sin embargo, no se debe exagerar este valor. Hay también confesiones falsas y fraudulentas y debe examinarse la verosimilitud del hecho (*cfr.*, núm. 173). En derecho penal no prueba por sí sola.

En efecto, los diversos fundamentos (lógico, psicológico, moral y jurídico) de la eficacia probatoria de la confesión, no impiden que haya confesiones falsas y fraudulentas; tales confesiones ocurren cuando el confesante tiene un interés económico o jurídico para que se reconozca en el proceso un hecho que aparentemente le perjudica, especialmente si la ley les otorga pleno valor de convicción. En este sentido observa PRIETO CASTRO<sup>318</sup>, que contra el valor de esta prueba "cabe siempre la prevención de que es un expediente cómodo para obtener un fin simulado o fraudulento", por lo cual en derecho procesal penal es inatendible por sí sola y en el civil se le debe asignar un simple valor subsidiario, en defecto de otras pruebas, o se le debe sustituir por el interrogatorio libre. Nos separamos del distinguido profesor español en cuanto le reconocemos el carácter de prueba principal, sujeta a los requisitos para su eficacia que dejamos estudiados (*cfr.*, núm. 154), pero estamos de acuerdo con él en que es mejor sustituir el interrogatorio formal por el libre e informal, como lo expusimos al tratar de las diferentes clases de declaración de parte (*cfr.*, núms. 150 y 174) y dejar al juez en libertad para valorar su mérito.

Las razones de lógica y moral, que conducen a darle credibilidad al testimonio humano, sirven para otorgársela, relativamente al menos, a la declaración de parte favorable a ella misma, es decir, como prueba incompleta o simple indicio. Según dijimos al tratar de la declaración de parte, en el derecho moderno existe una firme tendencia a otorgarle cierto valor, cuando es favorable a la misma parte, libremente apreciado por el juez (*cfr.*, núm. 150). El principio, tan en boga durante siglos, de que nadie puede ser testigo de su propia causa, está revaluado en el derecho contemporáneo<sup>319</sup>. La jurisprudencia y la doctrina española le reconocen un valor probatorio relativo a la declaración de parte, favorable a ella misma, discrecionalmente apreciado por el juez<sup>320</sup>, en el cual concuerdan con los autores acabados de citar.

<sup>317</sup> COUTURE: *Estudios*, ed. cit., t. II, pág. 285; véanse citas en el número destinado a estudiar la capacidad y disponibilidad de la confesión, como requisitos para su eficacia.

<sup>318</sup> PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1964, t. I, pág. 424.

<sup>319</sup> CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Edit. Giuffrè, 1962, págs. 248-250, y citas en el número acabado de mencionar.

<sup>320</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 365, y 1956, pág. 383.

### 163. Valor probatorio de la confesión judicial y extrajudicial

Suele otorgársele a la confesión judicial un valor probatorio superior al de la extrajudicial, con fundamento que hay mayor certeza de su ocurrencia, más seguridad en su seriedad, suele ser más terminante, hay mayores posibilidades de que el confesante conozca los efectos jurídicos perjudiciales que en ella pueden sobrevenirle y más inmediación para que el juez asuma directamente la prueba.

La confesión extrajudicial propiamente dicha, esto es, la indocumentada (la que consta en documentos adquiere el valor propio de éstos), debe probarse en el proceso en que se aduce, para lo cual generalmente sólo se dispone de testimonios y excepcionalmente de la confesión judicial de haber pronunciado esas palabras (si en ésta se confiesa el hecho declarado extrajudicialmente, además de haberlo reconocido en tal ocasión, existirá confesión judicial del hecho mismo y entonces la extrajudicial carecerá de importancia). Resulta así que la confesión extrajudicial, indocumentada, es una prueba mediata, que puede calificarse de segunda mano, por lo cual se justifica que en los sistemas de libre valoración el juez le otorgue generalmente el valor de indicio o de prueba incompleta, pudiendo reconocerle el de plena prueba en algunos casos especiales. En las legislaciones que excluyen la prueba por testimonios, para ciertos actos o contratos, se niega asimismo valor probatorio, respecto de esos actos o contratos, a la confesión extrajudicial, probada exclusivamente por testimonios.

Sin embargo, en algunas legislaciones, como la italiana, la argentina (para la justicia nacional) y la venezolana, la confesión extrajudicial hecha a la parte contraria a su representante, debidamente probada, tiene el mismo valor probatorio que la judicial; mientras que la hecha ante terceros es valorada libremente por el juez o sólo tiene el valor de indicio (C. C. italiano, art. 2735; C. C. venezolano, art. 1402; C. de Pr. C. y Co. argentino, de la Nación, art. 425). El texto argentino se refiere tanto a la escrita como a la oral y dice que "obliga en el juicio", cuando es hecha "frente a la parte contraria o a quien la represente", creemos que si consta por escrito tiene el valor probatorio propio del documento y si fue hecha oralmente, el mismo valor que la confesión judicial, con la excepción que el mismo texto consagra para cuando la prueba de la confesión oral consista en testimonios. El texto argentino dice: cuando "no hubiere principio de prueba por escrito", pero creemos que se refiere a los casos en que la ley civil, comercial o procesal prohíba la prueba por testigos de ciertos actos o contratos, porque si ésta es admisible y conducente no hay razón para negarle valor probatorio a la confesión extrajudicial que se demuestre con testimonios; de lo contrario se dejaría prácticamente inoperante la confesión extrajudicial verbal.

En otras legislaciones, como la colombiana y la española, no se dis-



tinguen esas dos hipótesis de confesión extrajudicial y se deja al juez en libertad para valorarla, en todos los casos, "según la naturaleza y las circunstancias que la rodean, y puede hasta tener mérito de plena prueba, si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma" (C. de P. C. col., art. 608). En Francia la mayoría de los autores está de acuerdo en que la extrajudicial es de libre valoración por el juez<sup>321</sup>; pero algunos opinan que debe tener igual eficacia que la judicial, si está acreditada suficientemente<sup>322</sup>; la jurisprudencia ha adoptado generalmente la primera tesis.

Cuando la confesión extrajudicial consta en documento, tiene el valor que a éste le corresponde. Si se prueba por confesión judicial, tiene el valor de ésta.

Si se considera extrajudicial la confesión hecha en otro proceso, como sucede en Francia y en Italia, por una parte de la doctrina o en Colombia cuando falta la competencia por naturaleza de la causa, no se justifica que se le otorgue un valor probatorio diferente al de la confesión judicial, porque da iguales garantías y está rodeada de las mismas formalidades que ésta, sin que importe que quien la aduce en el nuevo proceso no haya sido parte en el primero. En tal caso, si quien aduce la confesión en el nuevo proceso era parte también en el primer proceso que ella se verifica, se tratará de confesión hecha a la parte contraria y por tanto tiene en aquél el valor de confesión judicial, en los países que, como Venezuela, Argentina e Italia, le asignan en tal hipótesis el mismo valor a las dos confesiones. En España esa confesión conserva siempre el carácter de judicial en el nuevo proceso. En Argentina, el texto citado califica de extrajudicial la hecha "fuera del juicio", lo cual puede entenderse en el sentido de que es judicial la que se hace en un juicio y es trasladada en copia a otro posterior, es decir, que no se requiere que sea hecha en el mismo juicio; esto es aplicable en la provincia de Santa Fe, porque su C. de P. C. no regula el punto. En Colombia, es judicial la confesión hecha en otro proceso, siempre que el juez que conoció de éste sea competente por la naturaleza de la causa, para el nuevo proceso (C. de A.-C., art. 604). Consideramos mejor y más lógico este último sistema.

El valor que las legislaciones le asignan 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 sindicado, 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 existió la tendencia a otorgarle un valor

<sup>321</sup> AUBRY y RAU: *Cours de droit civil français*, Paris, 1922, t. XII, número 751; COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1953, t. II, núm. 808; BONNIER: *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y criminal*, ed. española citada, núm. 359.

<sup>322</sup> PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1954, t. VII, núm. 1506; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, 1900, núm. 253, pág. 192.

absoluto y a considerarla como "la reina de las pruebas"<sup>323</sup> y la prueba por excelencia o *probatio probatissima*<sup>324</sup>; sin embargo, existe en el derecho contemporáneo una firme tendencia a someter la confesión judicial, en el proceso civil, a la libre valoración del juez, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso, relacionándola con las demás pruebas aportadas, sin que esto signifique que se le desconozca pleno valor cuando reúne los requisitos para su validez y su eficacia, porque no se trata de que el juez obre caprichosamente, sino con sujeción a la lógica, la psicología, las reglas generales de la experiencia y los principios generales del derecho probatorio. Por este motivo nos parece criticable el art. 423 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la Nación, lo mismo que los textos similares de las provincias argentinas (como la de Santa Fe, art. 166) y los colombianos y venezolanos, porque consagran una tarifa legal inconveniente.

La confesión judicial y la extrajudicial con igual valor, no representan una inversión de la carga de probar, ni relevan de ella, o sea que su consecuencia no es una *relevatio ab onere probandi*, 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.

#### 164. Confesiones contradictorias, orales o en documentos públicos o privados

Las partes pueden confesar extrajudicialmente en varias ocasiones y también hacerlo judicialmente, antes del proceso en posiciones previas o en otro proceso y en el curso de éste dos o más veces, según la regulación legal que exista en cada país. En el proceso civil colombiano las partes pueden ser citadas a posiciones una vez antes del juicio, otra en el incidente de excepciones dilatorias y una tercera en la primera instancia (en la segunda, únicamente cuando sin culpa de quien pidió, se dejaron de tomar en la primera).

También se contienen confesiones en los documentos públicos y privados por los cuales se reconocen obligaciones o hechos que perjudican a quien los suscribe. Pero tienen el valor del documento.

Cuando esas diversas confesiones sean concordantes, no existe problema para su apreciación; pero si resultan contradictorias, es indispensable decidir cuál debe prevalecer.

Si se trata de varias confesiones extrajudiciales y orales, la prueba que de ellas se aporta 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

323 RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 233, pág. 91.

324 BONNIER: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., núm. 345, págs. 555-556.

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 desfavorable al confesante. Si ninguna está suficientemente probada, lo pertinente es rechazarlas. En cambio, si ambas aparecen plenamente demostradas, los hechos o circunstancias en que concuerden adquirirán verosimilitud, y respecto de los discordantes apenas es natural que se prefieran los que favorezcan más a la parte contraria o perjudiquen más al confesante, siempre que esa confesión goce de los requisitos propios para su validez y eficacia<sup>325</sup>. En el caso contrario, de que el hecho o la circunstancia más perjudicial al confesante aparezca menos verosímil, de acuerdo con el estudio comparativo del conjunto de pruebas reunidas en ese proceso o porque le falte alguno de los requisitos necesarios para su eficacia probatoria (*cf.*, números 154 y 167), el juez deberá rechazarlo y preferir la confesión menos desfavorable, si ésta no adolece de tales defectos.

Si las varias confesiones son judiciales y concordantes, su número no mejora su mérito; constituirán una sola plena prueba del hecho, si cualquiera de ellas reúne los requisitos para su validez y eficacia (*cf.*, núms. 153-154), y no hay lugar a distinguir cuándo y cómo ocurrieron (espontáneas o provocadas, antes del juicio o durante su curso, en memoriales o verbalmente). Si están en desacuerdo deben examinarse esos requisitos.

Si se trata de varias confesiones judiciales y una reúne sus requisitos, pero la otra no, aquélla debe ser preferida; cuando todas los cumplan, tendrán el mismo mérito probatorio y en ese caso el juez debe considerar probado el hecho más perjudicial, porque lo declarado por esa parte en otra ocasión no puede alterar el valor probatorio de la confesión<sup>326</sup>.

Es muy importante, para un mejor entendimiento del problema planteado por las diversas confesiones judiciales contradictorias de igual mérito, recordar que en esta hipótesis no tiene aplicación el principio de la indivisibilidad de la confesión (*cf.*, núm. 168). Este principio se refiere al contenido de cada confesión y no a lo expuesto en varias, pues, de lo contrario, quedaría en manos del confesante desvirtuar parcialmente su confesión, mediante posteriores declaraciones. Lo confesado válidamente una vez, no puede ser desconocido por el confesante sino mediante su retractación, mal llamada revocación, que implica siempre la prueba en contrario, además de la prueba del factor subjetivo del error, según algunas legislaciones, como la colombiana (*cf.*, núm. 170).

Hay otra razón jurídica para sustentar la anterior conclusión: si cuando un hecho se encuentra probado por confesión válida y eficaz, se le diera mérito a otra confesión que lo modifica favorablemente al con-

<sup>325</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 157.

<sup>326</sup> ANTONIO ROCHA: *Ob. y págs. citadas*.

fesante, le otorgaría más valor probatorio a la declaración favorable, que a la desfavorable, y esto contraría la esencia misma de la prueba. Es verdad que en el derecho contemporáneo se reconoce cierto valor (nunca de plena prueba) a la declaración de parte favorable a ella misma (*cfr.*, núm. 150), pero nadie ha discutido que debe ser inferior al que tiene la declaración desfavorable (*cfr.*, núms. 162-163).

Respecto de esa circunstancia en que las dos confesiones están en desacuerdo, la menos desfavorable se traduce, frente a la otra, en declaración favorable a quien la hizo. Por consiguiente, la parte contraria puede prescindir de aquélla y atenerse simplemente a ésta.

La conclusión anterior se basa en una supuesta igualdad de contenido y valor de las varias confesiones judiciales contradictorias. Pero puede suceder que los requisitos para su eficacia se cumplan mejor en una, en cuyo caso el juez debe preferirla, aunque sea la menos desfavorable, porque el hecho confesado en ésta será más verosímil, y la prueba más convincente. Si en el proceso existen otros medios de prueba que desvirtúen la circunstancia o el hecho declarado en la confesión más perjudicial, se aplicarán a ésta las reglas sobre la retractación o revocación que más adelante estudiaremos (*cfr.*, núms. 170-173). Dicho de otro modo, si la ley acepta, como es lo deseable, la simple prueba en contrario, el juez debe atenerse al hecho confesado menos desfavorable, no desvirtuado; pero si la ley exige que se demuestre el factor subjetivo del error, será indispensable cumplir este requisito, para que el juez pueda desestimar la confesión más perjudicial.

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.

Recuérdese que las confesiones contenidas en documentos tienen el valor probatorio propio de éstos (C. de Pr. C. col., art. 603). 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 que se acaban de exponer respecto a las varias confesiones judiciales. En este respecto, 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 respecto de terceros, prevalece lo dicho en la escritura pública, por obvias razones de seguridad y de defensa del comercio jurídico (*cfr.*, tomo II).

Si uno de los documentos es auténtico y no se pudo probar la autenticidad del otro ni resulta presumida, la confesión contenida en aquél prevalece, sea o no menos perjudicial al confesante.

Distinto es el caso de la confesión judicial o extrajudicial con igual valor que desvirtúa, no otra confesión contenida en documento, sino el contenido de un documento anterior favorable al confesante. En este caso prevalece aquélla sobre éste, en el juicio entre las mismas partes, en que se impugne el documento. El ordinal 3º del art. 423 del mismo

C. argentino de Pr. C. dice que la confesión judicial expresa deja de ser plena prueba, cuando: "se opusiere a las constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente"; creemos que esta norma no se aplica a los casos en que se aduce la confesión para impugnar la verdad de lo dicho en el documento del cual fue autor o parte el mismo confesante, por ejemplo, cuando se alegue su simulación.

Los documentos públicos y privados contienen declaraciones de quienes los suscriben, y como constituyen confesiones extrajudiciales de los hechos que le sean desfavorables, respecto de quienes los suscriben (siempre que los segundos sean auténticos o adquieran este carácter durante el proceso), por regla general prueban esos hechos entre las mismas partes y sus cansahabientes universales o singulares, a menos que la ley exija otro medio específico (*cfr.*, núm. 175, y tomo II).

Esos documentos prueban en favor de la parte contraria a la perjudicada con los hechos que en ellos se relatan, de la misma manera como sucede con la confesión en general. Por ejemplo, el comprador prueba haber pagado el precio y el vendedor haber entregado la cosa a satisfacción de aquél, si así se expresa en el documento suscrito por ambos o en dos separados con la firma de quien figura recibiendo la prestación. Esa confesión o esa prueba documental contra esa parte, no puede ser alterada por una declaración posterior o anterior, favorable a sí misma. En cambio, salvo algunas excepciones expresamente consagradas en la ley, la confesión de la parte contraria, es decir, la favorecida en esa declaración documental, sirve para desvirtuar ésta, porque constituye plena prueba en contrario, si se reúnen las condiciones de validez y eficacia.

Cuando se trata de probar en contrario de una confesión documental, ya no se habla de revocación o retracto (*cfr.*, núm. 170), ni tiene aplicación la exigencia de probar el factor subjetivo del error que algunas legislaciones, como la colombiana, exigen injustificadamente para la confesión judicial (C. de Pr. C. col., art. 606, y C. C. col., art. 1769). Es suficiente comprobar la falsedad objetiva del hecho, como la simulación, y el problema se reduce a determinar cuál es la clase de prueba apta para ello, como más adelante veremos. En estos casos la confesión judicial o extrajudicial documental de la parte favorecida con ese hecho, es la prueba por excelencia excepto cuando se trata de ciertos hechos referentes al estado civil, como el matrimonio, la legitimidad del hijo, la adopción, el divorcio (*cfr.*, núm. 165).

En el amplio terreno de la simulación total o parcial de contratos, tiene aplicación constante la prueba en contrario por la confesión de la parte favorecida por aquéllos<sup>327</sup>. Muy frecuentes son los casos de declaraciones en documentos falsos, de haberse pagado el precio de la

<sup>327</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA: *Simulación, nulidad e inexistencia*, Bogotá, Revista de Derecho de la Universidad Nacional, 1938, núm. 247-248.

cosa vendida o el canon del arrendamiento, o de haberse hecho entrega real o material de lo vendido o arrendado y la jurisprudencia colombiana ha considerado prueba suficiente en contrario la confesión de la parte adversaria<sup>328</sup>. Son frecuentes las certificaciones de deudas inexistentes, para burlar ilícitamente los impuestos de renta y patrimonio. También se presenta la prueba de confesión del presunto padre, en juicios de investigación de filiación natural, para desvirtuar la declaración hecha en testamento anterior de que no tiene hijos naturales o que lo son únicamente quienes allí reconoce.

Creemos que los anteriores conceptos tienen aplicación en Argentina, en la justicia nacional, no obstante lo dicho en el art. 423 del nuevo C. de P. C. y Co. para la Nación, porque este texto se refiere a los casos en que, sin estarse discutiendo la sinceridad del documento, existen como pruebas de ciertos hechos una confesión y algún documento anterior que la desvirtúa.

En estos casos de impugnación del documento mediante posterior confesión, sea verbal o escrita, estamos en presencia también de confesiones contradictorias, pero hay una fundamental diferencia con el caso examinado al comienzo de este número. En efecto, ya no se trata de dos confesiones emanadas de la misma parte, de las cuales prevalece la más perjudicial a ella y más favorable a su adversario; sino de dos confesiones emanadas de distintas partes adversarias, y también de desvirtuar con la confesión de una, la hecha por la otra en el documento. Por ejemplo: con la confesión del comprador de que no pagó el precio de la cosa vendida, se desvirtúa la confesión documental del vendedor de haberlo recibido.

Estamos suponiendo que ambas confesiones reúnen todos los requisitos para su validez y eficacia, pues si a una de ellas le faltan, carecerá de mérito probatorio y por consiguiente la otra seguirá en pie.

Idéntica situación se presenta cuando hay dos confesiones verbales de igual mérito, judiciales o extrajudiciales, o dos documentales, y, por lo tanto, la solución debe ser la misma.

Podemos anunciar la siguiente regla general para estos casos: *cuan- do existen confesiones de las dos partes y de igual mérito, que se desvirtúan entre sí, ambas quedan sin valor probatorio y debe aplicarse el principio de la carga de la prueba, preescindiendo de ellas. En el ejemplo anterior, como se prescindir de la confesión documental de haberse pagado el precio o entregado materialmente la cosa, le corresponde a la parte que alega ese pago o esa entrega, probar por otros medios tal hecho.*

Debe recordarse que la confesión verbal o por documento privado, de una de las partes que otorguen un instrumento público o escritura pública, no produce efectos jurídicos contra los terceros que han ad-

<sup>328</sup> Corte Suprema colombiana, 28 octubre 1954, "O. J.", t. LXXVIII, número 2147, pág. 985.

quirido derechos con base en éste, como no lo producen tampoco las escrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran (C. C. col., art. 1766, y C. C. argentino, art. 996). Cabe decir lo mismo de la confesión hecha en documentos privados, para alterar la contenida en otro documento también privado; su valor es indudable entre partes, pero no puede perjudicar al tercero que adquirió derechos con base en el primer documento, puesto que, una vez reconocido o tenido por tal, tiene el valor probatorio de la escritura pública (C. C. col., art. 1761; C. C. argentino, art. 1026). Volveremos sobre este tema en el capítulo que trata de la prueba documental (*cfr.*, núms. 356-357).

Observamos, por último, que la confesión sirve de prueba, entre las partes, para desvirtuar lo 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. Por ejemplo, si se confiesa que el documento de arrendamiento de un inmueble no es cierto, porque en realidad se trató de una compraventa, la falta de la escritura pública indispensable para este último contrato impide que la confesión lo demuestre; pero serviría para dejar sin mérito el contrato simulado de arrendamiento. Lo propio ocurre si se confiesa que el contrato contenido en un documento público o privado, quedó sujeto a una promesa de compraventa que no se estipuló allí, o a un fideicomiso, o a un usufructo o derecho de uso o habitación sobre el inmueble, o a una renta vitalicia, o a una hipoteca o anticresis, o a prenda agraria o industrial, o que las partes se sometieron a una cláusula compromisoria (cuando, como ocurre en Colombia, estos actos requieren, para su validez, el documento público o privado).

En los ejemplos anteriores, la confesión deja sin valor al contrato simulado o aparente, pero no prueba el otro contrato que verdaderamente se quiso celebrar, o el adicional, según el caso.

## 165. 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 por actos jurídicos (como el matrimonio y la adopción), y no mediante el simple reconocimiento de las partes interesadas (con la excepción del reconocimiento de hijos naturales), 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 pueden 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 natural, o de cónyuges; las relaciones sexuales del presunto padre con la madre del hijo natural o del hijo que goza de presunción legal de ser legítimo si aquél lo impugna.

Por consiguiente, es preciso no generalizar la idea de que la confesión no es medio idóneo para demostrar el estado civil de las personas. Esto es cierto únicamente en cuanto aquellos hechos que lo constituyen por sí mismos y que la ley somete a determinadas solemnidades, como el matrimonio para filiación legítima o el estado de casados, o la muerte del cónyuge para adquirir la situación del viudo o viuda, y la muerte de cualquier persona para efectos de proceder a la distribución de su herencia (en estos últimos casos, nada probaría la confesión del mismo presunto viudo o viuda ni de los pretendientes herederos, sobre la muerte del cónyuge o causante).

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 lo determina, como la embriaguez habitual, el incumplimiento de los deberes de cónyuge, el abandono del hogar, el adulterio de la mujer o el amancebamiento del marido, etc., en juicio de divorcio o separación de bienes, es válida y tiene eficacia probatoria, mientras no exista una norma legal en contrario (que en Colombia no existe). El juez puede y debe criticar severamente estas confesiones, tenga o no libertad general para la apreciación de las pruebas, pero en ausencia de la norma que lo excluya, no es posible negarles *a priori* toda la eficacia probatoria.

Es evidente que la parte no puede disponer de su estado civil por un simple acto de voluntad. Pero la confesión no es un acto de voluntad, sino de ciencia o conocimiento, y la parte que la hace acerca de un hecho que puede influir en la suerte del proceso, no está disponiendo por ese acto su estado civil, sino suministrando una prueba que el juez debe apreciar para los efectos de su sentencia, con libertad o sujeto a la tarifa legal, según el sistema que rija; si en virtud de tal prueba el juez declara que el estado civil existe, o lo niega o lo modifica, ese efecto jurídico emana de la sentencia y no de la confesión.

Una cosa es la disponibilidad o la constitución del estado civil y otra su prueba o la prueba de hechos que influyen en aquél. Solamente cuando el hecho es por sí mismo constitutivo del estado civil, como el matrimonio, la confesión del mismo puede equivaler a su disposición si por sí sola lo demostrara; en los demás casos apenas representa una prueba del hecho que el juez puede considerar o no suficiente para una declaración judicial sobre ese estado civil.

Por ejemplo: en Colombia el matrimonio sólo se prueba con el acta de estado civil y supletoriamente con la eclesiástica; a falta de ambas, con declaraciones de personas que hayan presenciado el acto, en último caso, con la posesión del estado civil de casados (C. C. col., artículos 395-396). Pero en el juicio que se adelanta para establecer la posesión notoria del estado de matrimonio, con la oposición de uno de los



cónyuges, la confesión de éste puede constituir un valioso indicio para reforzar la prueba de testigos y documentos públicos y privados que en el mismo sentido se produzca.

En los juicios sobre posesión notoria del estado de hijo legítimo o natural, la confesión del padre es prueba valiosa, que sumada a la testimonial y documental contribuye a la decisión favorable, y en los juicios de filiación natural es, por sí sola, prueba suficiente.

En los juicios de divorcio o separación de cuerpos y bienes, la confesión de las partes es prueba de los hechos que la ley contempla como causales para pedirlos, si no hay norma en contrario, porque se trata de hechos susceptibles por naturaleza de aquella prueba; pero el juez debe apreciarla con criterio riguroso, relacionándola con los demás medios de prueba, si los hay, o valorando su credibilidad de acuerdo con las circunstancias de cada caso. En Colombia no hay norma legal que excluya esta prueba para tales juicios, luego debemos aceptarla.

La jurisprudencia y la doctrina colombianas han adoptado un criterio similar al nuestro <sup>329</sup>.

#### 166. La prueba de la confesión

En algunos países como Italia, Francia y Venezuela, se prohíbe probar la confesión extrajudicial con testimonios, cuando recae sobre actos que, de conformidad con la ley, requieren otra clase de pruebas. En otros países como en Colombia y en España, no existe tal norma, por lo cual puede probarse con testimonios en todos los casos, variando únicamente su eficacia *probatoria* en las dos hipótesis. En Argentina, el art. 425 del nuevo C. de Pr. C. y Co. de la Nación excluye la confesión extrajudicial verbal probada por testimonios cuando no hubiere principio de prueba por escrito; pero, como expusimos atrás (*cfr.*, número 163), debe entenderse que se refiere a cuando con ella se pretende probar hechos o actos para los cuales la ley excluye la prueba por testimonios.

Creemos que la prohibición de probar la confesión extrajudicial por testimonio, cuando éstos no son prueba apta para demostrar el hecho o el acto confesado, radica en la confusión entre la prueba de la existencia de la confesión y su valor probatorio. No se justifica que para lo primero se excluyan los testimonios, cualquiera que sea el objeto de la confesión, porque ésta es un hecho susceptible de ser probado por cualquier medio. Cosa distinta es su eficacia o su valor probatorio. En cuanto a éste, es indispensable distinguir si el hecho o el acto confesado es o no susceptible de prueba testimonial. Dicho de otro

<sup>329</sup> C. C., agosto 31 de 1955, *Gaceta*, t. LXXXI, núms. 2157-2158, pág. 84; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, págs. 165-169, y *De la prueba en derecho*, Bogotá, Edit. Lermer, 1967, págs. 289-290.

modo, para determinar el mérito o valor probatorio de la confesión extrajudicial, debe tenerse en cuenta el medio empleado para establecerla y el hecho sobre que versa, aunque no exista norma legal que así lo ordene. Si tal hecho no es susceptible de prueba testimonial, la confesión extrajudicial que se acredite solamente por ese medio, sólo podrá tener el valor de indicio; pero si el hecho confesado es demostrado por testimonios, la confesión probada con éstos tendría el valor que el juez le asigne, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Esta es la solución aplicable en Colombia, conforme al art. 608 del C. de P. C., lo mismo que en los demás países donde no se prohíbe comprobar la confesión extrajudicial con testigos, pero se excluyen éstos para la prueba de ciertos actos y contratos.

La confesión judicial se prueba con el memorial donde está contenida, si es espontánea, o con el acta de la diligencia respectiva que lleva la firma del juez y del secretario. Si el juez que la recibe es quien debe apreciarla y resolver el litigio o la demanda voluntaria, en un proceso oral, el hecho mismo de la confesión se confunde con su prueba; si se trata de aducirla en otro proceso, debe llevarse copia del memorial o del acta de la diligencia debidamente autenticada, sin que sirva de prueba la motivación o los resultados de la sentencia dictada en el proceso en que tuvo lugar, como lo observa LESSONA<sup>330</sup>. Esta conclusión es consecuencia del principio general, aceptado expresa o implícitamente por todos los autores, que exige el traslado de la prueba practicada en otro proceso, para que el juez de la causa pueda asumirla y valorarla, sin que pueda suplirse con la copia de la sentencia anterior en cuyas motivaciones se estudie y se determinen los hechos que, de acuerdo con el criterio de ese juez, quedaron establecidos por tales medios (*cfr.*, núms. 104-107).

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 probenda*, porque requiere prueba<sup>331</sup>.

### 167. Apreciación de la confesión por el juez

La apreciación de la confesión tiene un triple aspecto: 1º) determinar si la confesión es válida; 2º) determinar el contenido de la confesión, o sea cuáles son los hechos confesados, y 3º) asignarle el mérito probatorio como instrumento de convicción y respecto a la existencia o inexistencia de tales hechos.

En los sistemas de tarifa legal, el tercer aspecto tiene diferente

<sup>330</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 453, pág. 466; DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 467, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 270.

<sup>331</sup> REDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1937, t. I, núm. 79, página 286.

regulación, según se trate de confesión judicial o extrajudicial, como vimos en el número anterior; el mérito probatorio de la primera está regulado previa y formalmente por el legislador, mientras que la segunda se deja por lo general al criterio del juez; pero en algunos países, como Italia y Venezuela, se otorga a la extrajudicial hecha a la parte contraria, el mérito probatorio de la confesión judicial. Esta regulación formal del mérito probatorio de la confesión judicial, existe también para lo civil en algunos países que han consagrado el sistema de la libre apreciación por el juez, para los otros medios de prueba, como en Francia, Alemania e Italia. En estos casos se sustituye la certeza moral o subjetiva del juez, por la certeza formal y objetiva del legislador; pero el fin de la prueba es siempre llevarle al juez el convencimiento de la certeza sobre los hechos, y es un error hablar de verdad formal, en oposición a la verdad real que se obtiene con la libre valoración, porque la verdad es una sola y lo que varía es el procedimiento formal o libre utilizado para investigarla y el carácter formal o subjetivo de la certeza que el juez debe tener para considerar probado el hecho en su sentencia. En este sentido es correcto decir, como lo hace CARNELUTTI, que la confesión con valor de plena prueba, por tarifa legal, fija el hecho en el proceso<sup>332</sup>.

Pero, aun en los sistemas de tarifa legal, la labor de apreciación del juez no se limita al primero y al segundo aspecto, para determinar la existencia, la validez y el contenido o alcance que pueda tener, es decir, el hecho o los hechos confesados con sus modalidades, peculiaridades o circunstancias que lo delimiten y precisen. Aun cuando el juez no tenga libertad para valorarla, su labor personal se extenderá al último aspecto, porque debe rechazar su eficacia probatoria si le falta alguno de los requisitos que para ésta se requieren (*cfr.*, núm. 154). En el segundo punto se incluye el problema de la indivisibilidad de la confesión, que estudiaremos en el número siguiente.

En este sentido advierte LESSONA que el juez debe examinar "si en una declaración de parte concurren los elementos constitutivos y los requisitos formales de la confesión judicial"<sup>333</sup>.

Es muy importante recordar que aun bajo un sistema de tarifa rigurosa, el juez puede y debe declarar sin valor la confesión que no reúna los requisitos indispensables para su validez o negarle mérito probatorio si no cumple los necesarios para su eficacia (*cfr.*, núms. 153-154). Este criterio fue consagrado en el art. 424 del nuevo C. de P. C. argentino para la justicia nacional, en estos términos: "En caso de duda la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace", es decir, carecerá de valor contra el confesante.

Cualquiera que sea el sistema legal vigente para valorar la fuerza

<sup>332</sup> CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., núm. 8, pág. 33, y *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, 3ª ed., núm. 212, pág. 506.

<sup>333</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 340, pág. 301; igual concepto aparece en el núm. 590 bis, pág. 579.

probatoria de la confesión, corresponde al juez precisar su contenido y alcance. Esta labor es sencilla cuando la confesión se limita a reconocer la existencia o inexistencia de hechos simples, que aparezcan claramente determinados; se hace más fácil cuando se trata de hechos complejos, con modalidades o circunstancias que influyen en sus consecuencias jurídicas materiales y se complica más cuando el confesante agrega otros hechos que lo favorecen o que modifican o extinguen los efectos jurídicos del hecho desfavorable que confiesa. En el último caso se presenta el problema de la indivisibilidad o divisibilidad de la confesión, que estudiaremos en el número siguiente.

Como muy bien lo dice GORPHE<sup>334</sup>, “la confesión, como tal, reclama un examen crítico propio, para determinar su sinceridad cuando no es segura, y su alcance, si no está clara”, con independencia de la materialidad de las declaraciones, y agrega que: “la crítica de la confesión puede ser doble, cuantas veces haya necesidad de probarla entre sí misma: versa entonces, de una parte, sobre su materialidad, y, de otra, sobre su fuerza probatoria”.

Cuando la confesión conste en un escrito o la reciba directamente el juez, su materialidad es fácil de apreciar (en el segundo caso queda establecida en el acta respectiva, que da fe por estar autorizada por el mismo juez); cuando es extrajudicial y se prueba por testimonios, es indispensable la crítica de éstos para establecer si efectivamente existió y cuál es su verdadero contenido y alcance.

Toda confesión debe ser seria y explícita, como vimos al estudiar los requisitos generales para su existencia (cfr., núm. 152, punto k). Estas dos condiciones deben apreciarse con criterio riguroso, cuando se trate de confesión extrajudicial, porque no pueden serlo las manifestaciones vagas o genéricas o condicionales o hechas en broma o con el ánimo de interrogar sin formular afirmaciones propias terminantes y claras<sup>335</sup>. La seriedad se presume en la confesión judicial, pero debe ser igualmente explícita y no toda declaración hecha en juicio reúne este requisito, de manera que corresponde al juez examinarlo.

En el mismo sentido dice GORPHE<sup>336</sup>, que la confesión debe ser “cierta, sincera y verdadera”, y que cuando no es expresa, clara y formal y sea necesario recurrir a deducirla, se tratará propiamente de indicios o simples presunciones, de valor muy variable; más adelante agrega que “la confesión no podría, en verdad, hacer prueba plena más que por las declaraciones suficientemente precisas y detalladas” o circunstanciadas, sin desnaturalizarla ni extenderla<sup>337</sup> y que “todo el valor concedido a este medio de prueba depende de su sinceridad”<sup>338</sup>,

334 GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, pág. 150.

335 RICCI: Ob. cit., t. II, núm. 234, pág. 96; LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 395, pág. 409; ALTAVILLA: *Psychologie judiciaire*, Paris, Edit. Cujas, 1959, págs. 28-87.

336 GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., pág. 208.

337 GORPHE: Ob. cit., págs. 210, 212 y 247.

338 GORPHE: *Ibidem*, págs. 219 y 239.

es decir, de que sea seria y verdadera; por lo cual "las respuestas obtenidas por procedimientos científicos, como el sicodiagnóstico y asociativo de los hechos y el registro de varios movimientos y reacciones inconscientes durante el interrogatorio", apenas pueden proporcionar indicios precisos, sin que posean el valor de confesiones<sup>339</sup>. Estos conceptos del ilustre profesor francés, expuestos para la confesión penal, tienen perfecta aplicación a la civil y concuerdan con las enseñanzas de RICCI y LESSONA, acabadas de citar.

GORPHE<sup>340</sup> aconseja que al criticar la confesión penal, para determinar el grado de credibilidad que merezca, se tenga en cuenta el motivo que induce al confesante a formular y se sospeche 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 enubrirlo, lo mismo que de coacciones físicas, morales o psicológicas y de autoacusación patológica, de interés o abnegación. Igual opinión expresa Enrico ALTAVILLA, quien hace una magnífica y prolija exposición sobre las confesiones falsas, erradas y motivadas por anomalías síquicas<sup>341</sup>. Estos conceptos tienen importancia también respecto a la confesión civil, cuando el juez tenga libertad para valorarla, ya que los mismos factores pueden afectar su espontaneidad o libertad y la seriedad de la declaración; pero cuando la confesión civil recae sobre derechos disponibles y resulta explícita y seria, además de cumplir los otros requisitos que para su validez y eficacia expusimos (*cfr.*, núms. 153 y 154), al juez le es indiferente el motivo que indujo a la parte a confesar, como lo observa LESSONA<sup>342</sup>. Sin embargo, cuando se trata de impugnarla por dolosa o fraudulenta, a petición de un tercero perjudicado, o cuando se solicite por el mismo confesante su revocación por error de hecho o violencia (*cfr.*, núms. 170-173), el examen de los motivos que la produjeron es indispensable.

Interesante es también, en materias civiles, la observación que hace GORPHE, citando a HELWIG, de que "el acusado no siempre miente con conciencia de ello; sino que, con mayor frecuencia de la pensada, cree en lo que dice, ya sea por enturbiarse sus recuerdos, sea porque su imaginación llega a confundir la ficción con la realidad"<sup>343</sup>. Estos errores pueden invocarse por el confesante, como motivos de revocación de la confesión, en cuanto pueden configurar el error de hecho que la ley contempla como causa para ello, probando el hecho contrario al confesado.

Como puede apreciarse y lo advierte el citado autor, a pesar de su aparente simplicidad, este medio de prueba requiere siempre un cuidadoso examen crítico y en muchas ocasiones una verdadera interpre-

339 GORPHE: Ob. cit., pág. 223.

340 GORPHE: Ob. cit., págs. 225-227.

341 ALTAVILLA: *Psychologie judiciaire*, París, Edit. Cujas, 1959, págs. 28-87.

342 LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 403, pág. 416.

343 GORPHE: Ob. cit., pág. 245.

tación, que tenga en cuenta tanto lo dicho como lo callado y la actitud general del confesante; además, en todos los casos debe confrontarse con las otras pruebas y con las máximas generales de la experiencia, 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 investigarlo o una norma que exija una prueba diferente (*cfr.*, núms. 46, 97 y 154), y antes que todo, debe examinarse si ha sido hecha por persona capaz, de manera consciente y libre, con los demás requisitos, necesarios para la existencia y su validez (*cfr.*, núms. 152 y 153).

Más cuidadosa y estricta debe ser la crítica de la confesión extrajudicial, cuando su prueba consista en testimonios<sup>344</sup>. El juez goza de absoluta libertad para apreciarla, inclusive en un sistema procesal de tarifa legal, por lo cual puede estimar como un indicio lo favorable de su declaración<sup>345</sup>. Para concluir este número, haremos una breve referencia al concepto de otros destacados juristas del presente siglo.

Jean SICARD<sup>346</sup> dice que, en derecho francés, la confesión judicial hace plena fe contra el confesante, no porque suministre una certeza absoluta, sino porque representa el máximo de verosimilitud, ya que puede ser mentirosa; y agrega que el juez debe apreciar su verdadero sentido y alcance. En cuanto a la extrajudicial, advierte que la jurisprudencia, por lo general, le concede valor de confesión únicamente cuando la parte se da cuenta de que con ella se priva de un derecho o se causa un perjuicio, es decir, cuando existe *animus confitendi* como intención de renunciar al derecho (tesis completamente revaluada por la moderna doctrina italiana, española, alemana y por una parte de la sudamericana, como vimos en el número 152 g).

SICARD opina que la confesión extrajudicial debe tener el mismo valor que la judicial, en cambio, están de acuerdo en que el juez debe valorarla libremente, BONNIER<sup>347</sup>, AUBRY y RAU<sup>348</sup>, COLIN y CAPITANT<sup>349</sup>, GORPHE<sup>350</sup> y André HUET<sup>351</sup>. La jurisprudencia se ha decidido por la segunda tesis.

En Italia, LESSONA<sup>352</sup> opinaba durante la vigencia del código anterior, que "la confesión extrajudicial no debe tener menos valor que

344 ALTAVILLA: Cita anterior.

346 LUIS MUÑOZ SABATE: *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, pág. 262.

346 SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, núm. 252, págs. 185 y 191-192.

347 BONNIER: Ob. cit., núm. 359.

348 AUBRY y RAU: *Cours de droit civil français*, París, 1922, t. XII, núm. 751.

349 COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de droit civil français*, París, 1953, t. II, núm. 808.

350 GORPHE: Citas anteriores.

351 ANDRÉ HUET: *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, Edit. Dalloz, 1965, págs. 323 y 324.

352 LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 403.

la hecha ante el juez". De acuerdo con la reforma al Código Civil (libro de la tutela de los derechos) y con el nuevo Código de Procedimiento Civil, la confesión extrajudicial hecha a la parte contraria tiene el mismo valor de plena prueba que la judicial, pero en otras condiciones aquélla debe ser libremente valorada por el juez<sup>353</sup>. La misma situación existe en Venezuela, de acuerdo con el art. 1402 del Código Civil<sup>354</sup>. Similar es la regulación que contiene el art. 425 del nuevo C. de P. C. y Co. argentino para la Nación. En cambio, el C. de P. C. y Co. para la provincia argentina de Santa Fe, no regula el valor probatorio de la confesión extrajudicial y por tanto el juez la valora libremente.

La doctrina y la jurisprudencia españolas están de acuerdo en que la confesión judicial, y con mayor razón la extrajudicial, debe ser valorada por el juez. Teniendo en cuenta el conjunto de pruebas allegadas al proceso, y sin darle preferencia especial. De este modo no tiene el carácter riguroso de plena prueba por tarifa legal, que en otros países suele asignársele<sup>355</sup>. Aplaudimos este criterio moderno y amplio de la Corte española, que debe servir de ejemplo a los países regidos por tarifa legal y extenderse a los demás medios de prueba para amortiguar en cuanto sea posible los efectos de la tarifa, mientras se produce su derogación total.

Cuando la confesión conste en un documento o en una diligencia de posiciones o en la contestación a la demanda u otro memorial, es indispensable su examen conjunto, relacionando unas respuestas con otras o los distintos párrafos del escrito o las varias cláusulas del contrato, con un criterio de unidad jurídica, como lo veremos al tratar de las posiciones (*cfr.*, núm. 174).

#### 168. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión. Cuándo es divisible la declaración de parte

Uno de los problemas más interesantes y delicados que se presentan en la valoración de la confesión por el juez, consiste en determinar los efectos que deben producir las adiciones o modificaciones favora-

<sup>353</sup> ROCOO: *Trattato*, ed. cit., t. III, págs. 118-119, y *Teoría general del proceso civil*, México, 1959, págs. 436-437; GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, págs. 461 y 485-489; PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, págs. 13-18 y 106-108.

<sup>354</sup> HUMBERTO BELLO LOZANO: *Pruebas*, Caracas, Edit. Estrados, 1966, t. I, págs. 191-238.

<sup>355</sup> PEDRO ARAGONESES ALONSO: *Técnica procesal*, Madrid, Aguilar, 1955, págs. 507; JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, págs. 372-374; PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, pág. 428; en contrario, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, quienes critican la jurisprudencia liberal de la Corte y dicen que la valoración de este medio de prueba la hace directamente la ley, al otorgarle efectos de plena prueba contra su autor.

bles que el confesante incluye cuando reconoce un hecho que lo perjudica.

Muchas confesiones presentan esa modalidad y por esto se suele incluir entre las clasificaciones de las confesiones, la de *simples, calificadas, complejas y compuestas*. Las primeras, cuando el confesante se limita a declarar el hecho que lo perjudica, por ejemplo: debo a Pedro mil pesos de plazo vencido; las segundas cuando se declara el hecho, pero asignándole una diferente naturaleza jurídica, por ejemplo: recibí de Pedro mil pesos, pero como donación y no como mutuo; las terceras, 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; las últimas, 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 estas declaraciones de partes calificadas, complejas y compuestas? Se habla en ese caso de la divisibilidad o escindibilidad de la confesión, o, por el contrario, de su indivisibilidad o inescindibilidad. Entiéndese por divisibilidad de la confesión, la idea de que ésta debe probar contra el confesante, en lo que es desfavorable y éste debe probar lo favorable que adiciona; y por indivisibilidad el que la confesión debe aceptarse 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 favorable, ni de que se acepte la confesión en lo favorable al confesante, sino de precisar o determinar si existe confesión en la declaración de la parte 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, no existe confesión; y si por virtud de tales adiciones o condiciones el hecho es menos desfavorable a esa parte, lo confesado es ese hecho así calificado o adicionado y no se le puede tener aislado de aquellas circunstancias. Por consiguiente, *lo divisible es la declaración de parte*, y no la confesión. El problema que en este número se estudia consiste, más exactamente, en saber si deben tenerse en cuenta las circunstancias favorables contenidas en la declaración de la parte, para determinar si en ella hay confesión y cuál es en realidad el hecho confesado, o si, por el contrario, la confesión radica exclusivamente en el aspecto desfavorable de la declaración.

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.

La cuestión es tan importante, que por lo general los legisladores la regulan expresamente.



A) DIVERSOS SISTEMAS: Cuatro sistemas se han aplicado al respecto:

1º) *Sistema de 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 pueda favorecerla, cualquiera que sea el alcance y el sentido de este último aspecto.

Este sistema es inconveniente, ilógico e injurídico. Lo primero, porque obstaculiza la utilización del saber de la parte como medio de prueba e impide en muchos casos que declare con lealtad y buena fe ante el peligro de que sus declaraciones resulten mutiladas y sean interpretadas indebidamente, sin tener en cuenta su verdadero significado; lo segundo, porque se trata de utilizar el saber de la parte y no es lógico desmembrarlo para aceptar solamente lo que pueda perjudicarla, cuando las circunstancias forman parte del hecho confesado; lo último, porque se violan los principios fundamentales de la igualdad jurídica de las partes, de la lealtad en el debate probatorio, de la espontaneidad y de la voluntariedad de la confesión, al deformarse su contenido y desconocerse su unidad jurídica.

En igual sentido dice GUASP<sup>356</sup>, que “este criterio incurriría en evidentes contradicciones psicológicas, al escindir el resultado de la misma confesión”. Y CHIOVENDA observa que la total divisibilidad perjudica la verdad y favorece las negativas absolutas y que es por estas razones, y no por respeto a la voluntad del confesante, por lo que debe aceptarse el principio de su indivisibilidad cuando la confesión es cualificada o compleja<sup>357</sup>.

Estamos de acuerdo con CHIOVENDA en que los efectos de la confesión no dependen de la voluntad del confesante, en cuanto consideramos innecesario el *animus confitendi*, como intención de producir determinados efectos jurídicos (*efr.*, núm. 152, punto *g*); pero creemos que para conocer cuál es exactamente el hecho confesado, es decir, el *contenido* o el *objeto* de la confesión (no sus efectos jurídicos), sí debe atenderse a la voluntad del confesante, para saber qué quiso decir, y ésta es una de las razones que exigen la aplicación del principio de la indivisibilidad a las confesiones cualificadas y complejas.

LESSONA, citando a BOBSARI<sup>358</sup>, dice que contra la división de la confesión existen dos razones lógicas: una intrínseca porque “quien admite la existencia de un hecho en cierto modo, no puede admitirla en un modo distinto”; y otra extrínseca, “porque quien se vale de la declaración del adversario, como de una prueba por no tener otra, debe tomarla tal cual se le dé”. Y agrega que hay también una razón

<sup>356</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 373, y 1956, pág. 387.

<sup>357</sup> CHIOVENDA: *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 55, pág. 260; *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, núm. 279, págs. 109-110.

<sup>358</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 605.

política, "que se siente con más fuerza en la práctica que en la teoría y que consiste en la igualdad jurídica de las partes en el juicio".

2º) *Sistema de la absoluta indivisibilidad o inescindibilidad de la declaración de parte.* Conduce al extremo opuesto al que lleva el anterior. Se prohíbe dividir las declaraciones de las partes, cualquiera que sea su contenido, y se les asigna legalmente el mismo mérito probatorio en lo favorable y en lo desfavorable, aunque los hechos favorables al declarante sean distintos e independientes de los desfavorables. La parte contraria se encuentra entonces en el siguiente dilema: aceptar la declaración en su conjunto, con el mismo valor probatorio para los hechos que la favorecen y para los que la perjudican, reservándose el derecho a probar, por otros medios, en contra de los últimos; o rechazar la declaración, también totalmente, y en este caso el juez no le otorga ninguna eficacia probatoria. Tiene los mismos problemas que el anterior.

Este sistema es también inconveniente, ilógico e injurídico. Lo primero, porque desvirtúa completamente la utilidad y el valor de la declaración de parte, como medio de prueba, ya que bastará con agregar cualquier hecho favorable que no sea cierto y que ninguna relación tenga con el hecho perjudicial, para que la parte contraria se vea obligada a rechazar totalmente la declaración, que resultará absolutamente ineficaz; lo segundo, porque no es lógico otorgarle el mismo valor a la declaración favorable que a la desfavorable a la parte declarante, cuando sean independientes (en el derecho contemporáneo existe la firme tendencia a reconocerle cierto valor probatorio a la declaración de parte, en cuanto pueda favorecerla, pero sin igualarlo al que debe otorgársele en lo desfavorable) (*cfr.*, núms. 150 y 163); lo tercero, porque se desconocen los requisitos necesarios para que exista verdadera unidad jurídica en los diversos hechos declarados, al aceptarla para todos los casos, y, además, se facilita la violación de los principios de lealtad y buena fe en el proceso en general y en el debate probatorio en particular.

El Código Civil francés consagró en el art. 1356 el principio de la indivisibilidad de la confesión judicial, de manera literalmente absoluta. Esta norma fue copiada en el art. 1360 del Código Civil italiano en 1865, pero extendiéndola a la confesión extrajudicial, y en varios códigos seccionales anteriores del mismo país, pero la jurisprudencia y la doctrina recurrieron a diversos expedientes para disminuir el rigor literal del texto y limitar la inescindibilidad a las agregaciones que tuvieran una verdadera relación jurídica con el hecho perjudicial. Prevaleció la doctrina que distinguía las confesiones en simples, calificadas, complejas o conexas y compuestas, para mantener la indivisibilidad de las tres primeras y aceptar la divisibilidad de las últimas<sup>359</sup>.

<sup>359</sup> MATTEIROLLO: *Ob. cit.*, t. II, núm. 741; GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., págs. 508-509.

Algo similar ocurre en Venezuela y Argentina. No faltaron, sin embargo, los autores que defendieron la absoluta indivisibilidad de la confesión<sup>300</sup>.

3º) *Sistema de la indivisibilidad relativa de la declaración de parte, con regulación legal objetiva para determinarla y tarifa legal.* Consiste en establecer en la ley, simultáneamente, el mérito probatorio de la confesión y su relativa indivisibilidad, consagrando un criterio objetivo para la apreciación del conjunto de los hechos declarados, con arreglo a su conexión y a su unidad jurídica y no por el aspecto favorable o desfavorable al declarante.

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 y 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. La confesión resulta formada por los varios hechos conexos y tiene el valor probatorio uniforme que la ley señala (generalmente de plena prueba para la judicial y de prueba relativa para la extrajudicial, como sucede en Colombia; pero en Italia y Venezuela, cuando la segunda es hecha a la parte contraria, tiene el mismo valor que la judicial). No se divide la confesión, sino la declaración de la parte. Se determina el verdadero contenido de aquélla, tomando como un solo hecho confesado los varios que concurren a fijar sus características y circunstancias. No se trata de otorgarle el valor probatorio de confesión a la declaración favorable, sino que lo desfavorable del hecho declarado se limita por esas circunstancias favorables, que son parte del mismo y precisan lo que realmente confiesa la parte.

Si los hechos favorables que se agregan son independientes del hecho perjudicial que se declara, no pueden modificarlo y tienen, por lo tanto, su propio valor jurídico, por lo cual deben ser probados por el declarante. Respecto a tales hechos no existe confesión, sino declaración favorable separada, cuyo valor probatorio generalmente desconocen los códigos actuales. Sin embargo, la doctrina contemporánea aconseja reconocerle valor de indicio más o menos importante, según las circunstancias de cada caso, libremente valoradas por el juez (*cfr.*, núms. 150 y 163).

En este sistema tiene gran importancia la clasificación muy común de las confesiones (que mencionamos al comienzo de este número) en simples, cualificadas, complejas y compuestas; las tres primeras, indivisibles, y divisibles las últimas. Pero en realidad *no existen confesiones*

<sup>300</sup> LAUBENT: Ob. cit., t. XX, núms. 185-199; LESSONA: Ob. cit., t. I, números 607-608, pero más adelante estudia la anterior clasificación y termina aceptando la divisibilidad de la declaración compuesta, cuando dice: "La confesión que contiene la adición de hechos diversos, es divisible, en cuanto sale del terreno discutido".

*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.

El problema está en determinar cuándo es compuesta o divisible la declaración. En tal caso se debe recurrir al criterio de la unidad o conexión jurídica de los diversos hechos, como lo acabamos de explicar.

Jaime GUASP<sup>361</sup> adopta este criterio y dice que "habrá de tener en cuenta, especialmente, los datos procesales confesados", para lo cual se debe considerar si las circunstancias adicionales son incompatibles con el hecho perjudicial tomado aisladamente, en cuyo caso hay indivisibilidad, o, por el contrario, si hay compatibilidad entre aquéllas y éste, pues entonces hay divisibilidad. En el segundo caso se trata de objeciones en sentido estricto".

MICHELI<sup>362</sup> expresa el mismo concepto cuando observa que la inescindibilidad debe referirse a la pretensión singular o concreta formulada en el juicio y que, por lo tanto, no existe si el confesante agrega una contrapretensión o una relación jurídica diversa, aunque tenga alguna vinculación con la del adversario. Un poco antes dice que la confesión parcial cualificada y la negación motivada, conservan el valor que tuvieron en el proceso común, es decir, imponer al adversario la carga de probar su afirmación; esto significa que en ambos casos la confesión es indivisible<sup>363</sup>.

CHIOVENDA<sup>364</sup> dice que cuando se agrega al hecho confesado otro impositivo o extintivo, existe confesión compleja y es indivisible; cuando se añaden elementos que modifican su figura jurídica, se tiene una confesión cualificada y su indivisibilidad es evidente. Se trata del mismo criterio, utilizando la clasificación de los hechos constitutivos, impositivos y extintivos. Recuerda CHIOVENDA que la ley alemana, vigente entonces, inspirada en la antigua doctrina francesa, consagraba la divisibilidad de la confesión, cuando el hecho agregado constituía un medio de ataque o defensa (es decir, una pretensión propia o una excepción en sentido estricto), y que la doctrina alemana por lo general estuvo de acuerdo en que no era un medio autónomo de defensa y que, por consiguiente, había indivisibilidad, cuando se negaban las cualidades esenciales del negocio (*essentia negotii*), porque esto equivale a afirmar un negocio distinto (por ejemplo: confieso haber recibido cien pesos, pero en donación y no como préstamo); en cambio, cuando se aceptaba el negocio, pero se afirmaba al mismo tiempo otro diferente, la declaración era divisible (por ejemplo: confieso haber recibido cien pesos en

<sup>361</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, págs. 373-374.

<sup>362</sup> MICHELI: *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 63, pág. 400.

<sup>363</sup> MICHELI: *Ob. cit.*, núm. 62, págs. 397, 399.

<sup>364</sup> CHIOVENDA: *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, núm. 279, págs. 109-110; *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 55, pág. 260.

préstamo, pero posteriormente me fue donada esa cantidad o le vendí una cosa del mismo valor para cancelar aquella deuda).

ROSENBERG expone un criterio similar, comentando el nuevo Código alemán en estos términos: "Se habla de una confesión calificada, cuando una parte afirma que el estado de cosas expuesto en la demanda o la excepción (réplica) *se ha producido de una manera distinta* de la que sostiene el adversario, dando a su vez una explicación que en algunos puntos es inconciliable con las afirmaciones de la otra parte, de modo que de ello debe deducirse la falta de fundamento de la demanda o de la excepción (réplica)". Y advierte que, en ese caso, las adiciones del demandado "hacen parecer como negadas una u otra de las afirmaciones en que se funda la demanda, de modo que debe imponerse al demandante la carga de suministrar la prueba"<sup>365</sup>. Dicho en otras palabras, el maestro alemán considera indivisible la confesión cuando agrega hechos que modifican el perjudicial; habla de confesión calificada, en ese caso, en el sentido de confesión compleja.

Para MICHELI<sup>366</sup>, en la confesión o admisión condicionada, existe en realidad "una negación motivada" indivisible cuando los varios hechos se refieran a la misma relación jurídica y divisible si constituyen una diferente, aunque esté vinculada con la que es tema originario de la controversia, porque en este caso constituye una contra-pretensión. Cita MICHELI como casos de confesión indivisible, aquellos en que se agrega una condición suspensiva o un término, y como ejemplos de confesión divisible, cuando se adiciona una condición resolutoria o un *accidentale negotium* ocurrido con posterioridad al nacimiento de la obligación, como la remisión, la compensación, la novación y la condición resolutoria misma, por lo cual impone la carga de la prueba al confesante<sup>367</sup>.

Carlo FURNO es partidario de la indivisibilidad de la confesión siempre que el confesante expone una excepción al hecho confesado, sea fundándose en un hecho incompatible con el afirmado por el adversario o en uno de carácter extintivo (pago, remisión, compensación, etc.) o impeditivo (incapacidad, etc.), acogiendo la máxima romana *qui excipit non fatetur*, y sienta esta conclusión: "En realidad, decir que quien excepciona no confiesa, o decir que las declaraciones complejas no pueden dividirse en perjuicio del declarante, es la misma cosa presentada de dos maneras"<sup>368</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia francesas se han inclinado firmemente en favor de la extensión del principio de la indivisibilidad, consagrado en el art. 1356 del C. C., no solamente a la confesión calificada (circunstancias contemporáneas que modifican lo afirmado por la con-

<sup>365</sup> ROSENBERG: *Carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1956, núm. 17, págs. 218-219.

<sup>366</sup> MICHELI: *Carga de la prueba*, ed. cit., núms. 63-64, págs. 409-410.

<sup>367</sup> MICHELI: Ob. cit., núm. 65, págs. 416-417.

<sup>368</sup> CARLO FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, Edit. CEDAM, núm. 29, págs. 118-120.

traparte, sin que constituyan un hecho distinto, como la inexistencia de intereses o la calificación jurídica del título), sino también a la confesión compleja, esto es agregándole hechos distintos, siempre que sean conexos con el preguntado y de tal naturaleza que constituyan una excepción favorable. Jean SICARD cita y acoge diversa jurisprudencia sobre indivisibilidad de la confesión de deuda con la adición de haberse pagado o de estar extinguida por remisión, novación, resolución, por diversos elementos de crédito y débito de una cuenta<sup>369</sup>. Con mayor razón es indivisible, según ese criterio, la confesión adicionada con hechos como la incapacidad, el dolo, la violencia o el error.

La misma opinión tiene el profesor argentino Alberto G. SPOTA, para quien la confesión debe ser indivisible, "cualquiera que sea la naturaleza jurídica de las consecuencias de los hechos favorables al confesante que éste ha declarado", sin hacer distinción por su mayor conexión, como en el caso de alegarse una compensación, y es divisible solamente cuando "abarca hechos jurídicos totalmente independientes entre sí"<sup>370</sup>.

En el Perú se acepta la divisibilidad cuando el hecho es diverso y separado (confesión compuesta) y se considera indivisible si se agregan determinadas cualidades de los hechos (confesión calificada), que no se puedan separar de éstos<sup>371</sup>. En El Salvador se consagra la indivisibilidad en forma muy amplia, excepto "lo que no sea concerniente al asunto o no tenga conexión con el punto o hecho confesado" (C. de P. C., art. 375).

En Venezuela, el art. 1404 del Código Civil, consagra como regla general la indivisibilidad de la confesión y exige que se aprecie en conjunto, adoptando el sistema del Código de Napoleón y del art. 1360 del Código italiano de 1865. La doctrina y la jurisprudencia han interpretado correctamente esta norma, en el sentido de que es divisible cuando se refiere a hechos diferentes e indivisible "siempre que la declaración accesoria que encierra, se refiera directamente al hecho principal alegado por la contraparte". Humberto BELLO LOZANO expone este criterio y cita una jurisprudencia de la Corte de Casación venezolana en el mismo sentido: "pues siendo la confesión la declaración de la existencia de un hecho, cuando se refiere a hechos distintos hay pluralidad de confesiones, y si una de las partes resulta falsa, bien puede invocarse la otra contra el que confiesa". La doctrina y la jurisprudencia venezolanas distinguen, pues, muy bien el caso de la confesión calificada o compleja conexa, que es indivisible, y el de la declaración compuesta o sobre hechos independientes y separados, que suele consi-

369 SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, números 258-259.

370 SPOTA: *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1958, parte general, t. I, vol. 3º, núm. 2154, págs. 884-885 y n. 2216.

371 MARIO ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil, Teoría del proceso ordinario*, Lima, Edit. Tipografía Peruana, 1966, págs. 148 y 155.

derar una especie de confesión compleja de hechos divisibles<sup>372</sup>. La misma Corte venezolana advierte que el hecho posterior es divisible solamente cuando sea distinto y su relación aparezca remota y ocasional. Por consiguiente, si es posterior, pero tiene una evidente conexión jurídica con el hecho perjudicial, la confesión es indivisible (por ejemplo, recibí el dinero en mutuo, pero posteriormente lo pagué; en este caso en realidad se está negando la deuda y por lo tanto no puede dividirse la declaración para deducir en contra del confesante tal obligación). Entendida así, la jurisprudencia venezolana se identifica con la colombiana; a pesar de basarse en textos muy diferentes.

En el Brasil el juez goza de libertad de apreciación en esta materia, pero la doctrina y la jurisprudencia aplican el criterio expuesto<sup>373</sup>. En Argentina rige la indivisibilidad para la confesión calificada o compleja (C. de P. C. y Co. para la Nación, art. 424, y C. para Santa Fe, art. 167).

El Código civil español consagra, en el art. 1233, una norma similar a la actual colombiana, pues establece la divisibilidad "cuando se refiere a hechos distintos". Un criterio similar se aplica en Chile<sup>374</sup>.

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.

Creemos que es éste el sistema consagrado en Argentina, en el art. 424 del nuevo C. de P. C. y Co. para la Nación, pese a su deficiente redacción. En efecto, dice: "La confesión es indivisible salvo cuando: 1º) el confesante invocare hechos impositivos, modificativos o extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros". El art. 167 del mismo C. de la Provincia de Santa Fe, habla de indivisibilidad respecto de los hechos "con que haya sido calificada". Entendemos aquel texto en el sentido de que no todas las adiciones de hechos impositivos, modificativos o extintivos, son divisibles; sino, exclusivamente, cuando además aparezcan independientes y separables del hecho confesado. Por consiguiente, la adición del pago de la deuda o de la vigencia de una condición suspensiva o resolutoria, o la alegación de una causa jurídica diferente, son indivisibles. Tal es también la interpretación que de este texto hacen los distinguidos juristas argentinos Carlos Alberto AYARRAGARAY y Julio A. DE GREGORIO LAVIÉ<sup>375</sup>. Es importante observar, que el mismo texto autoriza al juez para determinar en qué otros casos es procedente la indivisibilidad, según las circunstancias o moda-

<sup>372</sup> HUMBERTO BELLO LOZANO y la *jurisprudencia venezolana: Pruebas*, Caracas, Edit. Estrados, 1966, t. I, págs. 200, 209-210 y 216-217.

<sup>373</sup> MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no cível e comercial*, 3ª ed., t. II, núm. 210, págs. 318-319.

<sup>374</sup> CLARO SOLAR: *Explicaciones de derecho civil*, Santiago, 1939, t. XII, páginas 771-773.

<sup>375</sup> AYARRAGARAY y GREGORIO LAVIÉ: C. P. C. y Co. de la Nación, comentado, VÍCTOR P. DE ZAVALÍA, Editor, Buenos Aires, 1968, págs. 476-477.

lidades de la confesión. En igual forma debe interpretarse el art. 167 del C. de P. C. y Co. de Santa Fe.

Suele decirse que la confesión es divisible también cuando una parte de ella sea contraria a la ley o a la naturaleza de las cosas, esto es, cuando contiene cosas imposibles. Así lo expresa el art. 1233 del Código Civil español. Pero en realidad se trata de que la declaración carece de valor probatorio o resulta ineficaz, sea favorable o desfavorable al confesante. Lo mismo puede ocurrir cuando falta otro de los requisitos necesarios para que la confesión tenga eficacia probatoria (*cfr.*, núm. 154), únicamente respecto de algunos de los hechos declarados, por ejemplo, porque las adiciones favorables al confesante contradigan a una presunción legal o una cosa juzgada o un hecho notorio. Estos casos están contemplados expresamente en el ordinal 2º del art. 424 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la Nación.

Similar al anterior es el caso de que el adversario del confesante presente otros medios de prueba que desvirtúen los hechos o las circunstancias adicionales declarados por éste. Entonces, la confesión conserva su valor en cuanto al hecho aceptado por ambas partes y lo pierde respecto de los que fueron objeto de la prueba en contrario.

También puede perder la confesión su eficacia probatoria parcialmente, cuando el mismo confesante la impugna con éxito, respecto a una parte de su contenido, por haber sufrido en ella error de hecho, es decir, cuando se produce su revocación parcial por esta causa.

MICHELI cree que "una regla legal de valoración es incompatible con la regla de juicio de la carga de la prueba"<sup>376</sup>; en este punto nos separamos del ilustre profesor italiano, porque pensamos que no se trata de eximirse de la carga de probar los hechos favorables adicionales, sino de que éstos forman parte del hecho confesado, de manera que si el adversario no está de acuerdo con ellos, le basta desechar tal confesión y cumplir con su carga de probar el hecho que favorece su pretensión o excepción. La confesión simple o compleja, no altera ni invierte la carga de probar. Simplemente suministra una prueba que puede interesar al adversario, y entonces con ella satisface éste su carga; si esa confesión no le conviene, en virtud de su indivisibilidad, queda en la misma situación que si no hubiera existido. Por otra parte, creemos que con la regla de juicio sobre la carga de la prueba, se llega a la misma conclusión sobre la indivisibilidad de la confesión, que con el sistema legal que estamos examinando. En efecto, cuando el confesante acepta el hecho alegado por su contraparte, pero condicionado o adicionado de circunstancias que lo modifican favorablemente, en realidad está negando aquel hecho y, por lo tanto, de acuerdo con la regla sobre carga de la prueba, al segundo le corresponde probarlo por servir de fundamento a su pretensión o excepción; si éste suministra tal prueba, al confesante le corresponderá, a su vez, demostrar esas circunstancias favorables, que

376 MICHELI: Ob. cit., núm. 63, pág. 64.



sirven de fundamento a la norma cuyos efectos jurídicos reclama. En cambio, si el confesante agrega hechos independientes, debe probarlos, porque son el supuesto de hecho de la norma favorable cuya aplicación reclama; su contraparte habrá satisfecho la carga de probar el hecho que favorece su pretensión o excepción, por resultar debidamente confesado.

Es decir, 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); el otro limita esa indivisibilidad a los dos primeros y la extiende a los últimos o extintivos, únicamente cuando se refieran 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, MICHEL, ALZAMORA VALDEZ, la jurisprudencia venezolana y BELLO LOZANO, y en Colombia ROCHA, GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, Enrique A. BECERRA y ALZATE NOREÑA). El art. 609 del C. de P. C. colombiano y el art. 424 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la justicia nacional, adoptaron el segundo criterio. También el art. 167 del C. de P. C., para la Provincia argentina de Santa Fe.

4º) *Sistema que deja al juez en libertad para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la declaración de parte y su valor probatorio, cuando no contiene una confesión simple, y la parte contraria discute las adiciones.* Este sistema está consagrado actualmente en Italia (C. C., art. 2734, y Libro de la tutela de los derechos, art. 91) y fue incorporado a la ordenanza alemana de 1898 y a la austríaca de 1895. Rige también en el Brasil, conforme al art. 234 del actual C. de P. C. Según la actual norma italiana, si el confesante agrega "otros hechos o circunstancias tendientes a informar la eficacia del hecho confesado o a modificar o extinguir sus efectos, la declaración hace plena prueba en su totalidad si la otra no discute la verdad de los hechos y de las circunstancias agregadas"; pero si la parte contraria discute o niega esas agregaciones, "corresponde al juez apreciar, según las circunstancias, la eficacia probatoria de las declaraciones".

En otros términos: si la parte contraria no discute las agregaciones, se entiende que las admite y, por lo tanto, quedan probadas en virtud de ese acuerdo tácito. Solamente cuando surge el desacuerdo, corresponde fijar el valor que la declaración de parte puede tener, para lo cual se deja al juez en libertad para usar su criterio, conforme a las circunstancias de cada caso. Hay, pues, una tarifa legal para la confesión simple y libertad de valoración para la cualificada o compleja, e inclusive se permite al juez deducir argumentos de prueba favorables a la parte confesante, cuando su declaración sea compuesta. Este sistema está más de acuerdo con los principios generales de la prueba judicial que los dos primeros y armoniza con el art. 116 del actual C. de P. C. italiano, que autoriza al juez para obtener argumentos de prueba, de la

conducta general que las partes hayan observado en el proceso. Pero su redacción es deficiente, porque se trata de que, en la primera hipótesis, la confesión es indivisible.

MICHELI critica la norma legal italiana, porque considera inoportuna la aplicación integral de la regla sobre la indivisibilidad de la confesión y desconfía del poder discrecional que se otorga al juez<sup>377</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia posterior a su obra, se encargó de desmentir sus temores<sup>378</sup>.

Consideramos exagerada la crítica de MICHELI, porque la libertad de apreciación de esta prueba, como de otra cualquiera, no significa arbitrariedad, sino valoración razonada, lógica y jurídica, de manera que el juez debe guiar su criterio por los principios que expusimos al estudiar el sistema anterior y por la regla de la carga de la prueba, para llegar a soluciones lógicas y jurídicas, similares a las consagradas por la jurisprudencia y la doctrina en España, Venezuela y Colombia. En este sentido se expresa Amaral SANTOS al comentar el art. 387 del C. de P. C. del Brasil<sup>379</sup> que, como quedó dicho antes, deja al juez en libertad para apreciar si las adiciones o limitaciones que el confesante le introduce a su declaración, deben o no dividirse para determinar su contenido probatorio. El eminente profesor brasileño dice que el juez debe guiarse por el criterio que acepta la divisibilidad, únicamente cuando lo agregado no tiene conexión alguna con lo que se confiese o no presupone la existencia del hecho o acto jurídico confesado, como ocurre en el caso de la compensación; en los demás, la esencia de la declaración consiste en negar la deuda en el presente, y entonces no hay razón para aceptar su palabra solamente en lo desfavorable. Es decir, que, a pesar de esa libertad, debe aplicarse el criterio que predomina entre los autores que defienden la tesis de la indivisibilidad relativa, que expusimos en el párrafo anterior.

Tiene este sistema la ventaja de permitir al juez una apreciación más global de la declaración de parte, relacionándola con las demás pruebas y con el comportamiento general de las partes en el proceso, sin estar limitado por el aspecto favorable o desfavorable de los hechos, y puede conducir a resultados más justos y a una mejor investigación de la realidad de los hechos diversos que en el proceso se hayan alegado.

B) EL ACTUAL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO. Según el art. 609 de nuestro C. de P. C.: "La confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados, que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene la obligación de probar".

<sup>377</sup> MICHELI: *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 63.

<sup>378</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, págs. 511-515; SCARDACCIONE: *Le prove*, Torino, Edit. Giurisprudenza Sistemática, 1965, páginas 297-302.

<sup>379</sup> AMARAL SANTOS: *Ob. cit.*, t. II, núms. 192-200.

Este artículo consagra la divisibilidad relativa en forma amplia y conveniente, sin limitarla a lo desfavorable de la declaración, sino atendiendo objetivamente a su unidad jurídica. Se trata del segundo criterio del explicado antes. Contiene el error de hablar de excepciones, en el último caso, como si siempre se tratara de la declaración del demandado. Para entenderlo correctamente y en un sentido general, es mejor prescindir de las palabras "constituyen verdaderas excepciones que" y leerlo así: "pero si el confesante agrega hechos distintos y separados, que no tengan íntima relación con el primero, tiene la obligación de probarlos". Cuando la declaración provenga del demandado, esos hechos constituyen verdaderas excepciones, que a él corresponde probar, si no tienen una relación con el hecho desfavorable; si se trata del demandante, serán presupuesto de su pretensión y tendrá la carga de probarlos. Pero no significa la norma comentada, que por la sola circunstancia de que el hecho agregado constituya una excepción, sea siempre divisible la declaración del demandado, pues bien claro es al disponer que, si existe íntima relación entre aquél y el hecho perjudicial, es indivisible, aunque tomado aisladamente constituya una excepción; tal es el caso de la confesión de haberse contraído una deuda, con la adición de haberse pagado, o la alegación de una condición suspensiva o de un vicio de consentimiento. Así lo han entendido correctamente la doctrina y la jurisprudencia nacionales<sup>380</sup>.

C) CUÁNDO EXISTE CONFESIÓN CUALIFICADA O COMPLEJA INDIVISIBLE. Será cualificada la confesión, siempre que el declarante acepte el hecho perjudicial, pero agregándole algunas características distintas a las afirmadas por su adversario, o suprimiéndole otras, o limitándolo en su valor o cantidad, o sometiéndolo a un plazo o a una condición pendientes, o un título diverso o asignándole una naturaleza diferente, es decir, introduciéndole "modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho o acto", como dice el profesor ANTONIO ROCHA<sup>381</sup>. Por ejemplo: 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 mas 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 cien cargas de café y no quinientas; recibí el dinero, mas ya lo pagué y nada debo; recibí la mercancía en depósito o el automóvil en préstamo pero ya lo devolví; debo pagar ese dinero pero cuando mi demandante me entregue tal mercancía; manifesté que me obligaba a ese hecho, mas por violencia o dolo o error y no hubo contrato válido; celebré ese contrato, pero cuando aún era menor de edad (en los dos últimos ejemplos, el hecho agregado no es *separado*, del que confiesa).

<sup>380</sup> Véanse citas al tratar de la confesión compuesta, más adelante.

<sup>381</sup> ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. cit., pág. 79, y *De la prueba en derecho*, 1967, pág. 257.

En todos esos casos, existe confesión únicamente del hecho con sus modificaciones, adiciones y aclaraciones, o de un hecho de distinta naturaleza jurídica, debido a la unidad jurídica de la declaración. El declarante no confiesa el hecho preguntado o alegado en la demanda o la excepción de su adversario, sino ese hecho así calificado. Lo contrario sería tener por confesado lo que en realidad no se declaró. El conjunto de circunstancias y modalidades que se declaran, forman el hecho confesado, fijan sus características, delimitan su contenido y naturaleza. Como antes dijimos, no se trata de otorgarle valor probatorio de confesión a lo favorable de la declaración, sino que la confesión queda determinada y limitada por esas aclaraciones o modificaciones, que, por consiguiente, no es posible separar. Por estas razones la confesión es indivisible.

Estas conclusiones se aplican perfectamente en Colombia, Argentina y Venezuela.

D) CUÁNDO EXISTE CONFESIÓN COMPUESTA, O, MEJOR DICHO, DECLARACIÓN COMPUESTA, DIVISIBLE. Suele hablarse de confesión compuesta, pero, como hemos dicho, se trata de que la declaración contiene dos partes diferentes. Cuando el declarante acepta el hecho perjudicial, pero alega otro hecho, distinto y separado, que no constituye una unidad jurídica con aquél, sino que es independiente, aunque pueda tener efectos jurídicos sobre el primero, su declaración contiene dos actos: una confesión (la de ese hecho perjudicial, con las calificaciones que le haya introducido) y una alegación (la de ese segundo hecho), que, como tal, le impone la carga de su prueba. Esta es la norma contenida en el art. 609 del C. de Pr. C. colombiano, segunda parte, y en el art. 424 del nuevo C. argentino de P. C. y Co. para la Nación. No hay entonces una conexión jurídica inmediata e íntima, que impida separar los hechos sin romper la unidad jurídica, como en el caso del pago o del cumplimiento de la obligación cuya existencia anterior se confiesa; sino una absoluta independencia entre los dos hechos, o, si tienen alguna relación, apenas una *conexión mediata*, que no impide dividirlos y considerarlos aisladamente. Por ejemplo: cuando se acepta la deuda, pero se agrega haberle hecho donaciones a su acreedor o haberle prestado servicios en otras ocasiones, o se confiesa haber dañado la casa del preguntante, pero se agrega que éste renunció a reclamar ese daño (porque los últimos hechos no influyen en los primeros); cuando se acepta haber adquirido la obligación o celebrado el contrato, mas 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 su 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*, a pesar de que existe una relación jurídica *mediata* entre ambos, ya que el segundo tiene efectos extintivos de las obligaciones que se originan con el primero.

Diferente es el caso del pago o incumplimiento de la obligación porque se trata de dos hechos personales del confesante, el segundo de los cuales se origina en el primero y es el modo natural para su extinción<sup>382</sup>, por lo que su conexión es íntima e inmediata: adquirir la obligación y luego la cumplí. En cambio, en el segundo ejemplo, el hecho posterior es ajeno al confesante o implica un acto posterior de su acreedor y no se origina en el hecho confesado sino en otro diferente, por lo cual su conexión es apenas mediata y pueden separarse: la compensación por haber adquirido la obligación el acreedor de la primera, la condonación por éste de la obligación confesada, la confusión de acreedor y deudor, el acto de acreedor que produjo la novación, o contrato de transacción, el hecho que produjo la resolución o la sentencia que declaró la nulidad.

Antonio ROCHA, GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, ALZATE NOREÑA y BECERRA están de acuerdo en la indivisibilidad de la confesión con el agregado del pago<sup>383</sup>. También LESSONA<sup>384</sup>, PLANIOL y RIPERT<sup>385</sup>, SICARD, ROSENBERG, CHIOVENDA, FURNO, MICHELI, SPOTA, Amaral SANTOS, CLARO SOLAR, BONNIER y BAUDRY LACANTINERIE<sup>386</sup>, lo mismo la Corte colombiana y la venezolana y la jurisprudencia francesa e italiana.

La confesión de deuda agregando que hay *compensación* es considerada compuesta y divisible por ROCHA<sup>387</sup>, GONZÁLEZ VELÁSQUEZ<sup>388</sup>, ALZATE NOREÑA<sup>389</sup> y BECERRA<sup>390</sup>, lo mismo que por BONNIER<sup>391</sup>, RIPERT y BOULANGER<sup>392</sup>, ROSENBERG, MICHELI, Amaral SANTOS, DEMOLOMBE, BAUDRY LACANTINERIE y BARDE y CLARO SOLAR<sup>393</sup>.

El caso de la *condonación* lo incluye ALZATE NOREÑA entre los de confesión divisible<sup>394</sup>. La novación fue considerada hecho divisible, por la Corte Suprema colombiana<sup>395</sup>. En cambio, LESSONA, CHIOVENDA,

382 ALZATE NOREÑA: *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, pág. 187.

383 ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, ed. cit., 1949, págs. 81-82, y *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. del Rosario, 1962-1963, págs. 154-155; GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: ob. cit., pág. 120; ALZATE NOREÑA: Cita anterior; ENRIQUE A. BECERRA: *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, 1933, t. II, págs. 18-19.

384 LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 615.

385 PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, La Habana, 1945, t. VII, núm. 1750.

386 Véanse citas anteriores.

387 ROCHA: *De la prueba en derecho*, cit., pág. 82, y *Derecho probatorio*, cit., págs. 155 y 157.

388 GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Manual práctico de la prueba*, Bogotá, edic. Librería Jurídica, 1951, pág. 120.

389 ALZATE NOREÑA: Ob. cit., pág. 187.

390 ENRIQUE A. BECERRA: *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, edic. Imprenta Nacional, 1933, t. II, núm. 308, pág. 25.

391 BONNIER: *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, núm. 356.

392 RIPERT y BOULANGER: *Derecho civil*, París, 1952, t. II, núms. 2290-2291.

393 Véanse citas anteriores.

394 ALZATE NOREÑA: Ob. cit., pág. 187.

395 Sentencia 12 diciembre 1936, *Gaceta*, t. XLV, núm. 1923, pág. 10.

Carlo FURNO, Jaime GUASP y Alberto G. SPOTA consideran que la agregación de cualquier hecho extintivo es indivisible, tesis acogida en Francia por la jurisprudencia y por Jean SICARD<sup>396</sup>.

Estamos de acuerdo con el distinguido jurista colombiano Julio GONZÁLEZ VELÁSQUEZ<sup>397</sup> en que la confesión es indivisible si el hecho agregado se *origina en el mismo hecho confesado*, aun cuando sea posterior y constituya un hecho sustancial diferente, como el pago; y con Antonio ROCHA<sup>398</sup> en que se debe considerar si hay o no *unidad jurídica* entre los varios hechos (criterio similar al anterior), y también lo estamos con ALZATE NOREÑA<sup>399</sup>, en que es indivisible el hecho que representa el modo normal de extinguirse la obligación, como es el caso del pago o cumplimiento (no puede negarse que éste se origina en el acto que produjo la obligación) o cuando entre ambos existe unidad jurídica (como entre el contrato y el vicio que lo afecta), pues en esta hipótesis los hechos no son distintos y separados; y en que es divisible y compuesta, en el caso contrario, por ser hechos distintos y separados. Ejemplos de la segunda o compuesta son las adiciones de que hubo remisión, compensación, confusión, prescripción y transacción, porque éstas se originan en otro hecho: el acto imputado al acreedor, la transferencia del derecho al mismo deudor, el contrato, el transcurso del tiempo.

A la misma conclusión se llega aplicando la regla general sobre la distribución de la carga de la prueba, porque cuando la confesión es calificada o compleja, dada su indivisibilidad, en realidad se niega el hecho negado por la contraparte del confesante y, por consiguiente, continúa a cargo del primero la prueba, mientras que cuando es una declaración compuesta, existe confesión del hecho perjudicial (sin que el otro hecho, distinto e independiente, modifique esa confesión), y por lo mismo queda satisfecha la carga del adversario y al confesante le corresponde la carga de probar ese otro hecho favorable en que pretende basar su propia pretensión o excepción.

En síntesis, para nosotros la confesión es indivisible, siempre que la agregación sea una simple modalidad del hecho, o se trata de otro hecho posterior, pero originado en aquél, o que sea consecuencia o constituya el modo natural para la extinción del efecto jurídico del primero, como sucede precisamente con el pago, e igualmente, cuando hay unidad jurídica entre los varios hechos, como entre el contrato y el vicio que lo invalida o el hecho impeditivo de sus normales efectos jurídicos.

Los hechos que vician de invalidez un acto o contrato, existen en el

<sup>396</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núms. 615 y 615 bis; CHIOVENDA, FURNO, GUASP, SPOTA y SICARD: Véanse citas al exponer el cuarto sistema legal, en este número.

<sup>397</sup> JULIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Manual práctico de la prueba civil*, Bogotá, edic. Librería Jurídica, 1951, pág. 120.

<sup>398</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, ed. cit., pág. 82, y *Derecho probatorio*, ed. cit., págs. 155-156.

<sup>399</sup> ALZATE NOREÑA: Ob. y págs. cit.

momento de su ejecución y tienen un origen jurídico común, cuando los primeros conducen al segundo, como la violencia o el dolo, o aun cuando aquéllos existan anteriormente (como la capacidad). Por consiguiente, si se confiesa haber celebrado un contrato, alegando que se hizo en un estado de incapacidad o debido a la violencia o el dolo, la confesión es indivisible, porque los hechos no son distintos y separados, y, en el fondo, equivale a negar que existió un contrato válido y a afirmar que fue un acto jurídicamente incompleto.

E) CASOS EN QUE SE PRESCINDE DEL HECHO ADICIONADO, NO OBSTANTE EXISTIR CONEXIÓN JURÍDICA ÍNTIMA CUANDO ESTÉ EN CONTRADICCIÓN CON UNA PRESUNCIÓN O COSA JUZGADA, O CON PRUEBAS DE OTRA CLASE O CON OTRO HECHO NOTORIO, O APAREZCA IMPOSIBLE FÍSICA O METAFÍSICAMENTE. En estos casos la confesión resulta divisible.

En cambio, si una parte reconoce el documento firmado por ella, que contiene un contrato, pero alega haberlo suscrito o celebrado en un momento de incapacidad por demencia u otra causa, queda gravado con la carga de probar esta circunstancia, porque entonces ese documento es prueba suficiente del contrato.

Siempre que exista otra *prueba en contrario* de la negación o modificación, favorable al confesante, queda ésta desvirtuada, y, por lo tanto, la confesión cualificada o compleja resulta divisible, porque conserva su valor probatorio únicamente respecto del hecho desfavorable a aquél, como muy bien lo observan ANTONIO ROCHA, BECERRA y GONZÁLEZ VELÁSQUEZ<sup>400</sup>.

Si el hecho agregado es física o metafísicamente imposible, o contrario a la notoriedad o a las máximas de experiencia, el juez debe desestimarlos y aceptar la confesión con prescindencia del segundo. En el primer caso se incluye la existencia de una cosa juzgada que contradiga el hecho agregado, y en los demás se tiene por cierto el hecho contrario sin necesidad de pruebas (*cfr.*, núm. 1541).

Lo dicho en este párrafo tiene absoluta aplicación en Colombia, Venezuela y Argentina (en ésta en razón de lo dispuesto por el art. 424 del nuevo C. de Pr. C. y Co. para la justicia nacional, ordinales 2º y 3º, y en el art. 167 del C. de P. C. y Co. para la Provincia de Santa Fe).

F) QUÉ OCURRE CUANDO HAY 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 que, entonces, debe probar el confesante. Por consiguiente, si en el proceso existe otra prueba del hecho confesado, tal como lo alega la parte contraria, es decir, sin las

<sup>400</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, 1949, págs. 81 y 85, y ed. 1967, pág. 270; *Derecho probatorio*, ed. cit., págs. 154 y 156; ENRIQUE A. BECERRA: *Teoría y práctica de las pruebas*, ed. cit., t. II, págs. 19 y 20; GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Ob. cit.*, pág. 121.

adiciones que le introduce la confesión, aquella prueba conserva su valor normal y corresponde al confesante la de los hechos que agrega en su beneficio. Lo contrario equivaldría a otorgarle a la confesión el valor de prueba en favor del confesante y en contra de la convicción plena que de los otros medios se deduzca, lo cual sería absurdo. En el mismo sentido se expresa Antonio ROCHA <sup>401</sup>. No es que en este caso se divida la confesión, sino que se prescinde totalmente de ella.

G) LA ADMISIÓN ES INDIVISIBLE EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE LA CONFESIÓN, PERO NO EL RECONOCIMIENTO DE LA DEMANDA O LAS EXCEPCIONES. Conforme lo explicamos (*cfr.*, núm. 156), se trata de figuras jurídicas distintas, pero ambas producen el efecto de probar el hecho en la forma como es declarado o admitido, cuando la ley no exige otro medio (la admisión excluye además al hecho del tema de prueba en ese proceso). Por consiguiente, la admisión se toma también con las aclaraciones, modificaciones o adiciones que al hecho le agregue el admitente, a menos que se trate de hechos distintos y separados que no tengan una íntima conexión jurídica con el primero, por ser posteriores y no originarse en la misma causa jurídica, ni ser el modo normal de extinguirse la obligación cuyo nacimiento se acepta, y no existir unidad jurídica.

La teoría de la indivisibilidad de las declaraciones calificadas o complejas y la divisibilidad de las compuestas se aplica, en nuestro concepto, también a la admisión. La admisión se refiere a los hechos y equivale a confesión, por lo que se 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 entonces no puede existir una declaración divisible (*cfr.*, núm. 156). Esta diferencia explica que quien admite un hecho o varios puede discutir simultáneamente la pretensión o excepción, a pesar de aceptar los hechos aducidos para sustentarla o alguno de ellos, por lo cual es posible adicionarles circunstancias que favorecen al admitente, las cuales serán o no indivisibles, tal como ocurre en la confesión.

MICHELI acepta la indivisibilidad de la admisión, cuando comentando el sistema adoptado en el art. 91 de la ley italiana de la tutela de los derechos, dice que si el demandado admite la pretensión del actor, pero sometiéndolo a una condición, nos hallamos ante una *negociación motivada*, o "una defensa que se debe valorar en bloque y, por lo tanto, como negación del derecho del actor" <sup>402</sup>.

H) 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 la confesión en lo penal, como se aprecia en el siguiente párrafo: "La disección de la confesión como la de toda prueba, es un derecho

<sup>401</sup> ROCHA: Obs. y págs. citadas.

<sup>402</sup> MICHELI: *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 64, pág. 410.



absoluto de las jurisdicciones de represión; por consiguiente, en materia penal la confesión no es indivisible”.

El argumento expuesto por ELLERO no nos parece convincente, porque la libertad de valoración de esta y de las demás pruebas no se opone a la indivisibilidad de la confesión, ya que una cosa es fijar conforme a una crítica razonada su fuerza de convicción como prueba contra el sindicado y precisar su contenido, es decir, qué es lo verdaderamente confesado, para lo cual se aplica esa libertad de discección de la prueba, y otra muy diferente romper la unidad jurídica de lo que en virtud de esa libre crítica se considere que ha sido realmente confesado.

BONNIER adopta una posición intermedia<sup>403</sup>. Por una parte dice que “el motivo principal en que se funda (la indivisibilidad) en materia civil no existe aquí. No se puede decir que sea necesario tener completa confianza en la buena fe de aquél contra quien no se tiene otras pruebas, puesto que es claro que no ha dependido del Ministerio Público consignar la infracción por un acta en forma debida. En consecuencia, no hay obligación alguna de aceptar en su totalidad la confesión que llaman los intérpretes *confesión cualificada*, es decir, en la cual el acusado modifica su declaración por adición de circunstancias que hacen desaparecer, o por lo menos atenúan, su culpabilidad. Una sentencia denegatoria del 23 de junio de 1837 reconoce, en su consecuencia, al juez un poder discrecional para apreciar la verosimilitud de las circunstancias así añadidas en la confesión”. Y cita la doctrina inglesa en el mismo sentido. Pero a continuación aclara que si el sindicado reconoce haber cometido un asesinato, y añade que lo hizo en estado de necesidad, puede ser condenado como homicida, si no justifica esa necesidad; y que “de otra suerte sería si la restricción se refiriese a las circunstancias agravantes. Así, no se podría condenar por violación, por confesión propia, a quien sólo confesara actos *preparatorios*, tales como actos deshonestos, ni por homicidio al que confesara solamente haber causado heridas, etc. La confesión así cualificada, no es más que una confesión parcial, que está obligada a completar la acusación, haciendo la prueba de las circunstancias que no están rendidas en ella, porque si puede ser permitido dividirla, es imposible añadir nada a ella”.

De manera que, en definitiva, el criterio de BONNIER es éste: a) si el sindicado le agrega a su confesión un hecho como el haber ejecutado el delito en estado de necesidad, es divisible y debe probar lo último; pero si acepta parcialmente el delito, la confesión así cualificada es indivisible; b) se debe dividir la confesión cualificada cuando el juez no encuentre verosímil el agregado, de acuerdo con su poder discrecional para apreciarla. Al tratar de la confesión en lo civil, expresa que es divisible la cualificada cuando “la adición hecha a la confesión es gra-

<sup>403</sup> BONNIER: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. Reus, 1929, núms. 565 y 368, págs. 567-571 y 594-595.

vemente sospechosa, y en especial, si las circunstancias alegadas para modificarla son en extremo inverosímiles” y aparecen indicios de dolo; pero no cuando “se alegue una sencilla inverosimilitud”<sup>404</sup>. Por consiguiente, no existe ninguna diferencia en su concepto respecto a las dos jurisdicciones, ya que en ambas debe descartarse la agregación que aparezca notoriamente inverosímil y dolosa, o cuando surge una prueba en contrario.

Por otra parte, le observamos a BONNIER que, como él mismo lo reconoce en otro lugar, la razón de la indivisibilidad de la confesión cualificada en materias civiles no consiste en suponer la buena fe del confesante sino que “de otro modo le preste un lenguaje que no ha empleado ni querido emplear”, porque la confesión “puede aceptarse o desecharse, pero no es permitido desnaturalizarla”<sup>405</sup>. Dicho de otro modo, se trata de saber realmente qué fue lo que quiso confesar el declarante, sin que sea lícito separar sus palabras para mntilar su confesión y hacerle aceptar lo que quiso negar (*cfr.*, párrafos A y B de este número). Claro está que mientras no aparezca prueba en contrario del agregado o resulte imposible o contrario a normas generales de la experiencia, porque entonces puede prescindir de él, como ocurre en lo civil (*cfr.*, núm. 154 *i, j, k, l*).

Antonio ROCHA adopta un criterio más amplio que el de BONNIER, en su última y magnífica obra<sup>406</sup>. Cita una sentencia de la sala penal de nuestra Corte Suprema del 6 de julio de 1949, que admite la divisibilidad mientras no haya prueba del agregado favorable y los conceptos de ELLERO, BONNIER y DONNEDIEU DE VABRES<sup>407</sup>. Ya examinamos el concepto de los dos primeros; el último invoca como fundamento de su tesis la libertad de valoración e investigación del juez penal, que, como hemos dicho, no implica semejante consecuencia. Sin embargo, ROCHA aclara que la divisibilidad de la confesión en lo penal queda sujeta al criterio del juez, al paso que en lo civil la indivisibilidad se le impone al juez por tarifa<sup>408</sup>. Creemos que en materias civiles también el juez tiene libertad para apreciar cuándo la confesión es simplemente cualificada e indivisible y cuándo es compuesta o divisible, porque las legislaciones sientan la regla general, pero dejan a su buen criterio determinar en cada caso el alcance de los agregados favorables al confesante.

Nos parece indudable que en el proceso penal, común o militar, rigen, quizás con mayor fuerza, las razones que en lo civil justifican la indivisibilidad de la confesión cualificada; porque es contrario a la

<sup>404</sup> BONNIER: Ob. cit., t. I, núm. 365, págs. 570-571.

<sup>405</sup> BONNIER: Ob. cit., núm. 365, pág. 567.

<sup>406</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, Bogotá, Edit. Lerner, 1967, t. I, páginas 272-284.

<sup>407</sup> HENRI DONNEDIEU DE VABRES: *Curso de derecho criminal*, pág. 574; ELLERO y BONNIER: Citas anteriores.

<sup>408</sup> ROCHA: Ob. cit., págs. 282-284.

equidad, a la lógica y al precepto constitucional que exige probarle al sindicado 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; pero probado el cuerpo del delito, 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, graves y terminantes, que descarten la agregación favorable, o cuando ésta resulte evidentemente inverosímil por ser contraria a normas generales de experiencia o a hechos notorios, o aparezca como imposible, o contrarie una presunción legal o una cosa juzgada. Entonces el juez podrá dividir la confesión para descartar ese agregado favorable. Lo mismo es cuando en el proceso penal se alleguen otras pruebas, de cualquier naturaleza, que establezcan el hecho confesado; empero, estos supuestos son muy diferentes; no se trata de desconocer la indivisibilidad de la confesión, sino de prescindir de ésta, como ocurre en el proceso civil (*cf.*, parágrafo C, de este número).

ROCHA reconozca esa analogía de situaciones en los dos procesos: "Una comparación de sus elementos o requisitos no muestra sustancial distancia, más bien la acorta. Porque en lo civil también deben concurrir tales elementos o requisitos para no dividirla: ausencia de otra prueba que infirma lo desfavorable y credibilidad según la lógica judicial"<sup>409</sup>.

El profesor argentino Jorge A. CLARÍ OLMEDO se pronuncia en favor de la indivisibilidad de la confesión calificada en lo penal, a menos que "otros elementos probatorios distintos a la manifestación de éste (el imputado) acrediten su responsabilidad", o cuando "resulten en su contra presunciones graves"; de manera que el hecho disculpante que se agregue a la confesión debe ser destruido por otras pruebas, para que lo perjudicial pueda hacerse valer en contra del confesante<sup>410</sup>.

#### 169. Efectos de la confesión respecto a los litisconsortes y sucesores del confesante y a los terceros

Siendo la confesión en el derecho común europeo y en el moderno de todos los continentes, un medio de prueba y no una manera de terminar el litigio sin necesidad de sentencia (es decir, una *confesio*

<sup>409</sup> ROCHA: Ob. cit., pág. 280.

<sup>410</sup> CLARÍ OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1966, t. V, núm. 1221, pág. 107.

*in iudicio* y no una *confesio in iure* del antiguo derecho romano), sus efectos jurídicos probatorios deben limitarse a la parte confesante, a sus sucesores procesales (herederos de la parte que fallece en el curso del juicio y compradores o donatarios del derecho litigioso) y a sus causahabientes a título universal o herederos o 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, que la confesión no produce efectos contra los terceros.

Estos efectos son los mismos para la confesión judicial o 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 (*cfr.*, núm. 163).

LESSONA<sup>411</sup> dice sobre este tema que la confesión judicial hace plena prueba contra la parte, sus herederos, sus legatarios, y contra los acreedores que ejercen la acción pauliana o de simulación (es decir, como sustitutos procesales; *cfr.*, nuestro *Tratado*, t. I, núm. 167). Pero en el último caso, si los acreedores prueban que la confesión del deudor se hizo para perjudicarlos (mejor dicho, para defraudarlos), el juez debe considerarla como no hecha. En cambio, contra los terceros, tiene apenas el valor de extrajudicial o de simple indicio.

La misma opinión sostienen PESCATOBE, MATTIROLO y DIANA<sup>412</sup>.

Diferente es el problema del valor de la confesión hecha en un juicio anterior, en el nuevo proceso de un tercero o contra el confesante. Es decir, el valor de la confesión *respecto o en favor de terceros*. En este caso, tendrá los efectos de la confesión extrajudicial, según que la ley lo exija o no para la que tenga lugar en el mismo proceso (*cfr.*, núm. 155). Opinamos que en ausencia de norma legal o en puro derecho, esa confesión debe producir iguales efectos contra el confesante y sus herederos o legatarios, en ambos procesos. LESSONA opina que en este caso sería mejor someter la apreciación de la confesión, al criterio del magistrado<sup>413</sup>.

La confesión de la parte prueba normalmente contra sus coadyuvantes, 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 coadyuvado.

En Argentina, la confesión de un codeudor o coacreedor perjudica a los demás, en virtud de norma expresa contenida en el Código Civil<sup>414</sup>.

La confesión de una parte no tiene valor de plena prueba contra sus litisconsortes, pero puede ser apreciada por el juez como un testi-

<sup>411</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 462.

<sup>412</sup> Citas de LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 402, pág. 477, n. 2.

<sup>413</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 462, parte final.

<sup>414</sup> ALSINA: *Tratado*, 1942, t. II, págs. 233-234 y 274.

monio o indicio más o menos grave, según las circunstancias <sup>415</sup>. Si el litisconsorcio es necesario, ni siquiera produce efectos de plena prueba contra el confesante debido a que la sentencia debe ser igual respecto de todos y la confesión no puede vincular a los demás; por lo tanto, será un simple indicio, respecto de todos.

En razón de la indivisibilidad de la causa cuando existe un litisconsorcio necesario en la parte demandante o demandada o en ambas, la confesión que uno de los litisconsortes haga no puede producir contra él efectos de plena prueba que conduzcan a una sentencia desfavorable, mientras que acceda a las pretensiones o excepciones de los demás, puesto que la sentencia indispensablemente debe ser igual para todos. Esto significa que, como una excepción al mérito probatorio de la confesión contra el confesante, en esa hipótesis sólo podría tener el valor de simple indicio respecto de todos, inclusive aquél, porque la verdad procesal que resulte de las pruebas allegadas al expediente no puede dividirse, para que surta efectos en relación con uno y no con otro de los litisconsortes necesarios.

Hugo ALSINA expresa el mismo concepto <sup>416</sup>, pues al tratar del litisconsorcio necesario dice que "sólo se tendrá acreditado un hecho cuando lo fuere respecto de todos". Y agrega: "Si todos los litisconsortes reconocen un hecho y uno lo discute, el hecho deberá ser probado, no puede ser admitido frente a ninguno. La confesión y el juramento del litisconsorte no pierde eficacia respecto de él, pero no puede influir en la sentencia en relación a los otros litisconsortes". CHIOVENDA prolija una tesis similar <sup>417</sup>. También nosotros lo hemos defendido en otro lugar <sup>418</sup>.

#### 170. La llamada revocación de la confesión, o mejor dicho, su retractación o rectificación

Para que la confesión exista jurídicamente y tenga validez, debe reunir los requisitos que examinamos en los números 152 y 153, y para que tenga eficacia probatoria debe cumplir además los que estudiamos en el número 154. Si el juez considera que se cumplen estas tres clases de requisitos, debe reconocerle a la confesión el valor probatorio que la ley señale (si rige la tarifa legal, sin perjuicio de la libre apreciación de su contenido) o el valor que de acuerdo con las circunstancias con-

<sup>415</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios al código de proceso civil*, Río, 1958, t. III, pág. 371; GUASP: *Derecho procesal civil*, 1956, pág. 375; SILVA MELERO: *Ob. cit.*, t. I, págs. 165-166; ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. del Colegio del Rosario, 1962, págs. 134-135, y *De la prueba en derecho*, 1967, página 234.

<sup>416</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal*, ed. cit., t. I, pág. 340.

<sup>417</sup> CHIOVENDA: *Principios*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, pág. 619.

<sup>418</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDIA: *Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá, Edit. Temis, 1962, t. II, núm. 338 d y f.

sidere procedente (si goza de libertad para valorarla), en cuyo caso el confesante soporta los perjuicios o las consecuencias jurídicas desfavorables que de su confesión se deducen y corresponden a los que emanan del hecho confesado.

*La confesión es irreversible*, en el sentido de que la parte que la hizo no puede retirarla y tampoco dejarla sin valor retractándose. Pero en todas las legislaciones suele otorgársele al confesante la facultad de impugnar su confesión, lo que constituye una verdadera carga procesal, para que se declaren revocados sus efectos, por causas especiales y taxativas. En unas se contempla únicamente el error de hecho en declaración; en otras se menciona, además, el dolo de la parte contraria, y algunas incluyen el caso de violencia.

Suelen confundirse las causas de revocación y las de nulidad de la confesión. Así sucede en este párrafo de LESSONA<sup>419</sup>. “Será, pues, la confesión revocable tantas veces cuantas la causa determinante de la voluntad sea una de aquéllas en que no se reconoce capacidad de producir efectos jurídicos; tantas veces, pues, para decirlo en menos palabras, cuantas la voluntad no sea libre”. Un poco antes habla del error, la violencia, el dolo, y la insania de la mente, como vicios que impiden que un negocio produzca obligaciones jurídicas, y más adelante agrega: “La ley habla de error de hecho; pero no indica más que esta causa perturbadora de la voluntad, porque quiere hacer la distinción del error de hecho y del de derecho; pero, indudablemente, toda causa que vicia el entendimiento, como la violencia, el dolo, la alteración mental, vicia también la confesión, excepto siempre el error de derecho”<sup>420</sup>.

Sin embargo, la incapacidad y la violencia son causas de nulidad de la confesión, como en general de todo acto jurídico, por lo cual no se trata de revocarla, sino de desconocer su validez e inclusive su existencia jurídica, según la intensidad del vicio, como lo expusimos al estudiar sus requisitos (*cfr.*, núms. 152 y 153). El dolo de la parte contraria o de tercero no invalida la confesión, ni por sí solo sirve para impugnarla, pero se convierte en causa mediata para su revocación, cuando conduce al confesante a un error de hecho en su declaración.

Algunos autores sostuvieron la necesidad de la aceptación por la parte contraria, para que la revocación pudiera surtir sus efectos, por analogía con los casos de renuncia a un derecho que interesa también a la otra parte, como el desistimiento de la demanda cuando no produce los efectos de sentencia desfavorable al desistente; esta tesis fue acogida por varias decisiones judiciales en Francia, a fines del siglo XIX, pero ha sido rechazada por los mejores autores, como observa Jean SICARD<sup>421</sup> y cita en tal sentido las opiniones de AUBRY y RAU y de

419 LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I. núm. 590, pág. 578.

420 LESSONA: *Ibidem*, núm. 591, pág. 579.

421 JEAN SICARD: *La preuve en justice*, Paris, Edit. Comment Faire, 1969, núm. 255, págs. 193-194.

PLANIOL, que acoge por su parte, lo mismo que una reciente jurisprudencia <sup>422</sup>.

Nosotros consideramos que el exigir la aceptación de la parte contraria para la validez de la revocación, implica asignarle a la confesión el carácter de negocio bilateral, concepto que quedó refutado al estudiar su naturaleza (*cfr.*, núm. 157); implica además exigir esa aceptación para la eficacia de la confesión misma, lo cual es desde todo punto de vista inadmisibile.

Como dicen CARNELUTTI, DENTI, FURNO y GUASP, el término de revocación o revocabilidad es técnicamente errado. GUASP explica que esa determinación se basa en la doctrina que considera la confesión como una declaración de voluntad <sup>423</sup>. Tienen razón los ilustres profesores, porque ese término sugiere la falsa idea de que los efectos jurídicos de la confesión son consecuencias de la voluntad del confesante que los quiere y persigue, por lo cual estaría en capacidad de revocarlos, en los casos autorizados por la ley. Como explica RESTA, citado por PANUCCIO <sup>424</sup>, revocabilidad quiere decir propiamente "posibilidad de eliminar en acto posterior los efectos producidos por un acto precedente, restableciendo la situación jurídica que existía en el momento en que el acto fue celebrado, como si éste no hubiera tenido lugar", lo cual no se concibe en la confesión, pues no basta el simple acto de voluntad para eliminar sus efectos, sino que, por el contrario, es indispensable la plena prueba de la falsedad del hecho confesado y, para muchos, también la del error o elemento subjetivo. Si la confesión, como lo acepta la doctrina moderna que nosotros acogemos, es una simple declaración de ciencia (*cfr.*, núm. 157, puntos 9º y 10º), que no crea un efecto jurídico nuevo, sino que pone el hecho en conocimiento de otras personas (juez, terceros, y otras partes), el confesante no tiene nada que revocar.

En el mismo sentido Aurelio SCARDACCIONE, juez del tribunal de Bari <sup>425</sup>, opina que el término de revocación es impreciso, porque implica una manifestación de voluntad contraria u otra igual del mismo sujeto, mientras que en el caso de confesión se trata de vicios originados en ésta, por lo cual considera que es mejor hablar de invalidación, y cita en apoyo de su concepto las opiniones de FURNO, BUSNELLI y NATOLI y FERRUCCI, lo mismo que algunas decisiones jurisprudenciales italianas. Creemos, no obstante, que es mejor limitar el concepto de la invalidación a los casos en que falte alguno de los requisitos necesarios para la validez de la confesión, que explicamos en otro lugar (*cfr.*, núm. 153), como cuando hay incapacidad, violencia o coacción, y hablar

<sup>422</sup> MONTPELLIER: 6 de mayo de 1955, D. 1956, Somm. 62.

<sup>423</sup> GUASP: *Derecho procesal*, 1962, pág. 374, y 1956, pág. 388; DENTI, FURNO, CARNELUTTI: Véanse las citas siguientes.

<sup>424</sup> PANUCCIO: *Ob. cit.*, núm. 11, págs. 40-43.

<sup>425</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Torino, Edit. Unione Tipografica, "Giurisprudenza sistemática", 1965, núm. 111, pág. 294.

de retracto y de retractación cuando se alega el error de hecho, es decir, que lo confesado no corresponde a la realidad, que falta correspondencia entre lo declarado y la realidad, con el fin de desvirtuar la eficacia probatoria de la confesión.

Se trata, en realidad, de impugnar la confesión, porque se persigue desvirtuar los efectos probatorios del acto. En este sentido tiene razón GUASP, cuando habla de impugnación directa o indirecta de la confesión, para comprender las varias causas en que puede fundarse; pero el concepto de impugnación es muy amplio, como se deduce en las mismas enseñanzas de GUASP, pues comprende cualquier ataque al acto confesorio, sea en forma mediata o indirecta (probando por otros medios los hechos contrarios al confesado o la distinta modalidad o realidad del mismo hecho), o en forma directa o mediata (objetando la falta de alguno de los requisitos necesarios para que exista jurídicamente o para su validez o eficacia), o demostrando su falsedad, esto es, su no correspondencia con la realidad. En cambio, el concepto de revocación o revocabilidad se aplica generalmente al último caso, vale decir, al de la prueba de que lo confesado no corresponde a la realidad, sea que se exija o no la prueba del elemento subjetivo o error.

Vittorio DENTI<sup>426</sup>, acepta la opinión de MONTESANO, de que el poder de revocar la confesión es “una especie de impugnación” y estima criticable el empleo del término revocación en este caso, desde un punto de vista estrictamente conceptual, no obstante haber dicho antes que la “irrevocabilidad no puede, por tanto, ser definida *a priori*, como necesaria característica de determinada clase de actos, sino que debe ser más bien puesta en relación con el concreto modo de operar los efectos del acto”, por lo cual se muestra partidario de un criterio amplio para el entendimiento de esta noción. Manifiesta, además, que nada impide designar este acto como “revocación”, si se tiene presente que no se trata de libre revocabilidad, sino de una forma de “impugnación” de la confesión, y define la revocación como “poder de impugnación del acto procesal”<sup>427</sup>.

Por su parte, el maestro CARNELUTTI dice que “una declaración de ciencia, a diferencia de la declaración de voluntad, no puede ser revocada, sino contradicha”<sup>428</sup>.

FURNO critica también el uso del término revocación, a propósito de la confesión<sup>429</sup>.

Como muy bien lo observa DENTI, es necesario distinguir entre la nulidad de la confesión y su revocación, pues ésta no causa invalidez ni puede conducir a la repetición del acto, como sí ocurre con aqué-

426 DENTI: *Note sui visi della volontà negli atti processuali*, en “Studi nelle scienze giuridiche e sociali”, Pavia, 1959, núms. 12 y 22-23, págs. 47 y 87-91.

427 DENTI: *Ob. cit.*, núm. 12, pág. 47; núm. 22, pág. 87, y núm. 23, pág. 91.

428 CARNELUTTI: *Sistema*, Padova, 1936, t. I, pág. 758.

429 FURNO: *Irretrattabilità del giuramento*, en *Revista de Diritto Processuale*, 1948, I, pág. 174.



lla <sup>430</sup>. Con todo, nos separamos del ilustre profesor italiano, en cuanto critica el empleo de la palabra *retractación* para este caso, porque considera que ésta “a diferencia de la revocación, es un nuevo acto de información, de contenido contrario al precedente, que no elimina directamente sus efectos, sino que opera autónomamente, en virtud de su propia (eventual) eficacia probatoria”, por lo cual “la retractación del testimonio es un nuevo testimonio, libremente valorable por el juez; la retractación del juramento, cuando no tiene carácter negocial, es una confesión, que entra en conflicto con el juramento”. Y dice que el testimonio es retractable <sup>431</sup>.

Cierto es que en el caso de la confesión, no hay libertad de retractación en el sentido de que es indispensable la prueba de que hubo en ella un error o solamente que es contraria a la realidad; pero esto no impide que se trate realmente de un retracto, porque la confesión es, como el testimonio, una declaración de ciencia. Quien se retracta no hace una nueva confesión, pero sí declara, expresa o tácitamente al probario, que la heccha no corresponde a la verdad. Entre los dos casos existe una diferencia de efectos o eficacia del retracto, en cuanto en el testimonio basta la nueva declaración, mientras que en la confesión se exige la prueba en contrario; y también una diferencia de procedimiento, porque para el retracto de la confesión no se necesita hacer una nueva declaración, pues es suficiente aducir la prueba en contrario y, según algunos, la del elemento subjetivo o error; pero, en el fondo, también en el último caso se trata de retractarse de la declaración de ciencia. En ambos casos el juez valora libremente la eficacia del retracto, de conformidad con el conjunto de pruebas que existen en el proceso.

Los Códigos Civiles italianos, anteriores a la unificación legislativa, hablan unos de retractación y otros de revocación. El Código Civil italiano de 1865 hablaba, en su art. 1360, de revocación por error de hecho y de ir retractabilidad por error de derecho.

PLANIOL y RIPERT prefieren el concepto general de rectificación <sup>432</sup>. Vincenzo PANUCCIO también lo acoge, y luego de un interesante examen comparativo entre las dos figuras jurídicas, concluye diciendo que “las declaraciones de voluntad son revocables; no rectificables; las declaraciones de ciencia son rectificables, no revocables” <sup>433</sup>. DE RUGGIERO opina lo mismo <sup>434</sup>. Para estos tres autores, es mejor hablar de *rectificación*.

Por las anteriores razones consideramos que es mejor hablar de

<sup>430</sup> DENTI: Ob. cit., núm. 22, págs. 90-91.

<sup>431</sup> DENTI: Ob. cit., núm. 22, pág. 90, n. 147, y núm. 23, pág. 92.

<sup>432</sup> PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, t. VII, núm. 1567.

<sup>433</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, núms. 8 y 9, págs. 32 a 37.

<sup>434</sup> DE RUGGIERO: *Non fatetur qui errat*, en “Dizionario Scialoja”, Milano, 1934, IV.

*impugnación e impugnabilidad de la confesión*, cuando se trate de negar su existencia jurídica o su validez (de reclamar su nulidad) o su eficacia probatoria, por falta de algunos de los requisitos necesarios, que atrás examinamos; y hablar de *retracto y retractabilidad o de rectificación de la confesión*, para referirse al caso especial de que, no obstante reunir aquellos requisitos, debe negársele el valor probatorio por habersele probado que hubo en ella un error de becho, entendido como más adelante explicaremos. También nos parece aceptable hablar de impugnación en sentido genérico, para entender toda clase de ataques a la existencia, validez o eficacia probatoria del acto confesorio, y del retracto o rectificación como una especie de impugnación directa de tal eficacia, por causas determinadas.

### 171. Cuáles son las causas de revocación o retracto de la confesión

a) EL ERROR DE HECHO. Esta causa de revocación de la confesión válidamente hecha, está generalmente consagrada en las legislaciones. Se excluye el error de derecho, en razón de que éste no impide que el hecho sea real y cierto, pues consiste en creer que las consecuencias jurídicas que de éste se deducen son diferentes a las que de acuerdo con la ley o el derecho le corresponden (precisamente la doctrina moderna niega que sea requisito para la existencia y validez de la confesión, que el confesante conozca los efectos jurídicos de ésta y que quiera obtenerlos, como en el número 731, punto g, explicamos).

Los Códigos Civiles del siglo XIX consagraron la revocación de la confesión por error de becho, como por ejemplo, el francés (art. 1356), el alemán de 1898 (art. 290), el italiano de 1865 (art. 1360), el holandés (art. 1963), el rumano (art. 1206), el chileno (art. 1713) y el colombiano (art. 1769).

En los códigos adoptados en lo que va corrido del siglo XX, se contempla también generalmente el error de hecho como causa de impugnación o revocación del efecto probatorio de la confesión, y se excluye expresa o implícitamente el error de derecho. Así ocurre en el nuevo Código Civil italiano (art. 2732), en el Código Civil venezolano de 1942 (art. 1404), en los Códigos de procedimiento del Brasil (art. 231), de Chile (art. 402), de Colombia (art. 606). De manera que puede decirse que ha existido acuerdo casi general sobre este punto. El actual Código alemán es más amplio, ya que permite desvirtuar la confesión con la prueba en contrario, sin exigir el error subjetivo del confesante, lo cual está más de acuerdo con el moderno concepto de la confesión (Ordenanza alemana de 1933, 453), pues el juez valora libremente la declaración de parte. El Código del Estado de México habla de nulidad en vez de revocación, por error de violencia (arts. 320 y 405). Los Códigos de P. C. y Co. argentinos, para la Nación y para la Provincia de Santa Fe,

no regulan la revocación, pero por vía de doctrina y jurisprudencia debe aceptarse para el error de hecho el mismo C. para la provincia argentina de Santa Fe la consagra, cuando el art. 166 dice que la confesión carece de eficacia probatoria: "cuando se pruebe de un modo indudable que ha sido el resultado de un error".

b) CUANDO EXISTE ERROR DE HECHO O ERROR DE DERECHO. 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, que se confiesa un hecho que nunca existió o viceversa, o se asigna una naturaleza o especie distinta a la que realmente corresponde, o al narrarlo resulta diferente de lo que es, o se acepta una cantidad diversa a la verdadera que modifica su precio o valor, o se otorga una cualidad de la que carece o se niega otra que sí le pertenece<sup>435</sup>.

Esos errores de hecho pueden ser *esenciales* y *secundarios* o *accesorios*, desde el punto de vista de la irrevocabilidad de la confesión deben estimarse como del segundo grupo únicamente los que por versar sobre detalles o circunstancias de poca importancia, ni alcanzan a modificar el hecho no agravan la situación sustancial del confesante respecto a las pretensiones o excepciones que esté reclamando en el proceso, o, dicho de otra manera, que son *irrelevantes* para la decisión de la causa. Los ejemplos indicados en el párrafo anterior corresponden a errores esenciales, excepto el último que puede ser también secundario o accesorio si la cualidad o el detalle sobre el cual recaiga carece de importancia, y el que versa sobre la identidad de la persona si no modifica el acto ni sus defectos jurídicos.

Naturalmente, el error secundario o accesorio irrelevante no puede causar el retracto de la confesión, por ausencia de interés jurídico. Otros ejemplos de esta clase de error de hecho son: cuando recae sobre la denominación del hecho sin que impida determinar su identidad o naturaleza; cuando versa sobre los motivos que tuvieron para ejecutarlo, si no son de aquellos que por norma expresa se tuvieron en cuenta como determinantes del acto o contrato.

En cambio, la confesión por error esencial de hecho, una vez probado, debe perder sus efectos probatorios, porque en el fondo no hay confesión, como lo reconocían los juristas romanos: *non fatetur qui errat*.

Según lo hemos visto, el *error de derecho* consiste en creer que los efectos jurídicos del hecho confesado son diferentes a los que realmente corresponden. Naturalmente, quienes excluyen de los requisitos para la existencia, validez y eficacia de la confesión el que exige que el confesante haya tenido la intención de producir determinados efectos jurídicos (tesis aceptada definitivamente en el derecho contemporáneo).

<sup>435</sup> MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no cível e comercial*, Sao Paulo, 1963, t. II, núms. 169-174, págs. 260-266.

no regulan la revocación, pero por vía de doctrina y jurisprudencia debe aceptarse para el error de hecho el mismo C. para la provincia argentina de Santa Fe la consagra, cuando el art. 166 dice que la confesión carece de eficacia probatoria: "cuando se pruebe de un modo indudable que ha sido el resultado de un error".

b) CUANDO EXISTE ERROR DE HECHO O ERROR DE DERECHO. 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, que se confiesa un hecho que nunca existió o viceversa, o se asigna una naturaleza o especie distinta a la que realmente corresponde, o al narrarlo resulta diferente de lo que es, o se acepta una cantidad diversa a la verdadera que modifica su precio o valor, o se otorga una cualidad de la que carece o se niega otra que sí le pertenece<sup>435</sup>.

Esos errores de hecho pueden ser *esenciales* y *secundarios* o *accesorios*, desde el punto de vista de la irrevocabilidad de la confesión deben estimarse como del segundo grupo únicamente los que por versar sobre detalles o circunstancias de poca importancia, ni alcanzan a modificar el hecho no agravan la situación sustancial del confesante respecto a las pretensiones o excepciones que esté reclamando en el proceso, o, dicho de otra manera, que son *irrelevantes* para la decisión de la causa. Los ejemplos indicados en el párrafo anterior corresponden a errores esenciales, excepto el último que puede ser también secundario o accesorio si la cualidad o el detalle sobre el cual recaiga carece de importancia, y el que versa sobre la identidad de la persona si no modifica el acto ni sus defectos jurídicos.

Naturalmente, el error secundario o accesorio irrelevante no puede causar el retracto de la confesión, por ausencia de interés jurídico. Otros ejemplos de esta clase de error de hecho son: cuando recae sobre la denominación del hecho sin que impida determinar su identidad o naturaleza; cuando versa sobre los motivos que tuvieron para ejecutarlo, si no son de aquellos que por norma expresa se tuvieron en cuenta como determinantes del acto o contrato.

En cambio, la confesión por error esencial de hecho, una vez probado, debe perder sus efectos probatorios, porque en el fondo no hay confesión, como lo reconocían los juristas romanos: *non fatetur quí errat*.

Según lo hemos visto, el *error de derecho* consiste en creer que los efectos jurídicos del hecho confesado son diferentes a los que realmente corresponden. Naturalmente, quienes excluyen de los requisitos para la existencia, validez y eficacia de la confesión el que exige que el confesante haya tenido la intención de producir determinados efectos jurídicos (tesis aceptada definitivamente en el derecho contemporáneo).

<sup>435</sup> MOACYR AMARAL SANTOS: *Prova judiciária no cível e comercial*, Sao Paulo, 1963, t. II, núms. 169-174, págs. 260-266.

neo (*cfr.*, núm. 152, *g*), en buena lógica deben negarle al error de derecho la consecuencia de desvirtuar los efectos probatorios de la confesión. Pero igual opinión sostienen, por lo común, quienes han aceptado el concepto negocial de la confesión o la consideran un acto de voluntad unilateral y han exigido el *animus confitendi* como intención de producir determinados efectos jurídicos o de renunciar al derecho material o procesal de defensa (*cfr.*, núm. 152, *g*), a pesar de que las dos tesis son en cierto sentido contradictorias. Es decir, que la confesión no deja de ser válida y eficaz porque se alegue que se confesó el hecho creyéndolo favorable o no perjudicial, o pensando que los perjuicios eran diferentes o que su naturaleza jurídica era otra.

Hasta principios del presente siglo se discutió si el error de derecho podía servir en algunos casos para revocar la confesión, como se ve en el estudio que sobre este punto hace LESSONA, quien se manifestó partidario de aceptarlo cuando "haya hecho creer al confitente, por error de derecho, en la existencia de un vínculo obligatorio que no rige"<sup>436</sup>. Pero nos parece que en el ejemplo que trae LESSONA, lo mismo que en los que cita de otros autores como errores de derecho que pueden motivar la revocación, se trata en realidad de que tal error conduce en el fondo a un error de hecho, es decir, a la falsa creencia de que existe o no existe el derecho o la obligación objeto de la confesión, y, por lo tanto, el hecho o los hechos que lo generan. POTHIER presenta como ejemplo de error de derecho el caso de que el heredero confiesa deber la suma legada por el causante a un tercero, que era su preceptor en el testamento, por ignorar la existencia de la norma legal que prohibía tal clase de legados, y considera que en este caso no es admisible<sup>437</sup>.

Por regla general el error de derecho, es decir, sobre los efectos jurídicos del acto, 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 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.

Si el error de hecho sirve para revocar la confesión no importa que se origine en un error de derecho. En este sentido tienen razón LESSONA y los autores citados por él, al aceptar la revocabilidad cuando el error de derecho produzca la confesión de un vínculo obligatorio que no existe<sup>438</sup>.

<sup>436</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núms. 598-602, págs. 584-589.

<sup>437</sup> POTHIER: *Obligaciones*, núm. 834, cita de BONNIER: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. Reus, 1929, t. I, núm. 355, págs. 564-565.

<sup>438</sup> GIORGI: *Obbligazioni*, t. I, n. 97; FERRINI: *Obbligazioni*, en "Enciclopedia Giur.", n. 539; F. S. BIANCHI: *Principi generali sulla legge*, Torino, 1888, n. 85; F. FERRARA: *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, págs. 307-308; COVIELLO: *Ignoranza o errore di diritto*, en "Riv. critica di dir. e giurispr.", 1904, págs. 75, n. 1, y "Manuale", t. I, pág. 526; citas de LESSONA: núms. 593 y 599.

En derecho moderno la confesión se considera como una simple declaración de ciencia o conocimiento, sin que importe el motivo que condujo al confesante a hacerla, por lo cual resulta absurdo que se mantenga su valor a pesar de que aparezca la plena prueba en contrario del hecho confesado.

En este sentido dice LESSONA<sup>439</sup> que en derecho moderno la confesión debe ser revocable únicamente cuando sea cierto que la obligación confesada no existe o cuando se niegue la existencia del hecho que sí existe, debido a que el confesante creía lo contrario.

Ricci<sup>440</sup> comenta el art. 1360 del antiguo Código Civil italiano, conforme al cual la confesión era revocable únicamente por error de hecho, y dice que la norma es aplicable tanto a la confesión judicial como a la extrajudicial (en lo que estuvo de acuerdo la doctrina), pero advierte que cuando la última no constituye plena prueba, sino apenas un indicio, no es procedente la revocación, porque le basta al juez apreciarla de conformidad con las circunstancias generales que consten en el proceso, en lo cual a bien seguro tiene razón.

Ricci justifica la revocación por error de hecho, diciendo que se debe "considerar que el confesante no ha tenido la intención de reconocer la existencia de un hecho que no ha existido, por lo que el defecto de tal voluntad priva de todo efecto jurídico a la declaración hecha". Y explica la exclusión del error de derecho, con estas palabras: "Por el contrario, el error acerca de las disposiciones legales puede hacer apreciar las consecuencias jurídicas de un acto de un modo distinto del que la ley establece; pero no puede éste llegar a hacer que se tenga por verdadero un hecho que no existe. Ahora, como la confesión no se refiere más que a la existencia de un hecho, no a sus consecuencias jurídicas, así ocurre que el error de derecho que hace dar un valor distinto al hecho, no quita eficacia a la confesión, porque sea cual fuere el valor de un hecho, existe siempre según se ha declarado".<sup>441</sup>

De manera que Ricci limita el concepto de error de derecho al que versa sobre las consecuencias jurídicas de la declaración, tal como nosotros lo hacemos. Juzgamos que nuestra tesis según la cual cuando a consecuencia de un error de derecho se confiesa como existente un hecho que no existe o viceversa, en realidad hay un error de hecho y, por lo tanto, cabe la revocación, está de acuerdo con el criterio expuesto por este autor en el párrafo anterior y cuando advierte contra el peligro de "confundir la existencia material del hecho con sus consecuencias o efectos jurídicos"<sup>442</sup>. En resumen, si el hecho existe pero hubo error en sus consecuencias jurídicas, hay error de derecho e irrevocabilidad; en cambio, si el hecho no existe y se confesó o existe, pero se negó, el

<sup>439</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 593, págs. 580-581.

<sup>440</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, Madrid, Edit. La España Moderna, sin fecha, t. II, núms. 268-270.

<sup>441</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 269, pág. 186.

<sup>442</sup> RICCI: *Ibidem*, núm. 270, pág. 147.

error es de hecho, aunque esté motivado por un error de derecho, y opera la revocación.

Por último advierte RICCI que, como la confesión sólo puede versar sobre hechos, el reconocimiento es un derecho que no tiene esa condición (concepto que está de acuerdo con lo expuesto por nosotros en el núm. 152, punto c), por lo cual no se le puede aplicar la teoría de la irrevocabilidad. Cita en ese sentido una sentencia del Tribunal de Casación de Turín, conforme a la cual, si se confiesa una determinada apreciación del contenido jurídico de un documento, no se puede pretender que prevalezca sobre la interpretación que el juez le dé, porque se trata de un punto de derecho, de manera que si las partes se equivocan al calificarlo, aquél no puede estar sujeto a ese error, y debe corregirlo. Esta doctrina es inobjetable.

Entre los ejemplos de error de derecho, cita RICCI el de la confesión de *deuda prescrita*, por ignorancia del deudor respecto a la norma que lo autoriza para proponer la excepción<sup>443</sup>, y concluye afirmando que el deudor no puede impugnar el hecho admitido, es decir, su obligación. Estamos de acuerdo en que la confesión de deuda prescrita no es revocable, mas no porque exista en ella un error de derecho, sino porque la prescripción extingue la obligación civil, pero no la natural, siendo válido el pago que por ella se haga, de manera que quien confiesa, implícitamente renuncia a la excepción y otorga un nuevo título al acreedor.

La tesis que limita la irrevocabilidad de la confesión al caso de error de derecho en cuanto a los efectos jurídicos o a la naturaleza jurídica del hecho confesado, es aceptada por la doctrina contemporánea. Francesco Silvio GENTILE, magistrado y profesor italiano, dice<sup>444</sup> que el error es de hecho cuando el confesante ha considerado como verdadero, total o parcialmente, un hecho inexistente, o viceversa, y que adhiere a la opinión que acepta la revocabilidad cuando el error de derecho conduce a la confesión de un vínculo jurídico inexistente y la rechaza cuando recae sobre los efectos jurídicos que el legislador le atribuye al hecho confesado. Explica luego que el reconocimiento puro y simple de la pretensión del adversario no es confesión o lo es limitada únicamente a los hechos que son admitidos''; por lo cual estima que es un error de POTHIER (XX, n. 184) considerar irrevocable la declaración del heredero que reconoce la validez de un legado que aparece en el testamento, por ignorar su nulidad debida a incapacidad del testador o a vicios de forma, porque en tal caso no existe una verdadera confesión. Por el contrario, si se confiesa haber recibido una suma de dinero en préstamo, esto no puede impedir que se alegue con éxito la nulidad del contrato de mutuo por incapacidad del confesante cuando lo celebró, aun cuando la confesión lo baya reconocido como válido.

<sup>443</sup> RICCI: Ob. cit., t. II, núm. 270, págs. 186-197.

<sup>444</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, págs. 466-472.

En la numerosa jurisprudencia italiana de casación que resume, se habla insistentemente de prueba de la inexistencia objetiva del hecho y de que hubo una errónea creencia sobre éste o un estado de error, sin distinguir las causas de él <sup>445</sup>.

Por otra parte, como también lo dice GENTILE, no puede haber confesión de la validez o invalidez de una relación jurídica y la confesión de un acto jurídico no implica la de su validez, por lo cual puede impugnarse ésta sin atacar la confesión.

Aurelio SCARDACCIONE considera que es procedente la revocación, cuando se prueba la objetiva inexistencia del hecho confesado y que se obró en estado de error, es decir, involuntariamente, estableciéndose las circunstancias o razones que suscitaron esa errónea convicción, sin excluir las de orden jurídico, y cita en el mismo sentido numerosa jurisprudencia de tribunales italianos, de los años 1950 a 1954 inclusive <sup>446</sup>. El criterio de este autor coincide, por lo tanto, con el de GENTILE.

A la misma conclusión se llega con las enseñanzas del profesor Vincenzo PANUCCIO, de la universidad de Messina. En efecto, según este autor, para que el error de derecho haga irrevocable la confesión, es indispensable que verse sobre los efectos o las consecuencias jurídicas del hecho confesado, porque en este caso es irrelevante aun en el terreno negocial, o sobre la creencia de que existía la obligación de confesar <sup>447</sup>.

En el segundo caso que PANUCCIO expone, ese error de derecho evidentemente no puede afectar la validez ni la eficacia de la confesión; pero creemos que ello se debe a que recae sobre el motivo que induce al confesante para rendir su declaración (el cual es indiferente si se la considera una declaración de ciencia) y sobre el contenido mismo de ésta, por lo cual nada tiene que ver con la realidad o falsedad del hecho confesado. Por consiguiente, para PANUCCIO en los demás casos existe error de hecho que define como "inconformidad entre la declaración y la situación anterior" <sup>448</sup> y como "divergencia entre la realidad declarada y la realidad efectiva", no entre la declaración y la voluntad de declarar, diferencia esta última que considera irrelevante <sup>449</sup>.

El profesor brasileño Moacyr AMARAL SANTOS <sup>450</sup> expone el mismo criterio, en su monumental obra sobre la prueba civil y comercial, pues limita el error de derecho al que recaiga sobre los efectos jurídicos del hecho, porque no altera su verdad. Y el profesor Eduardo PALLARÉS acepta el concepto de LESSONA, que expusimos atrás, sobre la irrevoca-

<sup>445</sup> GENTILE: Ob. cit., págs. 471-472.

<sup>446</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., núm. 111, pág. 296.

<sup>447</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, núm. 11, págs. 39-40.

<sup>448</sup> PANUCCIO: Ob. cit., núm. 11, pág. 40.

<sup>449</sup> PANUCCIO: Ob. cit., núm. 11, pág. 43.

<sup>450</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria no civil e comercial*, Sao Paulo, 3ª ed., 1963, t. II, núm. 177, pág. 268-269.



bilidad de la confesión por error en las consecuencias jurídicas que de ella resultan <sup>451</sup>.

Por su parte, Hugo ALSINA <sup>452</sup> conceptúa que es de hecho el error que versa sobre la naturaleza jurídica del acto (en esto tiene razón; por ejemplo, cuando se confiesa haber celebrado un contrato de depósito y se trataba de uno de mutuo, lo cual equivale, en el fondo, a considerar cierto un hecho inexistente; el art. 1510 del C. C. colombiano califica expresamente este caso como error de hecho). ALSINA estima aplicable a la confesión el art. 784 del Código Civil argentino, según el cual, el que por un error de derecho se creyere deudor y entregare alguna cantidad o cosa en pago, podrá repetirla del que la recibió. Esto significa que el error de derecho que conduce a confesar una deuda inexistente, autoriza a revocar la confesión, punto de vista que también aceptamos, porque en el fondo se produce el error de hecho de reconocer una deuda inexistente.

PONTES DE MIRANDA <sup>453</sup> dice que el error de hecho versa sobre la verdad del hecho confesado, inclusive cuando la confesión se debe a la creencia de que las pruebas aducidas por la contraparte son irrefutables y no vale la pena demorar el proceso, si posteriormente resultan falsas; y que el error de derecho no sirve para el retracto, porque las cuestiones de derecho no pueden ser objeto de la confesión, como la vigencia o la interpretación de la ley, de manera que elimina de la noción los casos en que como consecuencia de un error en cuestiones jurídicas, se acepta un hecho inexistente o se niega uno que exista. Su criterio coincide con el nuestro.

Jean SICARD, juez del tribunal de instancia de Quimper, limita el concepto de error de derecho al que recae "sobre las consecuencias jurídicas de los hechos que se reconocen" <sup>454</sup>.

Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUEMADA excluyen de la revocación solamente el error sobre los efectos jurídicos de la declaración <sup>455</sup>. También Alberto G. SPOTA <sup>456</sup>.

En Colombia el profesor Antonio ROCHA expone el mismo concepto <sup>457</sup>.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la doctrina se ha definido fir-

<sup>451</sup> PALLARES: *Diccionario de derecho procesal civil*, México, 1960, pág. 165.

<sup>452</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, pág. 82.

<sup>453</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios al código de proceso civil*, Río, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, págs. 372-373.

<sup>454</sup> SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, número 256, pág. 194.

<sup>455</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, 1962, página 268.

<sup>456</sup> SPOTA: *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1958, t. I, vol. 3, núm. 2154, pág. 879.

<sup>457</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, Bogotá, edic. de la Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, pág. 129, y *De la prueba en derecho*, edic. Universidad Nacional, 1949, págs. 61-62, y ed. 1967, pág. 233.

memente por la limitación del concepto de error de derecho, en materia de confesión, al que recae sobre los efectos o consecuencias jurídicas del hecho. En este sentido deben interpretarse los textos legales sobre retracto de la confesión.

## 172. La prueba del error de hecho

¿Qué requisitos y pruebas se exigen para que sea procedente la revocación de la confesión por error de hecho?

Puede decirse que hay dos tesis: *a*) la que exige tanto la prueba de que el hecho confesado es contrario a la realidad (aspecto objetivo), como la de que tuvo la falsa creencia sobre él o hubo error (elemento subjetivo); *b*) la que considera suficiente la prueba del aspecto objetivo, o sea de la falsedad objetiva de la confesión.

PRIMERA TESIS: LA QUE EXIGE PRUEBA DEL ERROR Y DE LA REALIDAD CONTRARIA. Como recuerda LESSONA<sup>458</sup>, la ordenanza alemana de 1898, en su párrafo 290, exigía, para que la confesión perdiera su valor probatorio por revocación, la prueba de dos requisitos: que lo confesado no correspondía a la verdad y que se hizo la confesión por error de hecho; es decir, la prueba tanto del aspecto objetivo como del subjetivo. La misma norma se encuentra en el Código Federal alemán de 1877. El Código Civil francés (art. 1356) se limita a exigir el error de hecho y normas similares se consagraron en los códigos italiano, holandés, español, rumano, chileno y colombiano, citados atrás. El anterior Código de Procedimiento Civil alemán disponía, en el párrafo 263, que la confesión podía revocarse mediante la prueba de que era contraria a la verdad o que había sido resultado de un error, sin distinguir entre error de hecho y de derecho; la Ordenanza alemana de 1933 (453) consagró la libre valoración por el juez de la confesión, con lo cual admite la prueba en contrario, sin exigir el requisito subjetivo del error. No ha existido, como se ve, uniformidad legislativa sobre esta materia.

La mayoría de los autores acepta la primera tesis.

Para LESSONA<sup>459</sup>, el error de hecho debe invocarse y probarse por el confesante y la prueba para la revocación debe ser doble: "1º) Debe probarse la insubsistencia objetiva del hecho confesado, porque la confesión reconoce una obligación preexistente y no lo crea, y porque la confesión falsa no es confesión legal. Pero no basta esta prueba; es menester otra: 2º) probar la falsa creencia del confesante sobre el hecho confesado." Y explica que es necesario la prueba de este elemento subjetivo del error de hecho, porque si se aceptara como bastante la prueba de la insubsistencia (o, mejor dicho, de la falsedad del hecho o de que es contrario a la realidad), se "quitaría a la confesión su

<sup>458</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 590, pág. 578, y núm. 598, pág. 584.

<sup>459</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 594, pág. 581-582.

valor de plena prueba legal, haciéndola siempre combatible con cualquier prueba que demuestre la no verdad del hecho confesado". Añade LESSONA que la prueba de ese elemento subjetivo consiste generalmente en una presunción, pero es apto también el interrogatorio a la parte contraria, complementado por los demás medios de prueba. Es importante observar que, para LESSONA, no es necesaria la prueba de que el error sea excusable, porque la ley no la requiere"; pero la dificultad de la prueba de ese error "será tanto mayor cuanto menor sea la inexcusabilidad del error, o sea su verosimilitud", punto éste en que hay acuerdo en la doctrina moderna y que olvidaron inexplicablemente los redactores del art. 606 del actual Código de Procedimiento Civil Colombiano.

RICCI expone una opinión similar: "Cuando la confesión ha sido la consecuencia de un error de hecho, ocurre que el confesante ha declarado la existencia de un hecho que él creía que había existido, siendo así que no existió. Suponiendo que el confesante tuviera conocimiento de la no existencia del hecho, ¿puede presumirse que hubiera declarado lo contrario? Sin duda, no. ¿Cuál es, por lo tanto, la consecuencia jurídica de este error? Hacer que se deba considerar que el confesante no ha tenido la intención de reconocer la existencia de un hecho que no ha existido, por lo que el defecto de tal voluntad priva de todo efecto jurídico a la declaración hecha." <sup>460</sup>

Más recientemente, Valentín SILVA MELERO, ilustre magistrado español del Tribunal Supremo, expresa idéntico parecer y exige la prueba del "desconocimiento de la divergencia entre la afirmación y la realidad" <sup>461</sup>.

En igual sentido opinan GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA <sup>462</sup>, quienes consideran que no basta probar la falsedad del hecho, sino que debe probarse, además, el error del confesante.

PONTES DE MIRANDA <sup>463</sup> opina que es "preciso que se verifiquen la falta de verdad objetiva y el error causal subjetivo"; sin embargo, en otro lugar dice, con muy buen criterio, que "el valor de las confesiones, propias o fictas, depende de la verosimilitud y coherencia con las demás pruebas de los autos", con lo cual da a entender que sin necesidad de revocación, cuando existe la prueba en contrario de la verdad objetiva, la confesión quedaría ineficaz o sin mérito probatorio.

Hugo ALSINA exige la prueba de que "el confesante tenía algún fundamento para estimar como exacto el hecho confesado" <sup>464</sup>. Es de-

<sup>460</sup> RICCI: *Tratado de las pruebas*, cit., núm. 269, pág. 186.

<sup>461</sup> SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho privado, 1963, t. I, pág. 164.

<sup>462</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, núm. 22, pág. 268.

<sup>463</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao código de processo civil*, edit. cit., Río de Janeiro, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, pág. 372.

<sup>464</sup> ALSINA: *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, pág. 282.

cir, exige la prueba del error. Tal exigencia aparece consagrada en el art. 166, ord. 4.º, del C. de P. C. y Co. para la Provincia argentina de Santa Fe.

Francisco Silvio GENTILE<sup>465</sup> exige no solamente que el hecho deje de subsistir, sino que se haya creído verdadero, es decir, que se obró en estado de error y por lo tanto la prueba de las circunstancias y las razones que suscitaron en el confesante esa errónea convicción de que el hecho afirmado era verdadero. Menciona en este sentido cerca de diez sentencias de casación pronunciadas entre los años de 1950 a 1964 inclusive, y cita a D'ONOFRIO, quien le da eficacia a la declaración falsa voluntaria<sup>466</sup>.

Aurelio SCARDACCIONE dice que<sup>467</sup>, tanto el error como la violencia, exigen que la declaración falsa haya sido hecha involuntariamente. Y cita en este sentido a FURNO<sup>468</sup> y a diversa jurisprudencia italiana entre 1950 y 1954.

GENTILE Y SCARDACCIONE se basan en el actual texto legal italiano, art. 2732 del C. C., que dispone: "La confesión no puede ser revocada si no se prueba que fue determinada por error o por violencia."

Vincenzo PANUCCIO<sup>469</sup> acepta la doctrina y la jurisprudencia que exigen la prueba del estado subjetivo, no obstante definir el error como "divergencia entre la realidad declarada y la realidad efectiva; no ya divergencia entre la declaración y la voluntad de declarar" (considera la última irrelevante) y "como causa de disconformidad entre la declaración y la situación anterior", conceptos que equivalen a eliminar el elemento subjetivo. Al tratar de la revocación por dolo, la acepta únicamente cuando ha conducido a un error de hecho, porque "el interés en la verdad prevalece aquí sobre el interés en la libertad"<sup>470</sup>, criterio que bien podría aplicarse al caso del error, para aceptar como suficiente la prueba de la falsedad objetiva del hecho.

El profesor alemán Friedrich LENT adopta esta primera tesis, pues exige expresamente la prueba del elemento subjetivo; en su opinión, "la confesión es irrevocable si quien la formula tenía conocimiento de su falsedad"<sup>471</sup>.

CARNELUTTI adoptó el mismo criterio, al comentar el derogado art. 1360, párrafo segundo, del anterior Código italiano, y dijo que:

<sup>465</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, pág. 466.

<sup>466</sup> GENTILE: Ob. cit., págs. 471-472.

<sup>467</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, en "Unione Tipografico Editrice Torinese", colección *Giurisprudenza Sistemática Civile e Commerciale*, Torino, 1965, núm. 111, págs. 294-297.

<sup>468</sup> FURNO: *Confessione*, en "Encicl. del Diritto", Milano, 2961, t. VIII, página 905.

<sup>469</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, número 11, págs. 40-43.

<sup>470</sup> PANUCCIO: Ob. cit., pág. 46.

<sup>471</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, traduc. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, Morano Editores, 1962, 9ª ed., pág. 178.

“Lógicamente, se resuelve en la prueba de lo contrario del hecho confesado, y, además de ésta, en la prueba del error del confesante en torno al hecho mismo.”<sup>472</sup>

También Moacyr AMARAL SANTOS defiende esta tesis y exige la prueba de los dos elementos: el objetivo o la inexistencia del hecho y el subjetivo o la falsa opinión sobre el hecho<sup>473</sup>. Igualmente, el profesor chileno Mario CASARINO VITEBO<sup>474</sup>.

SEGUNDA TESIS: LA QUE CONSIDERA QUE ES SUFICIENTE CON PROBAR LA FALSEDAD OBJETIVA DEL HECHO CONFESADO. Esta tesis debería ser defendida por quienes son partidarios de la libertad del juez para valorar la confesión, porque tal libertad implica el negarle su eficacia probatoria siempre que en el proceso existan otros medios de prueba que lleven al juez al convencimiento de que el hecho confesado no es cierto. Hay evidente contradicción entre la libertad de apreciación y darle un valor de plena prueba a una confesión desvirtuada por otros medios, que le merecen al juez mayor credibilidad. Sin embargo, hasta el momento, salvo pocas excepciones, la doctrina contemporánea no ha adoptado una posición lógica en esta materia.

Ya hemos visto que existen algunos antecedentes legislativos favorables a esta tesis. Nosotros la acogemos sin la menor vacilación, porque consideramos que es una consecuencia necesaria de los modernos conceptos sobre la ampliación de las facultades del juez en la valoración de la prueba en general y sobre la naturaleza jurídica de la confesión judicial y extrajudicial. Creemos que la tesis que niega el retracto y la impugnación de la confesión hecha a sabiendas de su falsedad, y que exige la prueba de que se hizo creyéndola cierta, es decir, del error como elemento subjetivo, implica un regreso a la doctrina, completamente revaluada, del *animus confitendi* como intención de producir determinados efectos jurídicos (*cfr.*, núm. 152, *g*), y desconoce la naturaleza de simple declaración de ciencia o conocimiento, no de voluntad y mucho menos negocial, que según la casi unanimidad de los autores contemporáneos le corresponde a la confesión, sea que se la considere declaración de verdad o simple declaración de ciencia (*cfr.*, núm. 157, puntos 8º al 10º).

Hay una contradicción manifiesta en exigir la prueba de que no se tuvo la intención de declarar falsamente, para que el juez deje de otorgarle a la confesión pleno valor, y al mismo tiempo sostener que la confesión no requiere el ánimo de producir determinados efectos jurídicos y mucho menos de renunciar al derecho material o procesal de defensa, ni es un acto de voluntad para crear derechos u obligaciones para determinadas consecuencias jurídicas, sino, simplemente, una

472 CARNELUTTI: *Sistema*, Buenos Aires, Edit. Uteha, 1944, t. II, núm. 311.

473 AMARAL SANTOS: *Prova judicial no civil e comercial*, Sao Paulo, 1963, t. II, núm. 178, págs. 272-273.

474 CASARINO VITEBO: *Manual de derecho procesal*, Santiago, 1967, t. IV, pág. 191.

declaración mediante la cual se comunica al juez la ciencia personal de la parte, es decir, el conocimiento que ésta tiene sobre los hechos que interesan al proceso. Estos modernos conceptos conducen lógicamente a negarle todo mérito probatorio a la confesión, 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. Esta conclusión es evidente, aun manteniendo el sistema de la tarifa legal, pero considerando a la confesión como plena prueba de los hechos (siempre que reúna los requisitos necesarios para su existencia, validez y eficacia, que examinamos en los números 152 al 154), *mientras no se demuestre lo contrario por otros medios*. La tarifa legal no excluye los principios de la unidad y la comunidad de la prueba (*cfr.*, núm. 131), ni puede llevarse al extremo absurdo de declarar en sentencia como verdadero un hecho, a pesar de que en el proceso y por otros medios, sujetos también a la misma tarifa, se lleva al juez al convencimiento de su falsedad.

Si el derecho contemporáneo acepta que es irrelevante la voluntad de quien confiesa, respecto a los efectos jurídicos que quiso producir con su confesión, resulta jurídico exigir que el confesante pruebe cuál fue la voluntad que tuvo cuando declaró un hecho falso, a pesar de existir en el proceso la plena prueba de tal falsedad. Además esa exigencia equivale a imponer al confesante la prueba de que obró de buena fe al declarar el hecho inexistente, y esto significa presumir su mala fe o su dolo, con lo cual se desconoce el principio general de derecho que presume la buena fe y exige la prueba en contrario a quien tenga interés en impugnarla.

Creemos que cuando en la norma legal se habla simplemente de error de hecho, sin que exija expresamente la prueba de él, una vez demostrada la falsedad objetiva del hecho declarado, debe presumirse la buena fe del confesante <sup>475</sup>.

Y también consideramos que es aconsejable una reforma legislativa en el sentido de dejar al juez civil en libertad de apreciar el mérito probatorio de la confesión, o, al menos, de limitar su pleno valor al caso en que no existan en el proceso otras pruebas que demuestren lo contrario.

Naturalmente, cuando lo confesado está en oposición a un hecho notorio o a máximas generales de la experiencia o es metafísica o física o jurídicamente imposible, el juez debe negarle valor probatorio, sin necesidad de que el confesante reclame su revocación o retracto, porque le faltará entonces uno de los requisitos indispensables para su eficacia (*cfr.*, núm. 154 *i, j, k, l*).

Además, ese conocimiento o la ignorancia de la falsedad del hecho, es un factor puramente subjetivo, que pertenece al fuero interno del

<sup>475</sup> JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 375; PEDRO ARAGONESES ALONSO: *Técnica procesal*, 1955, pág. 507.

confesante, tan difícil de probar como el famoso *animus confitendi* con el cual en realidad se confunde, pero en ese sentido negativo (no haber tenido esa determinada intención de declarar falsamente o no haber conocido la verdad). Es antijurídico exigir tal prueba.

Por otra parte, como ya lo vimos (*cf.*, núm. 154 punto G), para que sea eficaz, la confesión debe tener causa y objetos lícitos, siendo ilícito éste cuando el acto está prohibido por la ley o es contrario al derecho público de la nación (C. C. colombiano, arts. 1519 y 1523) e ilícita la causa cuando el motivo que induce a ejecutarlo está prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público (C. C. colombiano, art. 1524). Cuando a sabiendas se confiesa un hecho falso, se persigue obtener una declaración judicial que reconozca como cierto y real un hecho que no lo es, por lo cual el acto tiene una causa ilícita: La intención de engañar al juez, de faltar al deber de veracidad y lealtad en el proceso, de perturbar el orden jurídico y la administración de justicia, amparados por el ordenamiento jurídico positivo de orden público, y, además, generalmente de defraudar a los terceros que en alguna forma sufran perjuicio con esa declaración judicial. Por consiguiente, consideramos que cuando el juez encuentre en el proceso la plena prueba de la falsedad objetiva del hecho y del dolo o mala fe del confesante, debe negarle valor probatorio a la confesión, en virtud de su ilicitud y consecuente nulidad, sin recurrir a la figura jurídica de la revocación o el retracto. De esta manera se corrige el defecto legislativo (que existe en algunos países, como Colombia), de exigir al confesante la prueba de la buena fe o de que su error fue excusable o inculpable, para el retracto de la confesión.

La jurisprudencia española, aceptada por Jaime GUASP<sup>476</sup> y Pedro ARAGONESES ALONSO<sup>477</sup>, exige que la confesión se aprecie conjuntamente con las demás pruebas allegadas al proceso, y niega que pueda tener preferencia sobre éstas. Esta doctrina lleva a la conclusión que nosotros adoptamos, esto es, a aceptar la plena prueba en contrario de lo confesado, sin exigir la prueba del elemento subjetivo, o desconocimiento de la falsedad.

Comentando el art. 1234 del C. C. español, que consagra la revocación únicamente por error de hecho, el profesor GUASP emite la siguiente opinión, que acogemos totalmente: "Según la norma citada, la confesión pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en *error de hecho*, con lo cual, en vez de referir la impugnación de la confesión a su inexactitud objetiva o falsedad, se vincula a la inexactitud subjetiva, o error, que desconoce, como tantas otras veces, la verdadera naturaleza de las declaraciones confesorias. Pero como sería teóricamente absurdo y prácticamente inconveniente admitir que una confesión falsa y no errónea no puede ser impugnada, y, a la inversa, que

<sup>476</sup> GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, edic. Instituto de Estudios Políticos, 1982, pág. 375.

<sup>477</sup> ARAGONESES: *Técnica procesal*, Madrid, Edit. Aguilar, 1955, pág. 507.

cabe atacar una confesión verdadera, pero declarada por error, la fórmula del C. C. debe ser rectificadada en el sentido de interpretarla dando al concepto de error no su sentido técnico de vicio de voluntad, sino su sentido, más amplio y vulgar, de pura discordancia con una realidad determinada”.

PRIETO CASTRO considera que a la confesión se debería otorgar solamente un valor subsidiario<sup>478</sup>, concepto que equivale al expuesto por GUASP y ARAGONESES.

PONTES DE MIRANDA dice, en el mismo sentido, que “el valor de las confesiones, propias o fictas, depende de la verosimilitud y coherencia con las demás pruebas de los autos”<sup>479</sup>.

GORPHE enseña, por su parte, que la revocabilidad de la confesión es un aspecto de su credibilidad<sup>480</sup>, con lo cual da a entender que debe aceptarse su revocación, siempre que se pierda su credibilidad como resultado de otras pruebas.

La voluntad del confesante, la intención que haya tenido al declarar, y, por lo tanto, los efectos jurídicos que haya podido perseguir, deben ser indiferentes e irrelevantes para determinar su valor como prueba, de la misma manera que lo son para la existencia jurídica de la confesión. Si lo segundo ha dejado de ser discutido, no entendemos cómo puede negarse lo primero, sin incurrir en flagrante contradicción.

LESSONA, siguiendo en esto a PESCATORE, acepta también la revocación de la confesión, cuando se hace para defraudar la ley o es simulada, a pesar de que el texto legal italiano vigente entonces sólo contemplaba el error de hecho, y cita en el mismo sentido una doctrina de la casación francesa del 7 de mayo de 1884<sup>481</sup>. Es interesante recordar sus palabras: “*El engaño en la ley y la simulación* advierte muy bien PESCATORE, permiten asimismo la revocación de la confesión... Así, pues, si A cita en juicio a B, y éste se confiesa deudor, siendo así que es donatario, la confesión de B es revocable. Está animada, en efecto, de una intención fraudulenta respecto a la ley, y no siendo lícito el abuso de la ley, y estando exceptuado siempre el caso de fraude, B puede probar una causa legal para revocar su confesión; empleará para conseguirlo una prueba que demuestre que su declaración no tiene de confesión más que las apariencias. Análogamente, no es confesión irrevocable la declaración de haber sido satisfecho, emitida por el acreedor ante la oficina recaudadora de contribuciones, para obtener la cancelación del crédito en la lista. El acreedor puede revocarla ante el deudor que quiera valerse de ella, invocando el ánimo fraudulento (cita sentencia de apelación de CASALIA, del 31 de diciembre de 1898). Lo

<sup>478</sup> PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1964, primera parte, pág. 424.

<sup>479</sup> PONTES DE MIRANDA: Ob. cit., t. III, pág. 363.

<sup>480</sup> GORPHE: *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, 1955, páginas 237-238.

<sup>481</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 592, págs. 579-580.



mismo se puede decir en el caso de confesión simulada, pero no en fraude a la ley”.

También NATOLI, FERRUCCI y MONTESANO consideran que la confesión hecha en fraude a la ley es absolutamente nula, porque incide necesariamente sobre derechos indisponibles<sup>482</sup>.

Claro está que si la ley le otorga al juez libertad para valorar la confesión y las demás pruebas, como debe estudiar en conjunto la masa probatoria, respetando los principios de la unidad de la prueba (*cfr.*, núm. 31, puntos *c* y *d*), prácticamente desaparece el principio de la irrevocabilidad o irretroactividad de la confesión, para sustituirlo por el de que sirve de prueba mientras no se demuestre lo contrario. Ni el juez ni las partes necesitan, por consiguiente, recurrir a ese instituto. Al confesante le bastará aportar la prueba contraria o alegar la que en este sentido haya producido su contraparte. Esta es la situación en el proceso penal desde hace mucho tiempo y la norma ideal para el civil contemporáneo. Creemos que esta solución se aplica en Argentina, para la justicia nacional (C. de P. C. y Co., art. 386).

El requisito de la prueba de la inculpabilidad del error, es absurdo y antijurídico; LESSONA lo rechazó<sup>483</sup> y ningún autor moderno lo exige.

Estimamos que la solución, para los países como Colombia, en donde se exige el error inculpable, consiste en declarar ineficaz la confesión, por ilícita, cuando esté plenamente probada su falsedad objetiva, si fue hecha a sabiendas (lo cual se presume en virtud de esos textos legales), de acuerdo con lo expuesto antes, y hablar de retracto o revocación sólo cuando se trate de error. Por otra parte, debe tenerse un criterio muy amplio respecto de la prueba del error inculpable o explicable, pues es suficiente que por las circunstancias probadas pueda presumirse su buena fe, como la acepta LESSONA como fundamento en la doctrina de la casación de Turín de 1896<sup>484</sup>. No es posible atribuirle eficacia de plena prueba a una confesión, cuando el juez esté convencido de su falsedad, por virtud de otros medios legalmente aportados al juicio. De esta manera se modernizará la doctrina jurídica sobre la confesión, mientras se produce una reforma legislativa. Esta solución es más necesaria en el proceso laboral. En lo penal, la prueba en contra de lo confesado es libre, en todos los países.

Con independencia también de su retracto, el juez debe negarle oficiosamente el valor probatorio a la confesión, cuando falta alguno de los requisitos necesarios para su existencia, validez o eficacia (*cfr.*,

<sup>482</sup> NATOLI y FERRUCCI: *Della tutela dei diritti. Trascrizione, Prove*, en “Commentario codice civile”, Torino, Edit. Utet, 1959, t. VI, pág. 381; MONTESANO: *Note sulla natura giuridica della confessione*, en “Giurisprudenza compl.”, 1948, t. III, pág. 144; citas de SCARDACCIONE: *Le prove*, cit., pág. 295.

<sup>483</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 594, pág. 282; GORPHE: *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, págs. 237-238; PONTES DE MIRANDA: *Comentarios al código de proceso civil*, ed. cit., t. III, página 363.

<sup>484</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 594, pág. 582.

núms. 152 a 154) y el confesante puede impugnarla libremente por tal motivo.

a) *Cuándo y cómo se reclama y prueba el error de hecho.* Los autores citados están de acuerdo en que no existe una fórmula especial para solicitar la revocación o el retracto de la confesión, siendo suficiente impugnar de cualquier manera su validez o eficacia probatoria, e inclusive aportar la prueba del error de hecho o invocar la que en el juicio exista. No hace falta ni siquiera que el confesante hable de revocación, rectificación o retracto. Este concepto nos parece obvio e indiscutible.

Si el Código de Procedimiento del respectivo país autoriza el trámite de un incidente especial para estos efectos, en el curso de éste deben aportarse las pruebas, a menos que existan ya en el proceso, pues entonces será suficiente hacer referencia a éstas e inclusive debe el juez considerarlas de oficio. En nuestro proceso civil colombiano y argentino para la nación, no se contempla este incidente, razón por la cual no es posible seguir esta vía. En Argentina el art. 423 del nuevo C. de P. C. y Co. para la justicia nacional, autoriza a negarle valor probatorio a la confesión cuando "se opusiere a las constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente"; por lo tanto, en este caso puede alegarse el retracto, sin necesidad de probar error; pero esta solución es general, conforme al art. 386 del mismo Código.

A falta de tal incidente, el confesante debe utilizar los términos ordinarios de prueba, en ambas instancias, para estos fines. Si en los sistemas procesales que restringen la recepción de prueba en la segunda instancia, como el conocimiento del error es posterior a la confesión, ésta tuvo lugar en la etapa probatoria de la primera instancia, debe permitirse la recepción y práctica de pruebas en la segunda, por ser un hecho nuevo; pero si la confesión se efectuó antes del término para pedir pruebas en la primera instancia (por ejemplo, porque se efectuó en posiciones previas al juicio o en otro anterior, o en la demanda, su contestación, el escrito de excepciones o su réplica), es indispensable utilizar este término para aportarlas y en la segunda instancia sólo será posible hacerlo cuando se presente alguno de los otros casos contemplados en la norma legal para su recepción. En Colombia, estas soluciones se aplican, sin ninguna dificultad, en virtud de lo dispuesto por el decreto legislativo 243 de 1951.

Por último, recordamos que, como enseña PANUCCIO, cuando la confesión es compleja o indivisible, para su revocación por error de hecho basta la prueba de la falsedad objetiva del otro hecho conexo con aquél y del error sobre el mismo, puesto que, impugnado con éxito el segundo, no puede subsistir la confesión respecto del primero, sin desconocer su indivisibilidad<sup>485</sup>.

<sup>485</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, ed. cit., págs. 41-42.

### 173. Otros problemas relacionados con la revocación o el retracto de la confesión

a) CASO DEL ERROR MOTIVADO POR UN LAPUSUS DE LENGUAJE ORAL O ESCRITO (ERROR OSTATIVO). Cuando por causa de un *lapsus* se confiesa un hecho que no se quiso declarar, se presenta una situación interesante. PANUCCIO<sup>486</sup> la estudia brevemente y recuerda que la doctrina no ha estado de acuerdo sobre este punto; algunos han considerado que tal confesión debe ser nula o inexistente siempre, con base en ciertos principios que regulan esta clase de error en el campo de los negocios jurídicos<sup>487</sup> y otros se han pronunciado en contra de tal opinión<sup>488</sup>.

PANUCCIO se declara partidario de la segunda tesis y hace esta distinción, que nosotros acogemos: si el hecho declarado existe o es cierto, aunque sea casual la coincidencia entre la realidad y la declaración, la revocación no procede, porque falta uno de los elementos indispensables para ella (la falta objetiva del hecho); en cambio, si el hecho declarado es inexistente, se presentan todos los requisitos para la revocación, porque se traduce en un error de hecho.

b) DOLO DE LA PARTE CONTRARIA O DE TERCEROS. Las normas legales que reglamentan la revocación o el retracto de la confesión, en los Códigos del pasado y del presente siglo, no incluyen por lo general el dolo de que sea víctima el confesante. Esta omisión está plenamente justificada, porque 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 (en este caso, la prueba del dolo servirá para establecer el elemento subjetivo del error y su calidad de inculpable o excusable, cuando, como sucede en Colombia, la norma legal exija tales circunstancias).

Para quienes aceptan los conceptos modernos sobre la voluntariedad de la confesión (eliminando la antigua exigencia del *animus confitendi* como intención de producir determinados efectos jurídicos) y su naturaleza como simple acto de ciencia, no de voluntad (*cfr.*, núms. 152 g y 157), es apenas obvio que el dolo no puede destruir el valor

<sup>486</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiciale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, páginas 43-44.

<sup>487</sup> G. STOLFI: *Teoría del negozio jurídico*, Padova, 1947, págs. 111-117, cita de PANUCCIO.

<sup>488</sup> PUGLIATTI-FALZEA: *Fatti giuridici*, Messina, 1945, págs. 73 y sigs.; BETTI: *Teoría generale del negozio jurídico*, Torino, 1950, págs. 414 y sigs.; CARIOTA FERRARA: *Il negozio jurídico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, págs. 495 y sigs.; SCOGNAMIGLIO: *Contributo alla teoría del negozio jurídico*, Napoli, 1956, págs. 218 y sigs.

probatorio del acto, si el hecho declarado no es objetivamente falso, porque desde este punto de vista la intención que haya tenido la parte al declarar y el motivo que la haya inducido a hacerlo resultan irrelevantes, mientras la confesión haya sido hecha voluntariamente. En cambio, quienes le reconocen a la confesión una naturaleza negocial o de acto unilateral de voluntad, obran lógicamente al otorgarle a ese dolo el efecto invalidativo que se le reconoce en materia de contratos y actos unilaterales de naturaleza sustancial, como vicio del consentimiento. Sin embargo, tales autores están por lo general de acuerdo en que, si a pesar del dolo sufrido por el confesante, el hecho corresponde a la realidad, no es procedente el retracto y la confesión debe producir sus normales efectos probatorios.

LESSONA dice que no obstante que la ley italiana vigente entonces hablaba solamente de error de hecho como causa de la revocación (la actual es igual en este punto), “indudablemente toda causa que vicia el consentimiento, como la violencia, el dolo, la alteración mental, vicia también la confesión, excepto siempre el error de derecho”<sup>489</sup>. Pero no explica los casos en que el dolo puede utilizar la revocación, ni vuelve a ocuparse del tema, por lo cual debe tenerse en cuenta que más adelante es muy claro al limitar el remedio de la revocación al caso en que “no sea cierto que la obligación exista... siempre que el confesante creyese lo contrario”<sup>490</sup>.

BONNIER expresa lo siguiente<sup>491</sup>: “La confesión que presenta una cierta analogía con el pago, puede retractarse, en principio, así como puede repetirse el pago por error, violencia o dolo”. Pero luego trata únicamente del error, de manera que esa pasajera referencia al dolo como causa para repetir el pago y la cierta analogía que encuentra entre los dos actos, no significa que lo acepte como causa para revocar la confesión, con prescindencia de la falsedad objetiva del hecho.

La doctrina contemporánea, en cambio, exige expresamente que exista la falsedad objetiva, y, por lo tanto, que el dolo conduzca al error de hecho. PANUCCIO acoge esta cita de MONTESANO: “Cuando el confesante ha dicho la verdad, no importa que haya sido inducido a ello por un engaño del adversario, porque el resultado es conforme a la justicia”<sup>492</sup>.

SCARDACCIONE dice que el dolo solamente influye en la validez (mejor hubiera sido hablar de eficacia) de la confesión, cuando determine en el confesante una representación del hecho declarado que, por

<sup>489</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 591, pág. 579.

<sup>490</sup> LESSONA: Ob. cit., t. I, núm. 593, pág. 581.

<sup>491</sup> BONNIER: *Tratado teórico y práctico de las pruebas*, ed. cit., t. I, número 355, pág. 564.

<sup>492</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1960, pág. 46.

lo tanto, lo haya conducido a un error de hecho; y cita en el mismo sentido a FURNO, a ANDRIOLI y a BUSNELLI<sup>493</sup>.

GENTILE justifica que en el actual Código italiano no se mencione el dolo entre las causas de la confesión, porque equivale a un error provocado por el engaño de otro, y recuerda que este mismo concepto fue aceptado por la doctrina durante la vigencia del Código anterior<sup>494</sup>.

Hugo ALSINA dice que el dolo afecta la validez de la confesión en cuanto "no es sino el error provocado"<sup>495</sup>. Le observamos, sin embargo, que en tal caso el dolo no invalida la confesión, sino que desvirtúa su eficacia y configura un motivo para su retracto.

PONTES DE MIRANDA incurre en la misma impropiedad de hablar de anulación de la confesión hecha por dolo, mediante acción directa<sup>496</sup>. AMARAL SANTOS<sup>497</sup> lo considera causa para su revocación, conforme a la norma expresa que en ese sentido consagra el art. 231 del C. C. brasileño.

Las citas anteriores son suficientes para respaldar nuestro parecer de que el dolo no vicia la confesión, ni es causa para su revocación o retracto, sino que apenas puede servir de motivo para que el confesante incurra en error de hecho. En este sentido debe entenderse cualquier norma legal que lo contemple como causa para su retracto o revocación.

En los casos de error y dolo en materia de confesión no es pertinente hablar de vicios de consentimiento, sino de motivos de falsedad, porque no se trata de un acto de voluntad, sino de una declaración de ciencia (*cf.*, núm. 157, tesis 9<sup>a</sup> y 10<sup>a</sup>).

En Colombia ningún texto legal incluye el dolo como causa para el retracto de la confesión, pues los arts. 1769 del C. C. y 606 del C. de P. C. se refieren únicamente al error. Las consideraciones anteriores se aplican perfectamente, por lo tanto, al sistema legal colombiano. Si además del error se prueba que el dolo de la otra parte o de un tercero fue la causa de la confesión, aquél aparecerá inculpable o explicable. Igual conclusión es aplicable en Venezuela y Argentina.

c) CASOS DE LA CONFESIÓN SIMULADA O FRAUDULENTE. Al tratar de la prueba del error de hecho, dijimos que no obstante que la ma-

<sup>493</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, Edit. Unione Tipografico Editrice Torinese, colección Giurisprudenza Sistemática Civile e Commerciale, 1965, núm. 111, pág. 295; FURNO: *Confessione*, en Enciclopedia del Diritto, Milano, 1961, t. VIII, página 905; ANDRIOLI: *Confessione*, en Nuoviss Dig. Italiano, Torino, 1959, t. IV, página 19; BUSNELLI: *La disciplina dei vizi del volere nella confessione e nel riconoscimento dei figli naturali*, en Rivista Trimestrale, 1959, págs. 1243-1246.

<sup>494</sup> GENTILE: *La prova civile*, Roma, Edit. Jandi Sapi, 1960, pág. 470; PESCATORE: *La lógica del diritto*, págs. 112-113; MATTIROLO: *Dir. pr. civ.*, t. II, número 737; LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 591; GIORGI: *Obbligazioni*, t. I, núm. 397; DETTORI: *Della confessione e del interrogatorio*, Sassari, 1877, págs. 60-61.

<sup>495</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal*, cit., t. II, pág. 232.

<sup>496</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao código de processo civil*, ed. cit., t. III, pág. 372.

<sup>497</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judiciaria*, cit., t. II, núm. 181, pág. 275.

yoría de los autores exigen que aparezca involuntario (elemento subjetivo del error), nosotros acogemos la tesis de PESCATORE, LESSONA y GUASP, quienes consideran que probada la simulación o el fraude, y, por lo tanto, la falsedad objetiva del hecho confesado, debe aceptarse su retracto, y que si por exigencia expresa de una norma legal (como ocurre en Colombia) no puede existir retracto cuando la confesión es falsa y se hace a sabiendas, esta circunstancia es suficiente para considerarla ineficaz, por tener una causa ilícita<sup>498</sup>.

Remitimos a nuestros lectores a lo dicho entonces (*cfr.*, núm. 172).

También Alberto G. SPOTA acepta la revocación de la confesión simulada y dice que "el error, si bien debe ser esencial, no requiere ni su excusabilidad ni que no hubiera sido reconocible por la otra parte"<sup>499</sup>.

Moacyr AMARAL SANTOS<sup>500</sup> opina que el caso de la simulación debe agregarse a los de error de hecho, el dolo y la violencia, como motivo para el retracto de la confesión.

d) CASO DE LA CONFESIÓN OBTENIDA POR VIOLENCIA FÍSICA, SICOLÓGICA O MORAL. Desde la abolición del tormento como medio legal para obtenerla, en el proceso penal, la doctrina europea y la americana han estado de acuerdo en negarle valor a la confesión obtenida mediante el empleo de la violencia física, moral o psicológica. Jurídicamente es absurdo otorgarle validez a una confesión hecha en esas circunstancias; por ese motivo incluimos entre los requisitos para que pueda existir confesión, la voluntariedad del acto y la ausencia de violencia que la destruya completamente, y entre los requisitos para su validez la ausencia de coacción que vicie su espontaneidad (*cfr.*, núms. 153-154).

Esos requisitos fundamentales para la existencia y la validez jurídica de la confesión fueron olvidados durante siglos, especialmente en el proceso penal, hasta la abolición del tormento como institución legal. Aun después de haber sido borrada esa ignominia de las legislaciones europeas y de haber quedado proscrita en las americanas, subsistieron al margen de la ley, hasta hace muy poco tiempo, recrudecidas bajo el imperio de las dictaduras modernas, ciertas prácticas policíacas brutales en los interrogatorios de sindicatos y sospechosos de crímenes o de subversión política, lo mismo que el empleo de drogas y de métodos refinados de coacción psicológica, que destruyen o alteran la personalidad, o por lo menos eliminan la libertad y espontaneidad de la declaración, viciándola, por lo tanto, de nulidad. Afortunadamente, en los últimos años se ha reaccionado contra esas formas disimuladas de tortura y esos métodos contrarios a la dignidad y libertad humanas. Estos métodos han sido muy usados por las policías de los Estados Unidos

<sup>498</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, cit., t. I, núm. 592; GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, pág. 375.

<sup>499</sup> SPOTA: *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1958 t. I, vol. 3, núm. 2154, pág. 879.

<sup>500</sup> ANABAL SANTOS: Ob. y ed. cit., t. II, núms. 186-187, págs. 278-279.

de Norteamérica, a pesar de las protestas de muchos juristas y de algunos jueces y tribunales, pero es de esperarse que la reciente doctrina de la Corte Suprema (*cf.*, núm. 153, punto b) sobre la nulidad de tales confesiones y condena absoluta de esas prácticas, les ponga fin de una vez por todas.

La doctrina y las legislaciones no han estado de acuerdo, en cambio, respecto a si la violencia en sus varias formas, es motivo de invalidez o de revocación o retracto de la confesión. Muchos autores la consideran nula y algunos inexistente, como vimos al estudiar sus requisitos (*cf.*, núms. 152 j y 153 b). Algunos Códigos y ciertos autores incluyen la violencia entre los motivos que permiten revocar la confesión.

La doctrina y la jurisprudencia italianas anteriores al actual Código consideraron generalmente la violencia como motivo para impugnar la confesión, a pesar de que el anterior Código (art. 1360) guardaba silencio sobre este vicio<sup>501</sup>. El art. 2732 del nuevo código la incluye, en cambio, al lado del error de hecho, como motivo de revocación, por lo cual los autores contemporáneos la estudian al tratar de este instituto y la jurisprudencia le reconoce esta condición<sup>502</sup>.

La actual ordenanza alemana contempla la revocación únicamente por error y la doctrina tampoco incluye la violencia para tal fin<sup>503</sup>.

El art. 231 del actual C. de Pr. C. del Brasil habla de retracto, por acción directa, cuando la confesión ha sido obtenida por dolo o violencia. PONTES DE MIRANDA la estudia como motivo de anulación<sup>504</sup>. En cambio, A. LOPES DA COSTA habla de ella como motivo de retracto<sup>505</sup>. MOACYR AMARAL SANTOS<sup>506</sup> opina que debe haber retracto siempre que la causa determinante de la voluntad sea de aquellas que impiden que se produzcan sus efectos jurídicos, como en los casos de error de hecho, violencia y dolo. En la violencia incluye tanto la física como la moral.

También en el proceso penal se admite el retracto de la confesión hecha por violencia o amenazas. Así lo reconoce CLARIÁ OLMEDO en su monumental *Tratado de Derecho Procesal Penal*, como también por error, dádivas o promesas cuando se trata de hechos físicamente impo-

<sup>501</sup> LESSONA: *Ob. cit.*, t. I, núm. 591; PANUCCIO: *Confessione stragiudiziale*, cit., núm. 11, n. 97.

<sup>502</sup> GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., págs. 469-470; SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., págs. 296-297; PANUCCIO: *Ob. cit.*, núm. 11, págs. 39-45.

<sup>503</sup> LENT: *Trattato del processo civile*, traduc. italiana, Napoli, 1962, página 180; ROSENBERG habla de impugnación por violencia: *Carga de la prueba*, Buenos Aires, 1956, núm. 18, pág. 235.

<sup>504</sup> PONTES DE MIRANDA: *Comentarios ao código de processo civil*, Edit. Revista Forense, 1958, t. III, pág. 372.

<sup>505</sup> LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Edit. Revista Forense, V. III, núm. 171, pág. 176.

<sup>506</sup> AMARAL SANTOS: *Prova judicial no civil e comercial*, Sao Paulo, Max Limonad, 1963, 3ª ed., t. II, núms. 168-169, págs. 258 y 275.

sibles<sup>507</sup>; en el último caso creemos que no se necesita el retracto para eliminar su valor probatorio, como lo vimos al tratar de los requisitos para su eficacia.

En España, el art. 1234 del C. C. sólo menciona el error como motivo de revocación y en ello está de acuerdo la doctrina<sup>508</sup>.

En el art. 1404 del C. C. venezolano limita también la revocación al error de hecho y la doctrina hace otro tanto<sup>509</sup>.

Lo mismo ocurre en el art. 402 del C. de P. C. de Chile.

Los Códigos Civil y de Procedimiento Civil colombiano (arts. 1769 y 606) limitan la revocación al error de hecho.

Los arts. 320 y 405 del C. de P. C. del Estado de México consagran la nulidad de la confesión por violencia.

Creemos que desde el punto de vista teórico, es decir, salvo norma legal en contrario, la violencia física, moral o psicológica debe considerarse como motivo para la invalidez e inclusive para la inexistencia de la confesión (lo segundo, cuando se destruye totalmente la voluntariedad del acto), y no como causa para retractarla o revocarla. De revocación o retracto debe hablarse únicamente cuando la confesión reúne los requisitos necesarios para su existencia y validez, pero se ha incurrido en error de hecho.

No se trata de una cuestión puramente académica, porque las consecuencias de una u otra tesis son muy importantes. En efecto, el retracto o la revocación exigen la prueba de la falsedad objetiva del hecho, mientras que para invalidar la confesión por violencia física, moral o psicológica, es suficiente la prueba de ésta, aun cuando el hecho confesado sea cierto<sup>510</sup>.

SCARDACCIONE dice que en la confesión judicial no se concibe la violencia física, debido a la presencia del juez<sup>511</sup>. Sin embargo, la confesión judicial puede producirse como resultado de perturbaciones psicológicas producidas por violencia aplicada antes con tal fin y por el temor de que se repita, en cuyo caso la prueba es nula. Además, la confesión judicial puede hacerse en memoriales firmados por la parte (por ejemplo, en los escritos de demanda y su contestación), en una situación de violencia, fuera del despacho judicial y sin la presencia del juez, y su autenticación por el secretario puede ser hecha en las condiciones expuestas, sin que dicho funcionario llegue a conocerla.

e) LA INCAPACIDAD DEL CONFESANTE. Tampoco es motivo de re-

<sup>507</sup> CLARÍ OLMEDO: *Tratado de derecho procesal penal*, cit., t. V, núm. 1223, págs. 110-111.

<sup>508</sup> JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, 1962, págs. 374-375; L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964 primera parte, pág. 425; SILVA ME- LERO dice que "toda confesión forzada o constreñida no es más que una apariencia de confesión": *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, pág. 195.

<sup>509</sup> HUMBERTO BELLO LOZANO: *Pruebas*, Caracas, Edit. Estrados, 1966, t. I, pág. 201.

<sup>510</sup> PANUCCIO: *La confessione stragiudiziale*, cit., págs. 41, 44 y 45.

<sup>511</sup> SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., pág. 112.



tracto de la confesión, sino de invalidez, 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 concurso (*cf.*, núm. 153 a).

El art. 1769 del C. C. colombiano dice que se admite la prueba en contrario cuando el confesante "no estaba en completo uso de sus sentidos al tiempo de rendirla"; pero en el C. de P. C. se corrigió ese error, y se dispuso que "para la validez de la confesión es indispensable, que quien la rinda se halle en uso de su razón y sea persona capaz de contraer la obligación de cuya comprobación se trata".

También en el anterior C. C. italiano se incluyó la incapacidad entre los motivos de revocación, pero, como hemos visto, el actual no lo hace. GENTILE dice, al respecto, que se trata de un motivo de ineficacia del acto<sup>512</sup>.

En los puntos anteriores vimos que los actuales códigos de Europa y América no consideran la incapacidad como causa de revocación o retracto de la confesión.

f) **RETRACTO DE LA CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA.** Es muy importante tener en cuenta que la confesión ficta o presunta (por rebeldía a comparecer para la absolución de posiciones o interrogatorio por el juez y a responder las preguntas y cuando la ley otorga ese valor al silencio del demandado respecto a los hechos alegados en la demanda o del actor sobre los contenidos en la contestación de aquél) admite libre prueba en contrario. Esto conduce a tres consecuencias: 1ª) que el factor subjetivo del error no tiene aplicación a estos casos; 2ª) que es suficiente la prueba de que el hecho que se presume confesado no es objetivamente cierto; 3ª) que no se trata de retractar o revocar la confesión, sino de desvirtuar esa presunción.

El art. 606 del C. de Pr. C. colombiano regula acertadamente este punto: "Contra la confesión presunta por declaración del juez, o por otra causa, se puede aducir plena prueba que la desvirtúe, practicada dentro de los respectivos términos probatorios del juicio".

En algunos procesos, si el demandado no se opone a la demanda, el juez dicta sentencia favorable al actor, siempre que se hayan cumplido los requisitos de forma y de documentos o pruebas anexas que allí mismo se exigen. En estos casos, como no existe término probatorio, el demandado carece de oportunidad para demostrar lo contrario; pero entonces se trata, no de confesión presunta, sino de *reconocimiento* tácito de los hechos y pretensiones del demandante o de *allanamiento* a la demanda (*cf.*, núm. 156).

Cuando la no contestación a la demanda o la falta de negación de uno de sus hechos, implica el darlo por admitido, sin que por esto deje de ahrirse a prueba el juicio, de oficio o a solicitud de parte, se tiene

<sup>512</sup> GENTILE: *La prova civile*, ed. cit., pág. 470.

un caso de admisión tácita general o particular de tales hechos y se diferencia del reconocimiento en que pueden discutirse las pretensiones del actor y hasta obtenerse sentencia absolutoria para el demandado. Tal es el caso que contemplan los arts. 142 y 143 del C. de P. C. y Co. para la Provincia Argentina de Santa Fe.

#### 174. Las posiciones

Como dijimos al comienzo de este capítulo (*cfr.*, núms. 148-150), en el proceso moderno resulta anacrónico, inconveniente o antijurídico el sistema formal de las posiciones como medio para el interrogatorio de las partes, por lo cual en la justicia civil, comercial y laboral de varios países se ha sustituido por el libre interrogatorio oficioso del juez o provocado por iniciativa del adversario, o se regulan ambos simultáneamente.

La estricta regulación legal de la forma como deben redactarse las preguntas, e inclusive de su número, constituye una limitación absurda de una de las principales fuentes de convicción que el juez puede tener en el proceso civil, comercial o laboral: el conocimiento o la ciencia de las partes sobre los hechos del litigio.

Examinaremos los varios aspectos que presenta esta interesante institución:

1º) **BREVES COMENTARIOS SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO Y SU REGULACIÓN EN LOS CÓDIGOS ACTUALES.** En el proceso romano-canónico se introdujo el juramento de la parte contraria, más como un medio de prueba, que como una manera de desatar el litigio, haciendo depender su suerte de la declaración de quien lo prestaba, es decir, en forma absolutamente indivisible y con valor pleno tanto sobre lo desfavorable al confesante como sobre lo que pudiera favorecerlo. El sistema fue adoptado por el derecho común en varios países europeos, pero su notoria inconveniencia hizo que, primero por costumbre judicial y luego por regulación legal, se introdujera el interrogatorio en posiciones, con la salvedad de estarse el preguntante solamente a aquello que de las respuestas pudiera favorecerlo.

Como ocurría con las *interrogationes* o *acciones interrogatorias* del proceso romano, las posiciones eran un modo de provocar la confesión del adversario<sup>513</sup>, o para investigar la verdad<sup>514</sup>.

Puede considerarse como un antecedente histórico de las actuales posiciones, el *interrogatio in iudicium*, es decir, en el curso del juicio, del procedimiento extraordinario del derecho romano<sup>515</sup>. Precisamen-

<sup>513</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1949, t. II, pág. 262.

<sup>514</sup> ALESSANDRO GIULIANI: *Il concetto di prova*, Milano, Edit. Giuffrè, 1961, pág. 169.

<sup>515</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cia. Argentina de Editores, 1942, t. II, pág. 243.

te, los doctores medievales se sirvieron del instrumento aceptado de origen romano, el interrogatorio, para elaborar el sistema de las *posiciones*<sup>516</sup>. Como enseña COUTURE<sup>517</sup>, las posiciones propiamente dichas fueron desconocidas en el derecho romano; fue en el período intermedio del derecho canónico, cuando se recogieron algunas prácticas procesales del derecho común medieval, primitivamente germánico, y mediante una lenta evolución, gracias a la obra de los jurisconsultos, se llegó a lo que hoy conocemos como posiciones, o juramento indeferido de la parte contraria.

En Italia fueron un antecedente las *interrogationes in jure* del antiguo derecho. Pero las posiciones, reforzadas con el valor coactivo de la *ficta confessio* "absorbieron y dejaron sin sentido las acciones interrogatorias que, desprovistas de esa considerable eficacia, quedaron en el futuro como un instrumento poco menos que inútil". Son dos institutos que tienen origen común, pero que luego "se destacan y cobraron vida independiente"<sup>518</sup>.

COUTURE explica breve y admirablemente las diferencias que existen entre los dos institutos<sup>519</sup>:

"a) *Históricamente*. No existe confusión posible entre ambos fenómenos: uno proviene del derecho romano, otro del derecho germánico y común. La subsistencia actual de ambos sólo se justifica por esos largos e inexplicables arrastres históricos que dan a ciertos fenómenos jurídicos una especie de sobrevida muy superior a la de su existencia normal.

"b) *Dogmáticamente*. Interrogación y posiciones, parten de dos supuestos antagónicos. La interrogación supone *las dudas* del actor, que no sabe a quién demandar. La posición supone *la certeza* del ponente, que no duda de lo que afirma y sólo aspira a que lo confirme el absolvente. A tal punto, que, como en el derecho inglés, la doctrina y la jurisprudencia consideran las posiciones como afirmaciones válidas del ponente (nos separamos en este punto del gran jurista uruguayo, pues creemos que esto sólo ocurre cuando la pregunta está redactada en forma de contener una indudable afirmación del preguntante, como vimos en el número 152, punto h).

"c) *Prácticamente*. Los resultados de ambos medios son antagónicos. Las posiciones tenidas por absueltas en rebeldía, suponen confesión. Se supone que el citado a absolver, consiente o confirma las proposiciones del ponente. En las interrogaciones, en cambio, nada puede darse por confirmado".

COUTURE hace allí mismas interesantes consideraciones acerca de la especial "declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad",

516 ALESSANDRO GIULIANI: *Il concetto di prova*, cit., pág. 170.

517 COUTURE: Ob. cit., pág. 268-269.

518 CASTELLARI, comentado a DURANTE, cita de COUTURE: Ob. cit., pág. 270.

519 COUTURE: Ob. cit., págs. 270-271.

previa a la demanda, que establece el Código uruguayo, no así el colombiano, y cuya naturaleza y fin son diferentes de las de las posiciones, a saber: despejar dudas sobre puntos que deben incidir en la adecuada conformación de la futura litis. Nosotros tenemos, en cambio, las posiciones previas al juicio (C. de Pr. C., art. 610, inc. 2º), que además de prestar la misma función que aquella declaración jurada, sirven para provocar la confesión sobre cualesquiera hechos que interesan al futuro proceso. En otros países, como Uruguay y Argentina, no se admiten esas posiciones previas. En Argentina se las considera como una "confesión provocada *en juicio* bajo juramento"<sup>520</sup>.

Según observa L. PRIETO CASTRO<sup>521</sup>, las posiciones "son el instrumento procesal que en los siglos medios se idea para traer al juicio el conocimiento de las partes sobre los hechos, provocando respuestas o contestaciones", con la garantía del juramento. Su origen se remonta al siglo XIII<sup>522</sup>. Los códigos aparecidos a raíz de la revolución francesa, entre ellos el francés y el italiano de 1865, consagraron como instituciones separadas, las posiciones o confesión provocada y el juramento, tal como aparecen en el proceso civil español (ley de enjuiciamiento de 1830 y posteriores de 1855 y 1881), del que pasaron a América latina.

En el procedimiento civil francés existían dos maneras de provocar la confesión, antes de la ley del 23 de mayo de 1942: el interrogatorio *sur faits et articles* y la comparecencia personal. El primero procedía a requerimiento de parte, sin juramento, con interrogatorio escrito previo que debía ser puesto en conocimiento del citado y calificado por el juez (art. 324); el segundo, a petición de parte o de oficio, sin interrogatorio previo; ambos podían ocurrir simultáneamente, en cuyo caso se formulaban las dos partes sus respectivas preguntas, siempre que el juez las considerara pertinentes (art. 324). El primero perdía en gran parte su utilidad, debido al previo conocimiento del cuestionario por el interrogado<sup>523</sup>. Pero la mencionada ley de 1942 suprimió el interrogatorio sobre hechos y artículos, debido a su notoria inutilidad<sup>524</sup>.

En Italia, el anterior Código procesal contemplaba únicamente la prueba por posiciones, equivalente al interrogatorio sobre hechos y artículos que antes existió en Francia; pero el nuevo Código introdujo, además, el libre interrogatorio por el juez, en cualquier estado del proceso.

En Austria y Alemania, las ordenanzas procesales civiles vigentes

<sup>520</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, pág. 242; C. de Pr. C., art. 125.

<sup>521</sup> PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1950, t. I, págs. 199-220.

<sup>522</sup> Puede consultarse el interesante estudio de ALESSANDRO GIULIANI: *Il concetto de prova, contributo alla logica giuridica*, Milano, Edit. Giuffrè, 1961, páginas 159-189.

<sup>523</sup> ALSINA: Ob. cit., t. II, págs. 244-245; JEAN SICARD: *La preuve en justice*, París, Edit. Comment Faire, 1960, pág. 198.

<sup>524</sup> JEAN SICARD: Ob. cit., pág. 199.

permiten el interrogatorio de las partes por el juez, de oficio o a solicitud de la contraria. Se permite el careo entre las partes y los testigos. La ordenanza alemana de 1887 desconocía las posiciones.

En España, existen actualmente las posiciones como único medio para interrogar a las partes, en el proceso civil (L. de E. C., arts. 580-587), pero se permite también el interrogatorio complementario mutuo, cuando el juez lo considere conveniente (*ibidem*, art. 588).

En los procesos civiles de América del Sur están, por lo general, consagradas las posiciones. Algunos, como el colombiano, limitan el número de preguntas, lo cual es injurídico e inconveniente: otros, como el venezolano, las permiten en número ilimitado. El colombiano también restringe la absolución a una vez antes del juicio, otra en el curso de la primera instancia y en el incidente de excepciones dilatorias (la reforma de 1951 las limitó en la segunda instancia a algunos casos especiales), mientras que en Venezuela se permite dos veces en la primera instancia y otra en la segunda, "a no ser que, después de absueltas las primeras posiciones, se aleguen en contra hechos o instrumentos nuevos, caso en el cual se podrán promover otra vez con referencia a los hechos o instrumentos otra vez aducidos". En Argentina, el nuevo C. de P. C. y Co. para la justicia nacional, autoriza a pedir posiciones una vez en cada instancia y en el incidente que se produzca antes de la contestación de la demanda (arts. 408 y 422); las partes pueden formularse, recíprocamente, en el curso de la diligencia, preguntas y observaciones, con autorización y por intermedio del juez (art. 415). Un sistema similar rige en la Provincia argentina de Santa Fe (C. de P. C. y Co., art. 165).

En el derecho contemporáneo prevalece la tendencia a sustituir las posiciones por el libre interrogatorio tanto del juez como de otra parte, con fines aclaratorios y con específicos fines probatorios, lo mismo en el procedimiento oral que en el escrito, pero más en aquél (*cfr.*, núms. 148-150).

La supervivencia del sistema anacrónico de las posiciones, que son una especie de fósil jurídico, conservado sin variaciones desde hace seis siglos, justifica el que PRIETO CASTRO pueda afirmar, con razón, que el ordenamiento legal para aportar a la causa el conocimiento de las partes, "la llamada confesión judicial en nuestro derecho (el español, similar en esto al colombiano), es hoy más imperfecto que en el siglo XIII", en la misma España<sup>525</sup>, como se aprecia en la partida tercera, título XIII, que consagraba el interrogatorio no formal de las partes, al lado del formal, en cualquier momento de la causa<sup>526</sup>. Esta reforma ha sido introducida en muchos países europeos (*cfr.*, núms. 148-150),

525 L. PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, ed. cit., t. I, pág. 197.

526 L. PRIETO CASTRO: *Ob. cit.*, t. I, págs. 205-208.

por ejemplo, Francia, Alemania, Austria, Rusia y varios del Este; en otros, como Italia, coinciden los dos institutos<sup>527</sup>. También en Argentina coinciden las posiciones y el interrogatorio informal (cita anterior).

2º) NATURALEZA JURÍDICA DE LAS POSICIONES. Las posiciones no son un medio de prueba, sino un instrumento para obtener la declaración de parte, en general, y su confesión, en particular. En los sistemas procesales que le reconocen el valor de prueba relativa e incompleta a la declaración de parte, favorable a sus intereses, las posiciones y el interrogatorio libre de ésta, contienen siempre una prueba; en los sistemas que, como el colombiano, no le reconocen tal mérito sino a la confesión (entendida en la forma indivisible que dejamos explicada, *cf.*, núm. 168), las posiciones pueden contener o no una prueba, según que de ellas aparezca o no una declaración desfavorable al absolvente.

3º) SOBRE QUÉ HECHOS DEBE VERSAR EL INTERROGATORIO. Algunos Códigos de procedimiento, como los de Colombia y Argentina (art. 610 del C. de P. C. colombiano y 411 del C. de P. C. y Co. para la justicia nacional argentina), hablan de “*hechos materia de la controversia*” o de “*puntos controvertidos*”. ¿Cuáles son esos hechos?

Creemos que los legisladores utilizan la palabra “*controversia*”, en el sentido de *litigio*, para referirse a los hechos que puedan tener alguna influencia en la decisión sobre la demanda y las excepciones. Se trata, por consiguiente, de los hechos *pertinentes*, que examinamos al estudiar la pertinencia de la prueba como uno de sus requisitos para su admisibilidad y eficacia (*cf.*, núm. 96). Como lo explicamos allí, para examinar la pertinencia de la prueba y del hecho, es indiferente que éste haya sido alegado o no en la demanda o como excepción y que exista o no controversia acerca de él.

El hecho alegado por ambas partes o por una y aceptado por la otra, queda probado en virtud de esa recíproca confesión o de su admisión; no necesita más pruebas, pero puede ser *objeto* de otras y forma parte del *tema* de prueba en ese proceso, a menos que la ley autorice al juez para rechazar en ese caso, y por innecesarios, los otros medios que se le propongan (*cf.*, núms. 44 y 156). El juez no puede rechazar una pregunta, porque el hecho haya sido admitido o confesado antes, pues sólo en la sentencia o cuando decida el incidente podrá calificar en definitiva el mérito de esa confesión o admisión.

El hecho no alegado en la demanda puede resultar ineficaz para la sentencia, pero únicamente si se trata de uno esencial, o principal, ya que los accesorios o circunstanciales no lo requieren<sup>528</sup>; por lo tanto, el juez no puede rechazar una pregunta porque el hecho sobre que versa no aparezca alegado en la demanda o en los escritos de excep-

<sup>527</sup> CAPPELLETTI: *La testimonianza della parte nel sistema della oralità*, Milano, Edit. Giuffrè, 1962, t. I, págs. 17-18, 25-28, 195-210, 267-268.

<sup>528</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. II, núms. 388 y 391, y t. V, número 724 g.

ciones, pues que la necesidad de tal requisito sólo podrá apreciarla en la sentencia.

Puede aceptarse como impertinencia del hecho preguntado, que autoriza a rechazar la pregunta, el caso de existir una prohibición legal de investigarlo, y el juez debe rechazar la pregunta si la diligencia fue decretada; si de la petición para que se ordenen las posiciones, se infiere que tiene por objeto provocar la confesión de un hecho de éstos, su rechazo es procedente. Si la ley no consagra, como requisito especial del acto de prueba la ausencia de prohibición legal, se tratará de un caso de inconducencia del medio (*cfr.*, núms. 95 y 98).

Quedan por examinar dos puntos en relación con los hechos susceptibles de posiciones: su carácter de personales, incluyendo en este concepto el conocimiento que se tenga de actos de terceros o de hechos naturales, y el requisito de que no sean hechos vergonzosos o criminales. El primero fue estudiado al tratar de los requisitos para la existencia de la confesión (*cfr.*, núm. 152).

Cuando se trata de posibles hechos criminales del absolvente, está bien que se rechace la pregunta en todos los casos, porque nadie puede ser obligado a declarar bajo juramento contra sí mismo, sobre hechos que puedan implicarle responsabilidad criminal. Lo mismo es si tales hechos se imputan a los parientes de que trate el texto legal que regule esta materia. Así lo dice el art. 613 del C. de P. C. colombiano, y el art. 444 del nuevo C. de P. C. y Co. argentino, para la justicia nacional, autoriza al testigo para rehusarse a contestar en estos casos, luego igual solución debe darse, por analogía, al problema que surja en la absolución de posiciones.

No sucede lo mismo con los hechos "vergonzosos"; respecto de éstos, creemos que es indispensable distinguir si sirven o no de presupuesto o fundamento a las pretensiones o excepciones de la parte contraria, porque en caso afirmativo deben admitirse las preguntas, ya que, de no ser así, se lesionaría el derecho a la prueba y se desconocerían los principios del interés público en la función de ésta y del objeto natural de los procedimientos (*cfr.*, núm. 31). Por ejemplo, si se trata de un juicio de divorcio o separación de cuerpos o bienes y la causal alegada por el actor es el adulterio de la mujer o el amancebamiento del marido, es apenas obvio que pueden formularse preguntas relacionadas con esos hechos; en un juicio de filiación natural paterna, donde se alegue como causal las relaciones sexuales entre la madre del actor y el presunto padre, son admisibles las preguntas referentes a esas relaciones o a las que aquélla haya tenido con otros hombres en el período legal de la concepción. Nos parece elemental que si la ley autoriza fundar una pretensión o excepción en un hecho vergonzoso, pero no criminal, la parte que lo invoca debe disponer de libertad para probarlo por confesión de su adversario. Con mayor razón se debe aceptar la pregunta cuando verse sobre el conocimiento que el absolvente tenga de un hecho criminal o vergonzoso de un tercero; nada impide que se

pregunte sobre el conocimiento del cual pueda resultar el absolvente civilmente responsable <sup>529</sup>.

Puede consultarse lo expuesto al tratar de las pruebas ilícitas y de la causa y el objeto lícitos de la confesión (*cf.*, núms. 137, punto *m*, y 154 *f*), y al tratar de la conducencia y utilidad de la prueba en general y de la eficacia de la confesión (*cf.*, núms. 95-97).

La confesión que se haga de un hecho vergonzoso o criminal, debe ser valorada por el juez en la sentencia, por lo cual la circunstancia de haberse admitido la pregunta no impide que en aquel momento se le niegue valor probatorio.

4ª) QUIÉN PUEDE SER CITADO A ABSOLVER POSICIONES; CUÁNDO PUEDEN ABSOLVERSE POR APODERADO O REPRESENTANTE. Hay que tener en cuenta, para la solución de este problema, la importante diferencia que existe entre el interés procesal para citar a posiciones o absolverlas y el interés sustancial para la pretensión o excepción en el futuro proceso. Se puede tener el primero y no el segundo; en cambio, quien tenga el interés sustancial para obrar o contradecir y la legitimación en la causa, necesariamente tiene el procesal para pedir o absolver las posiciones.

Cuando las posiciones se piden *en juicio* es necesario distinguir las varias clases de partes que pueden existir: principales iniciales, principales intervinientes, accesorios coadyuvantes, intervinientes incidentales. Es indudable que puede citarse a posiciones a todas las personas que tengan en el proceso la calidad de partes permanentes, sea desde su comienzo o por intervención posterior como principales, por denuncia o llamamiento o espontáneamente, o como simples coadyuvantes e intervinientes accesorios, porque éstos tienen también la calidad de litigantes o partes, desde el momento en que se acepta su intervención <sup>530</sup> (*cf.*, núms. 57-60).

En cambio, 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 secuestro o albacea, la oposición a la entrega o el secuestro de un bien, etc., y en manera alguna son litigantes en ese proceso, ni tienen legitimación para intervenir respecto de la *litis contestatio* que en él se ha trabado y que es materia del debate probatorio. Por consiguiente, estos intervinientes no pueden ser llamados a absolver posiciones en los términos de pruebas del juicio y tampoco en los especiales del respectivo incidente, cuando lo hay, a menos que una norma legal lo autorice (en Colombia no existe).

Los representantes legales de incapaces, gerentes, administradores, apoderados generales o especiales extrajudiciales y cualquier otro mandatario de una persona, pueden ser citados a absolver posiciones antes del juicio que se piense iniciar con su representado o en el curso

<sup>529</sup> JULIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Op. cit.*, págs. 128-129.

<sup>530</sup> DEVIS ECHANDÍA: *Tratado*, ed. cit., t. II, núms. 325 y 781, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 182-203.



del mismo, siempre que hayan sido llamados a éste en esa condición, mientras están en el ejercicio de sus funciones, pero únicamente en lo referente a contratos u otros actos en que, al tenor de sus facultades, estén autorizadas para obligar al representado o mandante, o sobre su conocimiento de actos de éstos. El apoderado judicial puede absolverlas si tiene autorización expresa del poderdante para confesar y así lo pide la parte que solicita las posiciones, pero la citación debe ser hecha a la parte representada, para que ésta resuelva si las absuelve o no personalmente.

Estas personas, pueden ser citadas a posiciones cuando y mientras tengan facultad legal o contractual para confesar (*cfr.*, núms. 152 b y 153 a). Los arts. 607 y 622 del C. de P. C. colombiano, el art. 405 del nuevo C. de P. C. y Co. argentino, para la justicia nacional, y el art. 158 del mismo C. para la Provincia argentina de Santa Fe, reglamentan este punto.

Si la parte que pide la diligencia advierte que las posiciones debe absolverlas personalmente el citado, es claro que éste no puede autorizar a su apoderado para que lo haga en su lugar. Si no lo advierte expresamente, debe suponerse que así debe ser, porque se trata de diligencia personal por naturaleza y el legislador ha querido que concurre el absolvente sin consejeros ni asesores, luego con mayor razón es inadmisibles que las absuelva en su nombre el apoderado. Esto puede ocurrir solamente cuando el peticionario lo autoriza, como lo dice el art. 405 del C. de P. C. y Co. argentino, que acabamos de citar. En Venezuela existe una regulación legal similar a la del proceso civil colombiano (citación personal, facultad especial para que el apoderado confiese y ausencia de norma que resuelva expresamente el punto); sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han exigido la absolución por la parte y no por el apoderado con facultades para ello, por ser un acto personal<sup>531</sup>.

Jean SICARD observa que el procedimiento "destinado a obtener una confesión judicial, es la comparecencia personal de las partes", como en el caso del abolido interrogatorio *sur faits et articles*, que equivalía a nuestras posiciones<sup>532</sup>. LESSONA dice sobre este punto: "Es obligación precisa del interrogado comparecer *personalmente*; se prohíbe, pues, y con justicia, toda comparecencia por mandatario"<sup>533</sup>. Esta es también la opinión de Hugo ALSINA, pues dice que la "absolución de posiciones debe efectuarse personalmente por quien tiene calidad de parte en el proceso o por su representante debidamente autorizado",

<sup>531</sup> BORJAN y FEO, citados por la Corte Superior del Trabajo de Venezuela, en fallo que menciona y acoge HUMBERTO BELLO LOZANO: *Crónica procesal*, Caracas, Edit. Estrados, 1965, págs. 315-316 y 323.

<sup>532</sup> SICARD: *La preuve en justice*, Paris, Edit. Comment Faire, 1960, número 265, pág. 198.

<sup>533</sup> LESSONA: *Teoría general de la prueba*, Madrid, Edit. Reus, 1928, t. I, número 541, pág. 531.

con lo cual excluye la absolució n por apoderado cuando la parte es capaz, aun cuando en la petició n no se haya exigido la comparecencia personal <sup>534</sup>. ALSINA se refiere al representante del incapaz (el padre o la madre en su defecto, el tutor o curador), como allí mismo explica. Más adelante comenta el artículo 136 del C. de Pr. C. para la provincia de Buenos Aires, que regula expresamente el caso en estos términos: "Si el interesado estuviese fuera del lugar en que se sigue el juicio, las posiciones serán absueltas por su apoderado, si estuviese facultado para ello y consintiese la parte contraria". Explica el ilustre maestro argentino, que el apoderado que ofrece absolver posiciones por su mandante, debe justificar la imposibilidad en que aquél se encuentra de concurrir personalmente si el ponente lo exigiere y que es indispensable, además, que aquél tenga facultad para ello y que éste lo consienta. "Si negare su consentimiento no está obligado a fundar su opinión, porque se trata de una facultad que la ley le acuerda" <sup>535</sup>.

Naturalmente, no basta con tener la calidad de parte permanente en el proceso, para que sea procedente su citació n a absolver posiciones personalmente. Como expusimos al tratar de los requisitos para la existencia y validez de la confesión, los incapaces absolutos siempre y los relativos por lo general, no pueden confesar válidamente y, por lo tanto, tampoco pueden ser llamados a absolver posiciones; si las absuelven, la diligencia y la posible confesión que en ella se produjere, serán nulas (la confesión sería inexistente si se tratara de un incapaz absoluto).

Los incapaces relativos (menores, adultos, quebrados, concursados, interdictos) pueden confesar válidamente en ciertos casos (*cfr.*, núm. 153 a); luego también se les puede llamar a posiciones respecto de esos hechos, especificándolo así en la petició n, para que el juez tenga conocimiento de causa al decretarlas. Al efectuarse la diligencia, el juez podrá rechazar, por impertinentes, las preguntas que se refieran a hechos distintos, aunque sean personales y puedan influir en el litigio.

Las posiciones dentro de juicio se piden únicamente a la parte contraria. Por consiguiente, el litisconsorte inicial o por intervenció n, no puede pedir las a sus litisconsortes, y el interviniente adhesivo o coadyuvante tampoco a su coadyuvado, sino a quienes forman la parte adversaria. El interviniente *ad excludendum*, que concurre para hacer valer su derecho en oposició n tanto al demandante como al demandado, puede exigir posiciones a ambos, porque, como lo advierte ALSINA <sup>536</sup>, "los dos son sus adversarios en la litis".

5ª) CÓMO DEBEN REDACTARSE LAS PREGUNTAS. Las preguntas deben ser claras o inteligibles, para que el absolvente sepa ciertamente qué

<sup>534</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, págs. 250-253.

<sup>535</sup> ALSINA: *Ob. cit.*, t. II, págs. 252-253.

<sup>536</sup> ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, pág. 250.

es lo preguntado. Son inadmisibles las capciosas o equívocas<sup>537</sup>. La confesión debe ser espontánea y no el resultado de trampas ni de posteriores interpretaciones del sentido o alcance de preguntas elaboradas sin lealtad procesal. Y deben redactarse inquiriendo del absolvente si es o no cierto el hecho, para que éste pueda responder también, simplemente, "es cierto" o "no es cierto". Tal es el claro mandato legislativo que contienen los artículos 613 del C. de P. C. colombiano y 411 del nuevo C. de P. C. y Co. argentino, para la justicia nacional. Es éste uno de los principales defectos del sistema porque se impide investigar adecuadamente el conocimiento que las partes tengan sobre los hechos del litigio (*cfr.*, núm. 150).

En virtud de estas desafortunadas normas (que en realidad corresponden al sistema de las posiciones, tal como lo heredamos del derecho común de la Edad Media), no se le puede preguntar a una parte qué día ejecutó cierto acto, sino "si es cierto que ese día lo celebró". Cuando el preguntante no conozca con exactitud el hecho, pero sí el absolvente, estará imposibilitado aquél para afirmarlo en la pregunta, pero podrá redactarla de una o varias maneras (pueden formularse varias sobre un mismo hecho) para tratar de obtener la confesión en la que resulte acertada (por este motivo negamos que siempre exista confesión en las preguntas, a menos que una norma legal diga lo contrario, lo cual consideramos un error legislativo (*cfr.*, núm. 152 h)).

Por último, cada pregunta debe referirse a un solo hecho, pero debe atenderse a la unidad jurídica, y no simplemente física, del hecho. Si la pregunta comprende varios, el juez debe dividirla en forma que cada parte cumpla este requisito, y se cuentan por separado para el efecto del límite legal, cuando su número está fijado en la ley (como ocurre en el C. de P. C. colombiano). Pero si por error el juez admite una pregunta compleja, sobre varios hechos, o si admite más preguntas de las autorizadas en la ley, la confesión que en la respuesta se haga tendrá el mismo valor que si no hubiera dividido y limitado su número como ordena la ley.

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<sup>538</sup>.

Cuando el juez rechaza alguna pregunta, ésta no se cuenta para determinar el límite que establezca la ley, porque la finalidad de este texto consiste en impedir que el absolvente se vea obligado a responder más de ese número.

6<sup>a</sup>) CUÁNDO PUEDE DECIRSE QUE QUIEN PREGUNTA CONFIESA. Cuando la ley dice que la pregunta implica la confesión, admisión o recono-

<sup>537</sup> ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. cit., pág. 183, y *De la prueba en derecho*, 1967, pág. 310.

<sup>538</sup> ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. cit., pág. 184, y *De la prueba en derecho*, ed. cit., pág. 94.

cimiento del hecho preguntado, el problema queda resuelto. Pero en ausencia de texto legal (como ocurre en Colombia), creemos que 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 responda, si es o no cierto, el hecho preguntado, como lo explicamos al estudiar los requisitos para la existencia de la confesión y especialmente el de ser expresa y terminante (*cfr.*, núm. 152, *h*). Allí se puede consultar también la opinión de otros autores.

Por ejemplo, creemos que no hay confesión en preguntas como ésta: "Diga usted, si es cierto o no que en tal fecha celebramos un contrato de compraventa de cien cargas de café."

Algunas legislaciones establecen como norma general el valor de confesión para las preguntas formuladas en las posiciones, como ocurre en la Argentina en el Código de la Capital Federal<sup>539</sup> y en el nuevo C. de P. C. y Co. para la justicia nacional (art. 411).

Quienes sostienen todavía que para que haya confesión es indispensable el *animus confitendi* como intención específica de reconocer el derecho del adversario o de suministrarle una prueba o de renunciar al propio derecho sustancial o al procesal de defensa, lógicamente deben excluirla de los interrogatorios en las posiciones, cuando no contengan expresamente una personal afirmación o negación del hecho, salvo que haya norma legal en contrario. A la misma conclusión se llega si se exige simplemente el requisito de que toda confesión debe ser expresa y terminante.

7ª) EFECTOS JURÍDICOS DE LA CITACIÓN. Según lo explicamos al tratar de la noción de carga en el derecho moderno (*cfr.*, núm. 126), la citación para absolver posiciones y reconocer o rechazar documentos, impone una carga procesal y no una obligación o deber de comparecer, a menos que por ley deba conducirse al citado por la fuerza para que de todas maneras se surta la diligencia, o se le comine con multas, arresto u otra sanción. Como lo último no ocurre en los procesos civiles y laborales, es indudable que se trata de una simple carga de comparecer, que el citado puede abstenerse de satisfacer, sometiéndose a las consecuencias de la declaración de confeso, que no constituye una sanción.

8ª) CONSECUENCIAS DE NO COMPARECER O PERMANECER EN SU CASA, PARA LA DILIGENCIA; 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 diligencia, en el día y la hora señalados. El incumplimiento de esa carga trae la consecuencia de que se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles.

<sup>539</sup> TOMÁS JOFRÉ: *Manual de procedimiento civil y penal*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1942, 5ª ed., t. II, pág. 258, cita de ROCHA: *De la prueba en derecho*, cit., pág. 94; HUGO ALSINA: *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 257 y n. 114.

Los hechos favorecidos por la presunción de ser ciertos, pueden desvirtuarse mediante libre prueba en contrario, sin necesidad de argüir y demostrar error ni elemento subjetivo de ninguna clase. No se trata de revocar o retractar la confesión, sino de probar en contrario de una presunción judicial.

La carga de la prueba queda, por tanto, sobre el citado, ya que debe desvirtuar la presunción de ser ciertos esos hechos.

Algunos Códigos permiten que el citado pruebe una causa justificativa de su no concurrencia a absolver las posiciones, y en tal caso se le señala nuevo día y hora para la diligencia. Es una medida conveniente y justa. Así lo dispone el art. 619 del C. de P. C. colombiano.

Para estos efectos, la fuerza mayor o el caso fortuito deben entenderse con mucha amplitud y no con el rigor que tienen en materia contractual. Como vimos en otro lugar (*cf.*, núm. 91), la regla general que exige la plena prueba y, por lo tanto, la absoluta convicción del juez para declarar cierto un hecho, sufre atenuaciones, para determinadas materias incidentales o de previo pronunciamiento, como ésta; entonces no se exige que el juez tenga certeza sobre el hecho y basta que le parezca verosímil. Es lo que Friedrich LENT llama *atendibilidad* de la prueba<sup>540</sup>. CHIOVENDA sostiene la misma tesis y se refiere expresamente a la fuerza mayor justificativa y al impedimento legítimo justificado, como el de no haber comparecido<sup>541</sup>. También la doctrina española distingue “la prueba *strictu sensu*, y la justificación”<sup>542</sup>.

El mismo criterio debe aplicarse para los casos de restitución de términos o de no haberse practicado sin culpa una prueba en la primera instancia para que se permita recibirla en la segunda.

En Italia, conforme al nuevo Código de Procedimiento Civil (artículo 232), la falta de comparecencia del citado o su negativa a responder no produce la automática aplicación de la confesión ficta o presunta, como sucedía bajo el antiguo Código (art. 218), sino que, según enseña MICHELI<sup>543</sup>, “al juez se le reconoce el poder de valorar la conducta del interrogado a la luz de los restantes elementos de prueba”, pudiendo considerar o no como admitidos los hechos del interrogatorio, según la valoración de los demás elementos probatorios. Se aplica a estos casos el criterio general que consagra el art. 116 del mismo Código actual, que permite configurar el comportamiento de las partes como “fuente de prueba”, esto es, que “dicha conducta vale como elemento

<sup>540</sup> LENT: *Trattato del processo civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCI, Napoli, Morano Editores, 1962, pág. 197.

<sup>541</sup> CHIOVENDA: *Principios en derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Reus, 1941, t. II, núm. 59, pág. 282.

<sup>542</sup> DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1954, t. I, pág. 464; L. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1964, parte general, pág. 396-397; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1959, pág. 336.

<sup>543</sup> MICHELI: *Carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejca, 1961, núm. 23, pág. 153, n. 152.

instructorio, como indicio, apto para formar la convicción del juez, siendo siempre posible, por consiguiente, que el no comparecido aduzca pruebas en contrario”.

El sistema italiano se diferencia del colombiano y argentino, en que, a pesar de faltar la prueba plena en contrario, el juez puede abstenerse de considerar como admitidos y ciertos los hechos del interrogatorio, si comparados con los demás elementos probatorios del juicio no le parecen creíbles. Tienen de común los dos sistemas, que el citado puede desvirtuar la confesión ficta, mediante la prueba en contrario.

9ª) EL JURAMENTO DEL ABSOLVENTE. Estudiamos por separado el *requisito legal del juramento*, por tener una importancia especial.

Se trata de un requisito característico del interrogatorio formal de las partes y específicamente de las posiciones, motivo por el cual se encuentra en todos los Códigos que las consagran. Si se omite el juramento, ¿es válida o nula la diligencia y la confesión que contenga?

La respuesta depende de si se considera el juramento como un requisito esencial del acto o una simple formalidad para darle mayor seriedad y estimular al absolvente para que diga la verdad. Nosotros acogemos la segunda apreciación, porque creemos que se trata simplemente de una especie de estímulo religioso y de coacción psicológica, por el temor a la sanción del perjurio. Cuando se omite el juramento hay mayor espontaneidad en la confesión, por lo que lejos de parecernos un motivo de nulidad o ineficacia, lo consideramos una informalidad secundaria e inocua.

Si hay confesión en las manifestaciones hechas al juez en memoriales, como el de demanda o su contestación y el de excepciones o su respuesta, no hay razón lógica ni jurídica para negarle valor a la libre confesión hecha sin juramento, en unas posiciones. La única diferencia está en la ausencia del delito de perjurio, si hay falsedad en la declaración.

La misma opinión expone COUTURE<sup>544</sup>, quien con muy buen criterio dice: “No es necesaria ninguna presión externa, porque la decisión no admite más de dos supuestos: o se declara de acuerdo con el interés, y entonces se afronta la responsabilidad, o se declara en contra del interés y en ese caso toda coacción es innecesaria. El juramento como requisito previo, carece de sentido.” Y agrega: “Cuando se comienza a absolver posiciones previo juramento de decir verdad, el valor del juramento pasa desapercibido y no influye en el proyecto de las futuras respuestas ni en el cálculo de valores de las premisas lógicas de la decisión. En un sentido práctico puede afirmarse que ni acentúa la premisa responsabilidad ni enriquece los valores de la verdad.” Y más adelante dice: “Las soluciones que han privado de validez a tal confesión o las que admiten la confesión ficta, no son ni muy fundadas

<sup>544</sup> COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1949, págs. 290-292.

ni muy convenientes"; afirma que el derecho moderno debe prescindir de esa formalidad, y concluye: "Es por estos motivos que consideramos que no es nula la prueba de posiciones en la que se ha omitido el juramento previo. La inexistencia de una disposición que sancione esa nulidad, bastaría por sí sola para conducir a la solución expuesta. Pero a esa circunstancia debe agregarse la de que el juramento no es de la esencia de la confesión. Por el contrario, tal como hemos tratado de demostrarlo, es, en buena medida, una forma incompatible como la confesión misma. La prescindencia del juramento no priva a la confesión de ninguno de sus elementos propios, ni altera el significado que a la misma corresponde en el sistema de la prueba."

Compartimos en un todo estos conceptos de COUTURE. La confesión judicial sin juramento es más espontánea y, por lo tanto, da mayor mérito probatorio que la jurada (*cfr.*, núm. 153, b).

En Venezuela, Pedro PINEDA LEÓN sostiene la misma tesis que COUTURE y nosotros, pues dice expresamente que la falta de juramento no invalida las posiciones <sup>545</sup>.

10<sup>a</sup>) CÓMO SE DEBE RESPONDER A LAS PREGUNTAS. En el sistema de las posiciones, así como se exige al peticionario que redacte las preguntas de modo que puedan contestarse diciendo, simplemente, si es o no cierto el hecho respectivo, y que las limite a hechos personales o al conocimiento personal de otros hechos, también se exige al absolvente contestar categóricamente, de manera afirmativa o negativa, es decir, aceptando o negando que lo preguntado sea cierto.

Cuando lo preguntado es si al absolvente le consta o si conoce un hecho natural o un acto de tercero, su negativa se referirá a su conocimiento personal de tal hecho o acto, con independencia de que éste haya ocurrido o no, de manera que no implica la negación del hecho; pero con esto deja a su contraparte la carga de probarlo, cuando le correspondía con prescindencia de la confesión. En cambio, si el absolvente acepta que conoce o le consta el hecho contenido en la pregunta, su declaración lo prueba, si le es desfavorable o favorece a su adversario, porque tiene el valor de confesión, siempre que se reúnan los requisitos para su existencia, validez y eficacia, a menos que la ley exija otro medio especial.

11<sup>a</sup>) CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA A RESPONDER O DE HACERLO EVASIVAMENTE; SEGUNDO CASO DE CONFESIÓN FICTA O PRESUNTA. En primer lugar examinaremos cuál es la naturaleza jurídica de la exigencia que la ley le hace al absolvente, para que conteste en forma precisa o categórica si es o no cierto el hecho preguntado. A primera vista puede parecer que se trata de un deber procesal, pero examinada más detenidamente, no queda duda acerca de que se trata de una *carga procesal*, idéntica a la de comparecer al despacho judicial o permanecer en

<sup>545</sup> PEDRO PINEDA LEÓN: *Lecciones elementales de derecho procesal civil*, Mérida, 1954, t. I, pág. 168.

la casa de habitación para la diligencia, en el día y la hora señalados. En ambos casos la parte tiene la libertad jurídica de no satisfacer la carga y de someterse a las consecuencias previstas para ese evento en la misma ley: la declaración judicial de confesión ficta o presunta, es decir, de tenerse por presumidos los hechos contenidos en las preguntas admisibles y que no excedan en número del límite señalado por el legislador. No se trata de una sanción, sino de una consecuencia desfavorable que el citado a posiciones puede asumir o evitar; lo segundo ejercitando su derecho de defensa, para lo cual le basta concurrir y negar los hechos que no sean ciertos (C. de P. C. colombiano, art. 617; C. de P. C. y Co. argentino, para la justicia nacional, art. 417; C. de P. C. venezolano, art. 298).

La ausencia o el silencio de la parte citada a posiciones, se considera una confesión implícita de los hechos contenidos en esas preguntas; la renuencia a contestar categóricamente produce el mismo efecto, cuando se manifiesta. Pero el absolvente puede desvirtuarlos probando libremente en contrario, es decir, llevando al juez el convencimiento de la realidad objetiva que los excluye, sin necesidad de probar error, dolo, violencia, ni vicio alguno de consentimiento. No se trata, pues, de revocar o retractar la confesión, sino de impugnarla o de desvirtuar la presunción de ser ciertos esos hechos. Cuando la renuencia a dar respuesta precisa no es manifiesta, se tiene como indicio más o menos grave de la verdad del hecho preguntado, según los otros medios de prueba que existan en el expediente.

Cuando se presenta esta negativa a responder categóricamente, para la declaración de confeso o para asignarle el mérito de indicio más o menos grave, no se tramita incidente alguno ni hay lugar a debate probatorio especial. La valoración del mérito de esa negativa a contestar o de esa renuencia a hacerlo en forma más precisa o categórica, se hace en la sentencia (o en el fallo de las excepciones previas cuando se autorizan a pedir las en el incidente). Se tienen en cuenta las pruebas allegadas al proceso en sus términos y oportunidades normales, para fijar el valor probatorio de tal circunstancia; porque si aparece una plena prueba en contrario el juez debe darle prelación a ésta, puesto que se trata de una simple presunción, que impone al absolvente la carga de probar el hecho contrario, para no sufrir las consecuencias desfavorables del hecho presumido.

Si el juez no está seguro de que se trata de renuencia intencional a responder categóricamente, aun cuando no aparezca prueba en contrario, debe negarse a reconocer como cierto el hecho preguntado, por no parecerle creíble o por no existir una adecuada concordancia con los demás hechos que resulten demostrados, ya que entonces no está en presencia de una confesión presunta, sino de un simple indicio, que debe valorarse con entera libertad.

El carácter de evasiva de una respuesta es muy fácil de apreciar, porque lo tendrá siempre que el interrogado se niegue a decir si el



hecho preguntado es o no cierto, limitándose a dar explicaciones o a narrar circunstancias que no constituyen negación ni afirmación de tal hecho. Es inconducente la respuesta que comprende hechos diferentes y sin conexión con el preguntado. Muy difícil es, en cambio, conocer si la renuencia es *manifiesta*; 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 hace falta que sea verdadera imposibilidad) de saber con certeza si lo preguntado es o no cierto. Creemos que en caso de duda debe resolverse el punto en favor del absolvente. Es decir, que para declarar que existe una confesión presunta, es indispensable que el juez tenga la certeza de que era posible la respuesta categórica.

Es indispensable tener en cuenta que si el absolvente contesta diciendo que "no es cierto" o "sí es cierto" lo preguntado, pero le agraga aclaraciones y adiciones de cualquier clase e inclusive que estén en contradicción con esa negación o aceptación, para lo cual tiene perfecto derecho, la respuesta no puede considerarse como evasiva y le correspondrá al juez, cuando dicte sentencia o resuelva el incidente, según el caso, 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 (*cfr.*, núms. 167 y 168).

12ª) APRECIACIÓN DE LAS POSICIONES. Para la debida apreciación de las posiciones deben aplicarse, por una parte, las normas sobre la indivisibilidad de la confesión calificada y la divisibilidad de las declaraciones compuestas, y, por otra parte, los principios sobre valoración de la prueba (*cfr.*, núms. 75-89 y 167-168). Se trata de una actividad fundamental del juez y las partes apenas tienen el carácter de colaboradores cuando le presentan sus puntos de vista (*cfr.*, núm. 79).

Si para la valoración de las diversas pruebas aportadas al proceso es indispensable tomarlas en su conjunto (*cfr.*, núm. 82), a fin de apreciarlas como un todo, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos de convicción aportados a cada proceso y éstos deben estudiarse comparativamente, sea que resulten favorables o desfavorables a cada hecho, para luego analizar de modo global los diversos hechos y obtener la síntesis final, con mayor razón es indispensable ese estudio de conjunto y la apreciación comparativa de las diversas respuestas al pliego de posiciones.

Todo lo que dice el absolvente a lo largo del interrogatorio, se refleja sobre cada una de las preguntas y respuestas. Son aclaraciones, adiciones o rectificaciones de cada hecho confesado, no solamente lo expuesto sobre el mismo en la respuesta donde aparece esa confesión, sino en todas las demás. Lo contrario sería dividir arbitrariamente la declaración seccionándola como si se tratara de actos jurídicos separados o independientes, lo cual no cabe en la lógica más elemental.

En el mismo sentido dice Antonio ROCHA, que de acuerdo con juris-

prudencia de la Corte Suprema colombiana, que allí cita, "es menester apreciar las posiciones en conjunto, como si fueran cláusulas contractuales"<sup>546</sup>. También para Rafael DE PINA<sup>547</sup>, la confesión se constituye de todas sus partes, que son condiciones recíprocas unas de otras.

El juez debe leer y releer las posiciones, comparando cuidadosamente preguntas y respuestas, pues, como dice GORPHE, es un error atenerse a la primera impresión que producen los hechos, porque "la experiencia demuestra que no cabe coordinarlos convenientemente la primera vez que se perciben"<sup>548</sup>. Este examen es fundamentalmente psicológico. Debe estudiarse la personalidad del absolvente, su cultura, sus facultades intelectuales, su edad, el estado emocional en que absolvió el interrogatorio, de todo lo cual es conveniente dejar constancia por el juez en el acta, sea que la absolución ocurra en audiencia, o que se verifique en forma más o menos privada, como en nuestro proceso civil, para que el juez superior conozca esas circunstancias al revisar la sentencia. Nada impide que antes de iniciar el interrogatorio, el juez civil haga un breve examen del absolvente, para dejar constancia en el acta, de esos importantes detalles, y sería muy conveniente que lo hiciera.

La confesión es un acto de parte y es imposible separarla del sujeto que la hace. Esto es más necesario para la interpretación de las respuestas vagas o indecisas o que parezcan evasivas y para la valoración de la renuencia a contestar categóricamente, lo mismo que para apreciar el sentido de las adiciones, aclaraciones o rectificaciones y sus efectos respecto al problema de la indivisibilidad de la confesión.

## 175. La confesión extrajudicial y sus problemas

Sobre la confesión extrajudicial hemos tratado en varios de los puntos desarrollados en este capítulo (*cfr.*, núms. 152, *k*; 154, *n*; 155; 159; 166; 167), por lo cual haremos únicamente un resumen de la materia, para su mejor sistematización.

a) CUÁNDO EXISTE CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL. Suele decirse que es confesión extrajudicial la que no reúne los requisitos para tener el carácter de judicial. Teóricamente, para que sea judicial una confesión basta que se haga a un juez en ejercicio de sus funciones; la competencia de éste para el litigio sobre el hecho confesado y la circunstancia de que ocurra en el mismo proceso donde se aduce como prueba y no en otro anterior o que cursa simultáneamente, no son requisitos esenciales para que sea judicial, y requieren expresa disposición legal.

<sup>546</sup> ROCHA: *Derecho probatorio*, ed. cit., pág. 184, y *De la prueba en derecho*, ed. cit., pág. 94; Corte, 9 noviembre 1939, *Gaceta*, t. XLVIII, núm. 1951, pág. 867 y siguientes.

<sup>547</sup> RAFAEL DE PINA: *Tratado de las pruebas*, México, pág. 133.

<sup>548</sup> GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, pág. 53.

Desde un punto de vista puramente teórico, confesión extrajudicial es la *que no se hace a un juez en ejercicio de sus funciones*.

Sin embargo, algunos Códigos exigen la competencia del juez, para que sea judicial. En tal caso, la definición de la confesión extrajudicial debe adicionarse así: la que no se hace a un juez competente para el proceso en donde se aduzca como prueba.

Otros Códigos exigen, para la judicial, que se haga en el mismo proceso. La definición de la extrajudicial varía, por lo tanto, en cada caso. Pueden consultarse los requisitos especiales de la confesión judicial (*cf.*, núm. 155).

En el proceso penal es extrajudicial la confesión que no se hace ante el juez de la misma causa o el funcionario instructor y su respectivo secretario.

b) LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL REQUIERE LOS MISMOS REQUISITOS GENERALES DE LA JUDICIAL, PARA SU EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA. Estos requisitos son indispensables para que haya confesión, sea judicial o extrajudicial, para que no resulte viciada de nulidad y para que el juez pueda reconocerle eficacia probatoria. Nos remitimos a lo que en orden a ellos expusimos al tratar de la confesión en general (*cf.*, núms. 152 a 155).

Observamos únicamente que dada la menor garantía probatoria que generalmente ofrece la confesión extrajudicial, algunos de los requisitos son más exigentes y deben examinarse con mayor rigor en ésta, que en la judicial. Así ocurre con los requisitos que exigen que tenga significación probatoria, que sea expresa, terminante y seria, pues de no ser así, una declaración no puede considerarse como verdadera confesión, ya que no existe confesión extrajudicial ficta o presunta, ni implícita (*cf.*, núm. 152); que existe la posibilidad física del becho; que no esté en contradicción con otro que goce de notoriedad ni con máximas generales de la experiencia, y que no aparezca en el proceso otra prueba que la desvirtúe (*cf.*, núm. 154).

En cambio, la extrajudicial no está sujeta a las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar en cuanto al momento en que ocurre, ni a nulidades procesales que afecten el acto mismo de la confesión (pero pueden viciar su prueba), ni a competencia del juez. Tampoco tiene cabida la discusión acerca de si es indispensable el famoso *animus confitendi* (*cf.*, núm. 152 g), porque la confesión extrajudicial puede estar contenida en cualquier acto o documento *no destinado a servir de prueba*, por lo cual basta que haya sido consciente.

c) REQUISITO ESPECIAL DE LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL (SU PRUEBA OPORTUNA). Para la eficacia probatoria de la confesión extrajudicial es indispensable su prueba y la oportunidad en que ésta se aduce en el respectivo proceso (*cf.*, núm. 154, punto n y 166). Esto ha llevado a algunos a negarle el carácter de auténtico medio de prueba, para considerarla objeto de prueba. Pero lo segundo no excluye lo primero.

La confesión judicial se prueba por sí misma, por lo que suele decirse que es *probatio probata*; sin embargo, cuando ocurre en otro proceso o en posiciones antes de juicio, debe probarse con la copia respectiva. La extrajudicial debe probarse siempre por otros medios (testimonios, documentos privados o públicos), es decir, que es indispensable probar la prueba: cuándo ocurrió, en qué lugar, ante quiénes, de qué manera<sup>549</sup>; por esto se dice que es una *probatio probanda* o prueba por probar<sup>550</sup>.

d) CÓMO SE PRUEBA ESTA CONFESIÓN. Puede decirse que, en principio, existe libertad de medios para esto. Algunas legislaciones, como la colombiana (art. 91, ley 153 de 1887), la italiana (C. C. art. 2735), la francesa (C. C. art. 1355), la venezolana (C. C. arts. 1387 y 1403), la argentina (C. de Pr. C. y Co. para la nación, art. 425), exigen que se pruebe la confesión extrajudicial por los medios que la ley admite como eficaces para demostrar el hecho confesado, lo cual conduce a rechazar la prueba testimonial cuando ese hecho requiera otro medio, principalmente el escrito. Esta norma es lógica y debe aplicarse en ausencia de ley expresa, porque de lo contrario se violarían las restricciones que la ley haya consagrado para la prueba testimonial; conforme dice la exposición de motivos al Código Civil francés, tanto valdría admitir la prueba por testigos para el hecho, como para su confesión extrajudicial. Esta es también la opinión de la mayoría de los autores<sup>551</sup>.

Es, por lo tanto, necesaria una aclaración: para la eficacia probatoria de la confesión extrajudicial debe 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 sólo testimonios (*cf.*, núm. 166).

La confesión extrajudicial es un hecho susceptible de toda clase de pruebas, inclusive la testimonial, cualquiera que sea el hecho confesado y su valor o naturaleza; por lo tanto, si los testimonios dan fe suficiente sobre la confesión, no puede negarse que haya ocurrido; pero la *eficacia probatoria* de ésta depende de que la ley admita aquel medio para acreditar el hecho confesado. Es decir, que los testimonios prueban siempre la confesión extrajudicial, pero ésta sólo prueba el hecho confesado cuando aquéllos son aptos para demostrarlo con prescindencia de ella. Los hechos complementarios y las circunstancias que rodearon un acto o contrato que requiere por la ley un documento privado o público y su verdadero contenido cuando no es claro, pueden acreditar-

<sup>549</sup> ANTONIO ROCHA: *De la prueba en derecho*, ed. cit., pág. 71, y *Derecho probatorio*, ed. cit., págs. 141-142.

<sup>550</sup> ENRICO REDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1937, t. I, núm. 79, pág. 286.

<sup>551</sup> JEAN SICARD: *La preuve en justice*, ed. cit., pág. 193; GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., pág. 159; SCARDACCIONE: *Le prove*, ed. cit., núm. 121; BONNIER: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 357; RICCI: *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 234; LESSONA: *Teoría*, ed. cit., t. I, núm. 585; ALSINA: *Tratado*, cit. t. II, pág. 287.

se libremente por testimonios y, en consecuencia, por confesión extrajudicial probada con éstos<sup>552</sup>. Pero el acto o contrato mismo, su ejecución o celebración válida, no puede acreditarse por la sola confesión extrajudicial probada con testimonios, cuando la ley exija prueba escrita. La doctrina y la jurisprudencia colombianas más recientes comparten este punto de vista<sup>553</sup>. Tampoco la confesión extrajudicial sirve en esta hipótesis como prueba contra lo dicho en el documento o para adicionarlo, si el acto requería el escrito.

Cuando la confesión extrajudicial está contenida en 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 fácilmente, lo último por no tacharlo de falso ni objetarlo oportunamente, cuando la ley así lo dispone, como ocurre en Colombia (*cfr.*, núm. 164 y t. II).

e) LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA COMERCIAL. Existe en materias comerciales un arrollador movimiento jurídico contemporáneo en favor de la libertad de prueba y de su valoración. Por consiguiente, la confesión sobre hechos o actos comerciales es válida y eficaz, cualquiera que sea el valor de éstos, aunque se pruebe únicamente por testigos, si no existe una norma legal en contrario<sup>554</sup>; su eficacia quedará limitada a la de indicio, sin que pueda suplir la formalidad del escrito, cuando se trata de actos que, por excepción, requieren documento privado o público (*cfr.*, núms. 163, 166 y t. II).

f) NATURALEZA DE LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL. Como lo explicamos al estudiar su naturaleza jurídica, la confesión, en general, es una declaración de ciencia o conocimiento; la extrajudicial es un acto procesal cuando ocurre en otro proceso o en diligencias judiciales previas y no lo es en los demás casos.

Es decir, hay dos clases de confesión extrajudicial, cuya naturaleza jurídica es diferente. La primera está formada por aquellas que ocurren en procesos distintos a aquel en que se aducen como prueba o en diligencias judiciales previas (como en inspecciones judiciales para futura memoria o en testimonios extrajuicio cuando el testigo declara hechos que le son desfavorables), cuando en virtud de la ley vigente en el respectivo país no tienen el carácter de judiciales, por faltar la competencia del juez, como en el sistema colombiano, o porque se exige

<sup>552</sup> ROCHA: *De la prueba en derecho*, 1949, pág. 112, 123-124, y ed. 1967, páginas 249-252.

<sup>553</sup> ANTONIO ROCHA: *Derecho probatorio*, 1949, págs. 123-124, y sentencia de la Corte Suprema que cita, de 14 de agosto de 1945, "G. J.", t. LIX, números 2022-2024, pág. 422; JULIO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ: *Manual práctico de la prueba civil*, ed. cit., pág. 111.

<sup>554</sup> GABINO PINZÓN: *Introducción al derecho comercial*, Bogotá, Edit. Temis, 1966, págs. 117-124.

para éstas que ocurran en el mismo proceso (*cfr.*, núm. 155); estas confesiones extrajudiciales tienen la misma naturaleza procesal que las judiciales. La segunda clase está constituida por las confesiones extrajudiciales que ocurren fuera de procesos y de diligencias judiciales previas, antes o después de iniciarse el litigio, que son, por consiguiente, actos extraprocesales que no adquieren naturaleza procesal por la circunstancia de que posteriormente puedan producir efectos en un proceso, como sucede con los documentos públicos o privados; no tienen, sin embargo, naturaleza sustancial, porque no persiguen ningún efecto sustancial y son simples declaraciones de ciencia o conocimiento de naturaleza extraprocesal.

Naturalmente, quienes le asignan a la confesión judicial una naturaleza sustancial, de tipo convencional o simplemente unilateral, con mayor razón le otorgan esa naturaleza a la confesión extrajudicial (*cfr.*, núm. 157).

g) SU DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD. Como varias veces lo hemos dicho, la confesión es siempre indivisible; lo divisible puede ser la declaración que la contiene. No hay ninguna diferencia en este punto, entre las confesiones judiciales y extrajudiciales, por lo cual nos remitimos al estudio que sobre la materia hicimos en el número 168.

h) SU APRECIACIÓN POR EL JUEZ Y SU VALOR PROBATORIO. Los principios para la apreciación por el juez de la confesión judicial o extrajudicial, son los mismos. Nos remitimos a lo expuesto en el número 167.

El valor probatorio de las dos confesiones ha sido reglado de distinta manera, en las legislaciones antiguas y modernas, pues mientras que ha existido la tendencia a reconocerle a la judicial el carácter de plena prueba, a la extrajudicial ordinariamente se le ha asignado el valor de prueba incompleta o libremente valorable por el juez. Pero en el derecho contemporáneo priva la tendencia a someter ambas confesiones a la libre valoración del juez, sin que por esto se desconozca la menor fuerza probatoria de la extrajudicial ocurrida fuera de procesos y especialmente cuando no es hecha ante la parte contraria. Nos remitimos a lo expuesto sobre el particular, en el número 163.

El art. 608 del C. de P. C. colombiano deja al juez en libertad para fijarle a la confesión extrajudicial el mérito probatorio, según las circunstancias en que tuvo lugar y la naturaleza del acto (si consta o no en escrito y si tuvo lugar ante otro juez o ante particulares), “y puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma”. Se consagra el principio de la libertad de valoración por el juez.

El C. de P. C. colombiano no distingue, para efectos del valor probatorio, las confesiones extrajudiciales ocurridas ante la parte contraria y su representante o ante terceros, como sí lo hacen los Códigos italiano, venezolano y argentino para la justicia nacional, que le asignan a la primera el mismo valor que a la judicial. Consideramos mejor el sis-

tema colombiano, porque tal circunstancia no le agrega ni le quita credibilidad al hecho confesado.

Si el hecho es demostrable por testimonios, la confesión extrajudicial también puede serlo por ese medio, como vimos; pero entonces se debe aplicar un criterio de rigurosa crítica a esos testimonios y a la apreciación de la seriedad de la confesión, de su indispensable condición de expresa y terminante, de sus relaciones con las otras pruebas, con las máximas generales de la experiencia y los hechos notorios, de la posibilidad física y lógica del hecho, y, en general, de todas las circunstancias que puedan influir en su credibilidad. Es decir, debe ser más rigurosa la crítica de la confesión extrajudicial, cuando no aparezca en documento, ni se pruebe por confesión judicial de la misma parte.

La confesión extrajudicial verbal puede ser desvirtuada con prueba en contrario, inclusive la testimonial, cuando la ley no le otorgue un valor de plena prueba, sin necesidad de probar el error subjetivo, es decir, sin que se trate de una revocación o un retracto.

Cuando se trata de confesión extrajudicial contenida en documentos, puede ser impugnada mediante prueba en contrario, en los casos en que la ley permite hacerlo respecto del documento mismo.

Igualmente, para determinar sus efectos probatorios es muy importante distinguir dos clases de confesiones extrajudiciales: las hechas *verbalmente o indocumentales* y las contenidas en documentos. Las últimas tienen el valor probatorio que la ley, o el juez, si tiene libertad para ello, le señala al respectivo documento.

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 becha verbalmente es apenas un simple indicio, siempre que se encuentre probado el cuerpo del delito; la que conste en documentos tiene el valor propio de éstos, como en el proceso civil (C. de P. C. colombiano, arts. 251 a 255).

La conclusión a que lleguen los jueces de instancia, acerca de la confesión extrajudicial, no es atacable en casación, excepto cuando aparezca notoriamente absurda, si la ley procesal consagra el recurso por error manifiesto de hecho (como ocurre en Colombia). Este ha sido el criterio constante de la Corte Suprema Colombiana y de la doctrina nacional <sup>555</sup>.

<sup>555</sup> ANTONIO ROCHA: *De la prueba en derecho*, 1987, págs. 252-253, y sentencias de la Corte, de 16 septiembre 1938, "G. J.", t. XLVII, núm. 1940, pág. 131; de 14 agosto 1945, "G. J.", t. LIX, núms. 2022-2024, pág. 418; de 14 septiembre 1948, t. LXIV, núms. 2062-2065, págs. 439 y sigs. y 753-754, de 23 noviembre 1954, t. LXXIX, núm. 2149, pág. 126.

### 176. Diferencias 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 la misma e iguales en general son los requisitos para su existencia y su validez.

Existen, sin embargo, algunas diferencias en materia de confesión, en los dos procesos:

1ª) En cuanto a la capacidad para disponer del derecho o contraer la obligación que surge del hecho confesado, que se requiere en materias civiles y está fuera de lugar en el proceso penal, por lo cual existe una importante diferencia en la capacidad jurídica del confesante: mientras que en lo civil el incapaz relativo sólo puede confesar válidamente en casos especiales (*cfr.*, núm. 153 *a*), 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 concursador, del interdicto por dilapidación) no tienen eficacia alguna;

2ª) En materia civil, los representantes legales o contractuales y los apoderados pueden confesar por sus representados o mandantes, con ciertas limitaciones (*cfr.*, núms. 152 *b*; 153 *a*), mientras 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;

3ª) Algunos 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, la legitimación del representante o apoderado que confiesa por su representado o mandante, la alegación del hecho por la parte favorecida por la confesión si es principal, la preclusión de su oportunidad o a lo menos un menor rigor de ésta en el proceso penal (*cfr.*, núms. 152-154);

4ª) 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;

5ª) En lo civil, la confesión puede ser inconducente, cuando la ley exige una prueba distinta para el hecho confesado (*cfr.*, núm. 154 *c*), y en lo penal, en cambio, es conducente para toda clase de actos que por sí mismos sean ilícitos (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; la absoluta conducencia del medio se refiere únicamente a los hechos ilícitos por naturaleza);



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, sin que se requiera prueba en contrario, pues para ello hace falta que además esté probado el cuerpo del delito; en lo civil, en cambio, una confesión de esas condiciones conduce a un fallo desfavorable al confesante, cualquiera que sea el sistema legal de valoración, libre o tasado (el primero se aplica a determinar su eficacia probatoria, pero una vez que el juez la admite, no puede desconocer el hecho confesado), a menos que aparezca prueba en contrario (*cfr.*, núms. 154 m; 170-173). Como dice DELLEPIANE<sup>556</sup>, en lo penal sólo es convincente cuando, inquiridas todas las suposiciones, no queda ninguna duda razonable sobre su verdad;

7<sup>a</sup>) En el proceso penal el confesante tiene libertad para retractarse, y el juez aprecia entonces el valor de la confesión anterior, de acuerdo con los demás elementos de prueba, y para impugnar con éxito la confesión basta la prueba en contrario, sin que haga falta alegar, y menos demostrar, el error subjetivo; en lo civil, según vimos (*cfr.*, núms. 171-172), algunas legislaciones, como la colombiana, exigen para la eficacia del retracto o revocación, no sólo la prueba del hecho contrario, sino la del error del confesante (sin embargo, la doctrina contemporánea se inclina a aceptar como suficiente la prueba de la falsedad objetiva del hecho confesado, en materias civiles, porque repugna al criterio jurídico que se tenga por cierto lo que está probado que no lo es, de manera que esta diferencia no tiene razón de existir);

8<sup>a</sup>) 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 principalmente como un medio de defensa de éste, además que de fuente de prueba<sup>557</sup>;

9<sup>a</sup>) Desde un punto de vista puramente legislativo (porque en doctrina no tiene razón de existir tal diferencia), en el proceso penal el juez puede provocar la confesión oficiosamente, por medio de interrogatorio del mismo, y tiene libertad para valorar su mérito probatorio, en tanto que en algunos civiles anticuados, como el colombiano, se le niegan esas dos libertades fundamentales; pero en los modernos procesos civiles estas diferencias han sido eliminadas (*cfr.*, núms. 21-27);

<sup>556</sup> DELLEPIANE: *Nueva teoría general de la prueba*, ed. cit., págs. 137-138.

<sup>557</sup> FLORIAN: *Pruebas Penales*, Milano, Instituto Editoriale Cisalpino, 1961, y ed. castellana, Edit. Temis, Bogotá, 1969, t. II, núm. 16 y citas 26; STOPPATTO y la exposición de motivos del C. de P. C. italiano de 1913, citados por FLORIAN; este gran jurista italiano considera que en el proceso civil el interrogatorio es medio de prueba, por lo que encuentra esta otra diferencia, punto en el cual no estamos de acuerdo; ABAOONESES Y VIADA opinan que en el proceso penal la confesión del sindicado es una prueba, y citan a MANZINI, FERRI, CARNELUTTI y GUARNERI: *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1969, t. I, pág. 651.

10<sup>a</sup>) En algunos países, la apreciación de la confesión judicial está regulada en lo civil por tarifa legal; en lo penal, en cambio, no se concibe este sistema, porque el juez debe gozar siempre de libertad para apreciarla <sup>558</sup>.

### 177. Semejanzas de la confesión en lo civil y lo penal

Muchas son estas semejanzas:

1<sup>a</sup>) En cuanto a la naturaleza del acto, que es una misma (*cfr.*, núm. 157);

2<sup>a</sup>) Respecto a los requisitos para la existencia jurídica de la confesión (*cfr.*, núm. 152);

3<sup>a</sup>) En orden a los requisitos para la validez del acto, que son los mismos (*cfr.*, núm. 153), salvo la capacidad para disponer del derecho o adquirir la obligación, que en lo penal no tiene vigencia, como vimos en el número anterior;

4<sup>a</sup>) En relación con 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 el hecho, que éste no sea contrario a otro que goce de notoriedad, ni esté en contradicción con máximas generales de experiencia, ni sea jurídicamente imposible; en algunas legislaciones, también la ausencia de prueba en contrario;

5<sup>a</sup>) En lo tocante a la impugnación por error, dolo o violencia, causa u objeto ilícitos, y, según la doctrina civil moderna más aceptada, por no corresponder a la realidad o falsedad objetiva (pero en algunas legislaciones se exige para el retracto, en lo civil, además, la prueba del error subjetivo (*cfr.*, núm. 172);

6<sup>a</sup>) En cuanto a la indivisibilidad de la confesión cualificada o compleja y la divisibilidad de la declaración compuesta (*cfr.*, núm. 168).

<sup>558</sup> Autores citados en la nota anterior y GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Pruebas criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, ed. Universidad Libre, t. I, pág. 58; JORGE CARDOSO: *Manual de las pruebas judiciales*, Bogotá, 1959, t. I, págs. 115-120. Véase también lo que expusimos en el número 27.

**HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE  
DE OLAVARRÍA**

Corresponde al Expte. M-636/02 D.E.  
Recaratulado D-139/02 H.C.D.

Olavarría, 09 de mayo de 2002

**ORDENANZA N°: 2653/02**

**ARTÍCULO 1°:** Esta Ordenanza normatiza la habilitación de desafectación de una fracción  
----- de media calle perteneciente al dominio público, incorporándolo al dominio  
privado municipal, otorgándola en donación a institución religiosa determinada y con base  
legal en los Artículos 27°, Inciso 2), 56° y concordantes de la Ley Orgánica Municipal  
(Decreto/Ley 6769/58) y sus modificatorias.-

**ARTÍCULO 2°:** Desaféctese del dominio público e incorpórese al dominio privado  
----- municipal, la fracción de media calle, con un ancho de 7,50 mts., cedida  
según plano 78-91-81 que corresponde a la prolongación de la calle Gral. Paz entre calles 189  
y 191.-

**ARTÍCULO 3°:** Confiérese en donación a favor de las Misioneras de la Inmaculada  
----- Padre Kolbe, la fracción de media calle que se incorpora al dominio privado  
municipal por el Artículo anterior, cedida según plano 78-91-81 que corresponde a la  
prolongación de la calle Gral. Paz entre calles 189 y 191, cuyas medidas son 7,50 mts., de  
ancho por 86,60 mts. de largo, conformando una superficie de 649,50 m2.-

**ARTÍCULO 4°:** Establécese que los gastos que demande la mensura y anexión del bien  
----- donado, así como los que demande la escritura traslativa de dominio, serán  
a cargo de las Misioneras de la Inmaculada Padre Kolbe.-

**ARTÍCULO 5°:** Facúltase al Departamento Ejecutivo Municipal a realizar todos los hechos y  
----- actos jurídicos y administrativos suficientes y necesarios, antecedentes y  
consecuentes a la efectiva incorporación dominial particularizante legislada en la presente  
Ordenanza.-

**ARTÍCULO 6°:** Comuníquese, publíquese, dese al Registro de Ordenanzas, Decretos y  
----- Resoluciones; cúmplase y oportunamente archívese.-

\*\*\*\*\*

/mp.-

Firmado:

Dr. Julio Héctor Alem (h). Presidente

Dr. Carlos Eduardo Ligure. Secretario

# INDICE

## TOMO I

ADVERTENCIA DEL AUTOR .....	7
-----------------------------	---

### CAPÍTULO I

#### IMPORTANCIA Y DEFINICION DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

1. La noción de prueba trasciende el campo del derecho .....	9
2. Método general para la reconstrucción de cosas, hechos o actos y el judicial probatorio .....	12
3. Importancia de la prueba en el derecho y el proceso .....	12
4. Qué se entiende por pruebas judiciales. Su diferencia con el derecho probatorio .....	15
5. ¿Existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, etc.? .....	16

### CAPÍTULO II

#### NOCION O CONCEPTO DE LA PRUEBA. EL DERECHO SUBJETIVO DE PROBAR

6. Naturaleza jurídica del acto probatorio .....	19
7. Concepto o noción procesal de la prueba .....	20
8. Los tres aspectos de la noción de prueba judicial .....	28
9. Diferencia entre prueba y medio de prueba .....	29
10. Qué se entiende por "probar" en el lenguaje común y en derecho procesal	29
11. Nuestras definiciones .....	33
12. El derecho subjetivo de probar .....	34

### CAPÍTULO III

#### NATURALEZA DEL DERECHO PROBATORIO Y DE LAS NORMAS SOBRE PRUEBAS JUDICIALES

13. Diversas teorías .....	41
a) Primera tesis: Las normas sobre pruebas forman parte exclusiva- mente del derecho material .....	41

b) Segunda tesis: Las normas sobre pruebas son de naturaleza mixta	41
c) Tercera tesis: Las normas sobre pruebas son de naturaleza exclusivamente procesal	44
d) Cuarta tesis: Las normas sobre pruebas se dividen en dos ramas, procesal y material, cada una con su naturaleza propia	46
e) Quinta tesis: Las normas sobre pruebas pertenecen al llamado "derecho justicial". Noción del derecho justicial	47
14. Nuestro concepto	51

## CAPÍTULO IV

## BREVE HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

15. Diversas fases en su evolución	55
16. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma	56
a) En la fase del antiguo proceso romano o <i>per legis actiones</i>	57
b) Durante el Imperio aparece la fase del procedimiento <i>extraordinem</i>	57
c) Por último en el período justiniano	58
17. Las pruebas judiciales en la Europa posterior al Imperio Romano	59
a) La fase étnica o primitiva	59
b) La llamada fase religiosa o mística	60
c) Fase legal, mejor denominada "el sistema de la tarifa legal"	61
d) La fase sentimental, mejor denominada "de la convicción moral"	64
e) Fase científica	66
18. Evolución del concepto de prueba judicial en el derecho clásico y moderno	67
19. Características de los procesos acusatorio e inquisitorio	71
I. Características del proceso acusatorio	72
II. Características del proceso inquisitorio	73
20. Los modernos procesos mixtos	74
I. El proceso penal moderno	75
II. El proceso civil moderno	75
III. El proceso laboral	77
IV. Los procesos contencioso-administrativo, fiscal y aduanero	77

## CAPÍTULO V

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

21. Sistema dispositivo o inquisitivo	78
22. Los dos aspectos del principio dispositivo	79
23. Objeciones al proceso civil inquisitivo, en materias de pruebas, y su refutación	81
24. Países que lo han consagrado	83
25. Sistemas de la tarifa legal o de la libre valoración de las pruebas por el juez	84
26. La tarifa legal, mal llamada "sistema de las pruebas legales" o "prueba formal". Qué debe entenderse por "prueba legal" y por "prueba formal"	84
a) No existe un sistema mixto	86
b) La motivación de la sentencia no es característica de la tarifa legal	87
c) Justificación histórica del sistema de la tarifa legal	88
d) Ventajas o beneficios del sistema de la tarifa legal	90
e) Desventajas o inconvenientes de la tarifa legal	94

27. Sistema de la libre apreciación de las pruebas .....	95
a) Las distintas denominaciones: sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por los jueces profesionales .....	95
b) Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación .....	100
c) Tampoco es esencial para el sistema la libertad de medios de prueba	102
d) Las reglas sobre carga de la prueba no afectan la libre apreciación	103
e) Las normas contenidas en los Códigos sustanciales, sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no excluyen la libre apreciación procesal .....	104
f) Origen histórico del concepto "reglas de la sana crítica" .....	105
g) Inconvenientes que suelen señalársele a la libre apreciación y su refutación .....	105
h) La opinión de los procesalistas modernos sobre la libre apreciación	108
i) Nuestro concepto .....	108
j) Países que han consagrado la libre apreciación .....	109
k) Necesaria aclaración sobre el alcance de la libertad de apreciación en el proceso civil .....	110
28. Independencia de los dos sistemas: inquisitivo o dispositivo, y tarifa legal o de libre apreciación .....	110
29. Conclusiones sobre este capítulo .....	111

## CAPÍTULO VI

## PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

30. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, penal, laboral o administrativa .....	114
31. Cuáles pueden ser estos principios .....	114
1º) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos .....	114
2º) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba .....	117
3º) Principio de la unidad de la prueba .....	117
4º) Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición .....	118
5º) Principio del interés público de la función de la prueba .....	119
6º) Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba .....	120
7º) Principio de la contradicción de la prueba .....	123
8º) Principio de la igualdad de oportunidades para la prueba .....	124
9º) Principio de la publicidad de la prueba .....	124
10º) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba .....	125
11º) Principio de la legitimación para la prueba .....	126
12º) Principio de la preclusión de la prueba .....	127
13º) Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba .....	128
14º) Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba .....	129
15º) Principio de la originalidad de la prueba .....	130
16º) Principio de la concentración de la prueba .....	131
17º) Principio de la libertad de la prueba .....	131
18º) Principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba .....	133
19º) Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana .....	134

20º) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba .....	135
21º) Principio de la inmaculación de la prueba .....	137
22º) Principio de la evaluación o apreciación de la prueba .....	137
23º) Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad .....	138
24º) Principio de la oralidad en la práctica de la prueba .....	139
25º) Principio inquisitivo en la obtención de la prueba .....	139
26º) Principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba .....	139
27º) Principio de la gratuidad de la prueba .....	140
32. Conclusión sobre este capítulo .....	140

## CAPÍTULO VII

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

33. Conveniencia de distinguir adecuadamente las nociones de objeto, tema o necesidad y carga de la prueba .....	142
34. Estrecha relación entre las nociones de prueba y objeto de la prueba ..	144
35. Noción de objeto de la prueba en las doctrinas europea y americana ...	145
I. Autores que confunden objeto y tema o necesidad de la prueba ..	145
II. Autores que distinguen el objeto y la necesidad de la prueba ...	146
36. Qué es, en definitiva, objeto de prueba judicial .....	155
37. Qué se entiende por "hechos" como objeto de la prueba judicial .....	158
a) Conductas humanas .....	160
b) Hechos de la naturaleza .....	161
c) Cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material .....	161
d) La persona humana .....	163
e) Estados o hechos síquicos o internos del hombre .....	163
38. La noción del objeto concreto de prueba judicial, en oposición a objeto abstracto .....	165
39. El problema de los juicios como objeto de prueba judicial .....	166
40. Son las reglas o máximas de la experiencia objeto de prueba .....	171
41. Las normas o reglas jurídicas como objeto de prueba judicial .....	181
42. Cuestiones de hecho y de derecho en relación con la prueba judicial ..	183

## CAPÍTULO VIII

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

43. Qué debe entenderse por tema o necesidad de prueba ( <i>thema probandum</i> ). Diferencia con objeto y carga .....	186
44. Hechos que necesitan probarse o que constituyen el tema de prueba en cada proceso; afirmación, admisión y discusión de los hechos .....	188
45. Las normas jurídicas como tema de prueba judicial (cuándo hay necesidad de probarlas) .....	193
a) Normas legales nacionales para el territorio del Estado .....	193
b) Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional .....	193
c) Normas consuetudinarias nacionales .....	195
d) Normas legales o consuetudinarias extranjeras .....	198
e) Las reglas o máximas de la experiencia .....	201

f)	Conclusión sobre este número .....	201
46.	Hechos que no necesitan prueba, a pesar de ser parte del presupuesto de hecho de pretensiones o excepciones .....	202
a)	Hechos confesados o admitidos por ambas partes. La noción procesal de admisión .....	202
b)	Hechos presumidos legalmente .....	204
c)	Hechos cuya prueba prohíbe la ley .....	205
d)	Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial .....	205
e)	Hechos inconducentes, no pertinentes o irrelevantes e imposibles ...	205
f)	Los hechos indefinidos. El problema de la prueba de las negaciones y afirmaciones indefinidas .....	206
1)	Negaciones sustanciales o absolutas .....	210
2)	Negaciones formales o aparentes .....	210
g)	Los hechos notorios .....	214
1º)	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 .....	214
2º)	Autores que eximen de prueba al hecho notorio, sin exigir que se alegue la notoriedad y sin que importe su discusión por una de las partes .....	216
3º)	Nuestro concepto .....	219
47.	El concepto de notoriedad. Diferencia con el conocimiento privado del juez .....	221
a)	La doctrina alemana .....	222
b)	La doctrina italiana .....	223
c)	La doctrina española .....	226
d)	La doctrina sudamericana .....	227
e)	Conclusión sobre la doctrina europea y americana. Nuestra opinión .....	228
48.	La llamada notoriedad judicial .....	231
49.	Son diferentes las nociones de notoriedad y de máximas o reglas de experiencia .....	233
50.	El conocimiento privado del juez; diferencia con la notoriedad general y judicial .....	234
51.	La notoriedad es algo muy diferente de la fama y el rumor públicos ...	235
52.	El caso especial de la notoriedad como causa o fuente de un derecho material .....	236

CAPÍTULO IX

EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

53.	Diferencia entre objeto y fin de la prueba .....	238
54.	Diversos puntos de vista para el planteamiento de esta cuestión .....	238
55.	Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial; el fin de establecer la verdad .....	239
a)	Doctrina que le asigna a la prueba judicial el fin de establecer la verdad .....	239
b)	Teoría que reconoce como fin de la prueba judicial el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez .....	242
c)	La tesis que ve como fin de la prueba la fijación de los hechos del proceso .....	248
d)	Nuestro concepto .....	250
56.	Resultado de la prueba .....	254



## CAPÍTULO X

## SUJETOS Y ORGANOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

57. La actividad probatoria se realiza por diversos sujetos .....	257
58. No existen propiamente sujetos activos y pasivos de la prueba .....	257
59. Organos de la actividad probatoria .....	258
60. Diversos sujetos de la actividad probatoria .....	261
a) Sujetos de la proposición de la prueba o proponentes. La legitimación para la prueba .....	261
b) Sujetos de la ordenación y admisión de la prueba u ordenadores ...	263
c) Sujetos de la recepción de la prueba o receptores .....	264
d) Sujetos de la práctica de la prueba o ejecutores .....	264
e) Sujetos de la contradicción de la prueba o contradictores .....	265
f) Sujetos destinatarios de la prueba .....	265
g) Sujetos de la valoración o apreciación de la prueba .....	265
h) Sujetos de la asunción de la prueba o asunsores. La noción de asunción de la prueba .....	266
61. El caso de los árbitros .....	267

## CAPÍTULO XI

## FUENTES, MOTIVOS O ARGUMENTOS Y MATERIA O FORMAS DE EXPRESION DE LA PRUEBA

62. La noción de fuentes de la prueba .....	268
63. Diferencia entre fuente y medio de prueba .....	271
64. Motivos, argumentos o fundamentos de prueba. Su diferencia con fuentes y medios de prueba .....	272
65. Materia o formas de expresión de la prueba .....	274
66. Procedimientos probatorios .....	274

## CAPÍTULO XII

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

67. Las varias fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso .....	276
68. La producción u obtención de la prueba y sus requisitos .....	277
I) Requisitos intrínsecos .....	277
II) Requisitos extrínsecos .....	278
a) Oportunidad procesal .....	278
b) Formalidad adecuada .....	278
c) Competencia y capacidad .....	278
d) Legitimación .....	278
69. Averiguación o investigación de la prueba .....	278
70. Aseguramiento o defensa de la prueba .....	279
a) Apoderamiento material preventivo .....	279
b) Recepción anticipada o prejudicial .....	279
c) Coerción oficial para la práctica .....	279
71. Proposición y presentación de la prueba .....	279
72. Admisión y ordenación de la prueba .....	281
73. Recepción o práctica de la prueba .....	283
74. La asunción de la prueba .....	285

## CAPÍTULO XIII

## VALORACION O APRECIACION DE LA PRUEBA

75. Qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial . . . .	287
76. Los dos sistemas fundamentales para la apreciación de la prueba . . . . .	288
77. Las diversas operaciones del proceso mental de valoración o apreciación de la prueba . . . . .	290
a) Los tres aspectos básicos de la función valorativa: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento . . . . .	290
b) La fundamental función de la lógica . . . . .	292
c) Pero al lado de la razón y la lógica actúan la imaginación, la sicología y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos . . . . .	296
d) También existe una actividad de la voluntad . . . . .	299
78. Naturaleza de las reglas de apreciación . . . . .	300
79. Sólo el juez es sujeto de la actividad valorativa de la prueba . . . . .	302
80. Momento en que se ejerce la actividad valorativa . . . . .	303
81. Fin de la apreciación o valoración de la prueba . . . . .	304
82. Unidad y comunidad de la prueba y apreciación global o de conjunto . .	305
83. Diversas maneras para concebir el trabajo de valoración del juez . . . .	310
84. Crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca de los medios de prueba . . . . .	311
85. Fuerza o valor probatorio de los medios de prueba . . . . .	313
86. Qué se entiende por argumentos de prueba . . . . .	316
87. Grados y límites de la fuerza o el valor probatorio . . . . .	317
88. Apreciación de la prueba de hechos imposibles, improbables o difíciles de probar . . . . .	318
89. Resultado final de la valoración de la prueba . . . . .	321
90. Efectos de la no convicción o ausencia de certeza, en el proceso civil . .	323
91. 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" . . . . .	326
92. Diferencia entre eficacia probatoria y fuerza obligatoria de ciertos medios, según la persona a quien se oponen . . . . .	328
93. La inevitable posibilidad de error judicial en la apreciación de la prueba y el necesario carácter objetivo y social que debe tener . . . . .	330

## CAPÍTULO XIV

## REQUISITOS INTRINSECOS Y EXTRINSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

94. Cuáles son estos requisitos . . . . .	337
95. La noción de la conducancia de la prueba. Diferencias con su admisibilidad y su eficacia . . . . .	339
96. La pertinencia o relevancia de la prueba, o, mejor dicho, del hecho objeto de ésta . . . . .	342
a) Es requisito para que el hecho pueda ser objeto concreto de prueba en un proceso determinado . . . . .	344
b) Es requisito para que el hecho esté incluido en el tema de prueba de cada proceso . . . . .	345
c) No se confunde con la utilidad de la prueba . . . . .	345
d) Corresponde al juez apreciarla y es cuestión de hecho . . . . .	345
e) En qué momento debe examinarse . . . . .	345

f)	La pertinencia puede ser mediata o directa e inmediata o indirecta, y debe apreciarse con un criterio amplio .....	346
g)	No se requiere que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepciones .....	347
h)	El caso de los hechos imposibles o inverosímiles .....	349
i)	El caso de los hechos inmorales y de prohibida investigación .....	349
97.	El requisito de la utilidad de la prueba .....	350
a)	Pruebas de hechos imposibles e inverosímiles .....	350
b)	Imposibilidad del medio probatorio propuesto en relación al hecho por probar .....	352
c)	Imposibilidad jurídica del hecho en razón de una presunción de derecho en contrario o de una cosa juzgada .....	352
d)	Prohibición legal para investigar el hecho o utilizar el medio propuesto en relación con el hecho por probar y exigencia de uno diferente .....	353
e)	Medios diferentes para probar en contrario de lo que aparece en el exigido por la ley para ese hecho .....	353
f)	Pruebas pedidas para demostrar un hecho que goza de presunción legal o de derecho .....	353
g)	Pruebas para establecer o desvirtuar hechos declarados en sentencia anterior con valor de cosa juzgada .....	354
h)	Pruebas de hechos notorios e indefinidos .....	354
i)	Hechos probados ya plenamente por otros medios .....	355
j)	Hechos admitidos o confesados por ambas partes .....	355
k)	Hechos no alegados en la demanda ni en su contestación o en los escritos de excepciones .....	356
l)	Pruebas simultáneas para un mismo fin u opuestas entre sí .....	356
98.	Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho .....	357
99.	Oportunidad procesal o ausencia de preclusión .....	358
100.	Formalidades procesales para la validez de la prueba .....	359
101.	Legitimación y postulación para la prueba .....	362
102.	Competencia del juez de la causa o del comisionado, según el caso .....	363
103.	Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos u órganos .....	364

## CAPÍTULO XV

## DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SUS REQUISITOS ESPECIALES

104.	Qué es la prueba trasladada .....	367
105.	Pruebas practicadas en juicios entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas .....	367
106.	Cuándo es posible la ratificación y en qué consiste .....	368
107.	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 .....	369
108.	Pruebas practicadas extrajuicio .....	369
109.	Pruebas practicadas en un juicio anulado .....	370
110.	El caso de la acumulación de procesos .....	372
111.	Pruebas de un proceso penal o de otra jurisdicción no civil .....	373
112.	Pruebas de proceso caducado .....	375
113.	Pruebas en proceso terminado por desistimiento, transacción o arbitramento .....	376
114.	Pruebas de proceso extranjero .....	376
115.	Requisitos de las copias para el traslado de pruebas .....	377

## CAPÍTULO XVI

VIGENCIA DE LA LEY SOBRE PRUEBAS EN EL TIEMPO  
Y EN EL ESPACIO

116.	La vigencia de la ley sobre pruebas no es siempre la de ley procesal en general .....	379
117.	Vigencia en el tiempo de la ley sobre pruebas .....	379
	a) Leyes sobre admisibilidad procesal de los medios de prueba .....	380
	b) Leyes sobre formalidades para la presentación o solicitud, decreto y práctica de las pruebas .....	381
	c) Leyes reguladoras del valor de convicción de cada medio o el conjunto llevado al juicio .....	382
	d) Leyes que modifican los medios exigidos para establecer ciertos hechos .....	383
	e) Leyes que determinan los medios necesarios para la validez o existencia de ciertos actos jurídicos materiales, es decir, "ad substantiam actus" .....	387
	f) Vigencia de las leyes sobre carga de la prueba y presunciones ....	388
118.	Vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio .....	390

## CAPÍTULO XVII

LA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL EN GENERAL Y DE CARGA  
DE LA PRUEBA EN PARTICULAR

119.	La noción de carga procesal en la teoría general del derecho .....	393
120.	Planteamiento del problema .....	394
121.	Diversas teorías sobre la noción de carga procesal .....	396
	a) Tesis según la cual la carga es una categoría de obligación .....	396
	b) Tesis que considera la carga como un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público .....	398
	c) Tesis que define la carga como un deber libre .....	398
	d) Tesis que radica la noción de carga en la titularidad del interés que existe en su observancia .....	400
	e) Tesis que diferencia la carga de la obligación y que, no obstante, la coloca en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas, como acto jurídicamente necesario, pero en interés propio, cuya inejecución, siendo lícita, acarrea sanción económica .....	401
	f) Tesis que distingue la carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica, le da mayor realce a la libertad del sujeto de la primera, pero le asigna el carácter de imperativo del propio interés ...	407
	g) Tesis que considera la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio, siendo lícito abstenerse de hacerlo y, por lo tanto, sin que haya coacción ni sanción, y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia .....	409
	h) Nuestro concepto .....	415
122.	Breve historia de la noción de carga de la prueba .....	421
123.	Qué debe entenderse por carga de la prueba .....	424
124.	Aspectos subjetivo y concreto, objetivo y abstracto de la carga de la prueba .....	427
125.	Crítica a la clasificación de la carga de la prueba en subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, formal y material .....	430
	a) Carga de la prueba subjetiva y objetiva .....	430

b)	Carga abstracta y concreta de la prueba .....	436
c)	Carga de la prueba formal y material .....	439
126.	Características esenciales de la regla sobre la carga de la prueba .....	440
a)	Forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho .....	440
b)	Es una regla general para toda clase de procesos .....	440
c)	Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes .....	140
d)	No determina quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que no se produzca .....	441
e)	Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley .....	441
f)	Su aplicación constituye una cuestión de derecho .....	442
g)	Debe apreciarse con un criterio objetivo. Los casos de la dificultad, imposibilidad y obstrucción de la prueba .....	442
h)	Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba y, por lo tanto, eventual .....	445
i)	Sólo se aplica por el juez a los hechos alegados y controvertidos (lo segundo si la ley admite para ellos la prueba de confesión) .....	445
j)	Su influencia se extiende a todo proceso, pero se aplica por el juez en el momento de decidir .....	447
k)	Regula la premisa menor del llamado silogismo judicial .....	447
l)	Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes .....	447
ll)	Se determina no sólo por la situación inicial del proceso, sino por circunstancias posteriores .....	448
m)	Tiene aplicación no sólo a las cuestiones sustanciales discutidas en el proceso, sino también a otras de carácter procesal .....	449
n)	Se diferencia del objeto y del tema o necesidad de la prueba .....	449
o)	Es una noción compleja .....	449
p)	Está consagrada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o implícitamente .....	449
127.	Importancia de la noción de carga de la prueba .....	450
128.	Fundamento de la noción de carga de la prueba y de su distribución .....	451
129.	Criterio o regla general de distribución de la carga de la prueba .....	453
a)	Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepciona .....	453
b)	Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega .....	456
c)	Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones ..	461
d)	Teoría de lo normal y lo anormal .....	461
e)	Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar .....	464
f)	Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos .....	465
g)	Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable .....	472
h)	Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido .....	480
130.	Nuestro concepto .....	484
1)	No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte .....	484
2)	Los criterios de la normalidad y la innovación sólo sirven como guías de una política legislativa .....	485
3)	Las máximas romanas: <i>onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor</i> y <i>ei incumbit probatio qui dicit non qui negat</i> .....	485
4)	El criterio de lo constitutivo o impeditivo o extintivo no sirve para elaborar la regla general .....	486

5)	Cuál es el criterio correcto .....	487
6)	La regla general para su distribución .....	490
131.	Carácter procesal de las normas sobre carga de la prueba .....	493
132.	Casos concretos sobre carga de la prueba .....	494
a)	Cuándo se alega expresa o implícitamente que no existen personas con mejor o igual derecho a recibir lo pretendido .....	494
b)	Carga de la prueba del dolo, de la buena y mala fe, del error, la violencia y la ignorancia .....	494
c)	Carga de la prueba de la culpa .....	496
d)	Carga de la prueba del nacimiento de obligaciones o de su cumplimiento o incumplimiento .....	497
e)	El caso especial de los vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada .....	499
f)	Carga de la prueba de inaplicación de las normas legales supletorias o subsidiarias .....	500
g)	La carga de probar la falsedad o autenticidad de documentos .....	501
h)	La carga de la prueba en materia de prescripción .....	501
i)	La carga de la prueba en los juicios reivindicatorios. Prueba del dominio y la posesión .....	503
j)	La carga de la prueba en los juicios de petición de herencia .....	504
k)	La carga de la prueba en los juicios posesorios .....	504
l)	La carga de la prueba en los juicios ejecutivos y similares .....	505
m)	La carga de la prueba en los procesos sobre simulación o nulidad de contratos .....	506
n)	La carga de la prueba en el caso de las negaciones .....	507
o)	La carga de la prueba en las acciones de declaración negativa .....	508
p)	La carga de la prueba en los casos de afirmaciones o negaciones indefinidas .....	509
q)	La carga de la prueba en cuestiones procesales .....	509

## CAPÍTULO XVIII

## VALOR DE LOS PACTOS O CONTRATOS SOBRE PRUEBAS

133.	Diversos pactos o contratos sobre pruebas .....	511
134.	La opinión de los autores sobre estos pactos o contratos .....	511
135.	Nuestro concepto .....	517

## CAPÍTULO XIX

## CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

136.	Diversos criterios para clasificar las pruebas judiciales .....	519
137.	Clasificación principal o verdadera .....	519
A)	Según su objeto (pruebas directas e indirectas; principales o accesorias) .....	519
B)	Según su forma (pruebas escritas y orales) .....	526
C)	Según su estructura o naturaleza (pruebas personales y reales o materiales) .....	526
D)	Según su función (pruebas históricas y críticas o lógicas) .....	526
E)	Según su finalidad (prueba de cargo y de descargo o contrapueba; pruebas formales y sustanciales) .....	528
F)	Según su resultado (pruebas plenas, perfectas o completas e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas; pruebas veraces y falsas) .....	531

G)	Según el grado o categoría (pruebas primarias o de primer grado y secundarias o de grado posterior; principales o supletorias)	533
H)	Según los sujetos proponentes de la prueba (prueba de oficio, de partes o de terceros)	535
I)	Según la oportunidad o el momento en que se producen (procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituídas y casuales)	535
J)	Según su contradicción (sumarias o controvertidas)	536
K)	Según su utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles)	537
L)	Según sus relaciones con otras pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas, concurrentes y contrapuestas)	538
M)	Según su licitud o ilicitud (pruebas lícitas e ilícitas)	539
	1º) Cuáles son los efectos procesales de la ilicitud de la prueba	541
	2º) El empleo de drogas para obtener confesiones	543
	3º) El empleo de grabaciones como medio de prueba	544
	4º) Otros métodos científicos para la investigación de la verdad	545
5º)	El caso del secreto profesional y la prueba judicial	545
	a) El secreto profesional del abogado	545
	b) El secreto médico	546
	c) El caso del director de conciencia y específicamente del confesor religioso	546
	d) Consecuencias procesales de la violación del secreto profesional	548
	e) El caso del secreto que la ley reconoce a ciertos documentos	548
	Según los diversos medios o instrumentos	548
138.	Clasificación secundaria o accesoria	549

## CAPÍTULO XX

## DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA

139.	La noción de medio de prueba	550
140.	Los medios de prueba ¿deben ser libres o taxativamente determinados?	553
141.	Clasificación de los medios de prueba	555
142.	¿La enumeración legal de los medios de prueba tiene carácter exhaustivo?	557
143.	Inadmisibilidad de medios convencionales	559
144.	El conocimiento privado del juez no es medio de prueba	559
145.	Distinción entre medio y sucedáneo de prueba	560

## CAPÍTULO XXI

## DECLARACION DE PARTE Y PRUEBA DE CONFESION

146.	Del testimonio en general, como fuente de prueba	562
147.	La declaración de parte como acto procesal	563
	a) Declaraciones procesales y extraprocesales de parte	563
	b) Declaraciones documentales y orales de parte	563
	c) Declaraciones de parte por iniciativa propia o espontánea y por interrogatorio	564
	d) Declaraciones formales e informales de parte	564
	e) Declaraciones de parte con fines probatorios y con fines constitutivos, informativos o aclaratorios	565
	f) Declaraciones procesales de parte mediante interrogatorio libre o in-	

	formal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario .....	565
	g) La declaración de parte en el juramento decisorio o estimatorio ....	566
148.	El interrogatorio de las partes en el proceso civil. Necesidad del libre interrogatorio por el juez y la parte contraria .....	566
149.	Interrogatorio informal de la parte por el juez, con fines aclarativos (interrogatorio <i>ad clarificandum</i> ) .....	569
150.	Interrogatorio de la parte con fines específicos de prueba .....	572
	a) Interrogatorio informal de parte con fines específicos de prueba ....	573
	1ª) Libertad de iniciativa del juez .....	574
	2ª) Libertad de formas .....	575
	3ª) Inmediación absoluta .....	575
	4ª) Finalidad directa y principalmente probatoria .....	575
	5ª) Libertad de valoración del resultado probatorio por el juez ....	575
	6ª) El juramento resulta innecesario .....	575
	b) Interrogatorio formal de parte, con fines probatorios .....	576
151.	La confesión propiamente dicha .....	579
152.	Requisitos para la existencia de la confesión .....	579
	a) Debe ser una declaración de parte .....	580
	b) Debe ser declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro .....	581
	c) Debe tener por objeto hechos .....	581
	d) Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria .....	582
	e) Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos .....	587
	f) La declaración debe tener siempre una significación probatoria .....	588
	g) Debe ser consciente (el problema de la voluntariedad de la confesión y del <i>animus confitendi</i> y sus diversos significados) .....	589
	h) Debe ser expresa y terminante. (La cuestión de si existe confesión en los interrogatorios.) .....	602
	i) Capacidad jurídica del confesante .....	608
	j) Que la declaración no sea el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto .....	610
	k) Debe ser seria .....	613
153.	Requisitos para la validez de la confesión .....	614
	a) La plena capacidad del confesante, salvo excepción consagrada en la ley .....	615
	b) Libre voluntad del confesante o ausencia de coacción .....	617
	c) El cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar cuando es confesión judicial provocada .....	619
	d) Que no exista otra causal de nulidad que vicie la confesión cuando es judicial .....	621
154.	Requisitos para la eficacia de la confesión .....	622
	a) La disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado .....	622
	b) La legitimación para el acto, si es de representante o apoderado ....	623
	c) Su conducencia o idoneidad como medio de prueba del hecho confesado o la aptitud legal para probar ese hecho .....	625
	d) La pertinencia del hecho confesado, en relación con el litigio o el proceso voluntario .....	626
	e) Que el hecho haya sido alegado por las partes, a menos que sea accesorio o que la ley autorice su consideración oficiosa por el juez .....	626
	f) Que la confesión tenga causa u objetos lícitos y que no sea dolosa ni fraudulenta .....	627
	g) Que la voluntad del confesante no esté viciada por error de hecho o dolo, cuya prueba autorice su revocación .....	629
	h) Que la ley no prohíba investigar el hecho .....	630
	i) Que el hecho sea metafísica y físicamente posible .....	630



j)	Que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad	631
k)	Que el hecho confesado no esté en contradicción con las máximas generales de la experiencia	631
l)	Que el hecho confesado sea jurídicamente posible, por no existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario	632
m)	No existir prueba en contrario, cuando la ley autoriza	633
n)	Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión si es extrajudicial	634
ñ)	Oportunidad procesal de su ocurrencia cuando es confesión judicial espontánea, o de su prueba si tuvo lugar en otro proceso o extrajudicialmente	635
155.	Requisitos especiales de la confesión judicial	635
a)	Que se haga en un juicio o en diligencia judicial previa, es decir, a un juez en ejercicio de sus funciones	635
b)	Que el juez sea competente, si lo exige expresamente la ley	637
c)	No es indispensable que ocurra en el mismo proceso, salvo que una norma legal lo exija	638
156.	Confesión, admisión y reconocimiento. Sus analogías y diferencias	642
a)	La noción de admisión y sus diferencias con la confesión	642
b)	La noción de reconocimiento; diferencias con la confesión y la admisión	645
157.	Naturaleza jurídica de la confesión	649
1ª)	Tesis que considera la confesión como declaración bilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial de derecho privado	650
2ª)	Tesis que sostiene que la confesión es una declaración unilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial de derecho privado	652
3ª)	Tesis que considera la confesión como un acto de voluntad, y, por lo tanto, como un negocio jurídico, pero de naturaleza procesal, y no un medio de prueba	653
4ª)	Tesis que le asigna a la confesión el doble carácter de acto de voluntad o de negocio procesal y de medio de prueba	654
5ª)	Tesis que considera la confesión de naturaleza sustancial, pero no negocial, y que le niega el carácter de medio de prueba	656
6ª)	Tesis que estima la confesión como de naturaleza sustancial, pero no negocial, y que le reconoce el carácter de medio de prueba	656
7ª)	Tesis que le reconoce a la confesión naturaleza procesal y de derecho público no negocial, pero que niega que sea un medio de prueba	659
8ª)	Tesis que considera la confesión como una declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba	661
9ª)	Tesis que considera la confesión como una declaración de ciencia o de conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba	662
10ª)	Nuestra opinión	664
158.	Nuestras definiciones de confesión en general y de confesión judicial en particular	667
159.	Distintas clases de confesión	669
160.	Sujetos del acto confesorio	669
161.	La disponibilidad de la confesión o su provocación	671
162.	Fundamento o razón de ser del valor probatorio de la confesión	673
163.	Valor probatorio de la confesión judicial y extrajudicial	675
164.	Confesiones contradictorias, orales o en documentos públicos o privados	677
165.	La confesión y el estado civil de las personas	682
166.	La prueba de la confesión	684
167.	Apreciación de la confesión por el juez	685
168.	Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión cuando es divisible la declaración de parte	690
A)	Diversos sistemas	692

1º) Sistema de la absoluta divisibilidad de la declaración de parte	692
2º) Sistema de la absoluta indivisibilidad o inescindibilidad de la declaración de parte	693
3º) Sistema de la indivisibilidad relativa de la declaración de parte, con regulación legal objetiva para determinarla y tarifa legal	694
4º) Sistema que deja al juez en libertad para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la declaración de parte y su valor probatorio, cuando no contiene una confesión simple, y la parte contraria discute las adiciones	700
B) El actual sistema legal colombiano	701
C) Cuándo existe confesión cualificada o compleja indivisible	702
D) Cuándo existe confesión compuesta, o, mejor dicho, declaración compuesta divisible	703
E) Casos en que se prescinde del hecho adicionado, no obstante existir conexión jurídica íntima: cuando esté en contradicción con una presunción o cosa juzgada, o con pruebas de otra clase o con un hecho notorio, o aparezca imposible física y metafísicamente	706
F) Qué ocurre cuando hay otra prueba del hecho confesado	706
G) La admisión es indivisible en las mismas condiciones que la confesión, pero no el reconocimiento de la demanda o las excepciones	707
H) Indivisibilidad de la confesión en el proceso penal	707
169. Efectos de la confesión respecto a los litisconsortes y sucesores del confesante y a los terceros	710
170. La llamada revocación de la confesión, o, mejor dicho, su retractación o rectificación	712
171. Cuáles son las causas de revocación o retracto de la confesión	717
a) El error de hecho	717
b) Cuándo existe error de hecho o error de derecho	718
172. La prueba del error de hecho	724
1ª tesis: la que exige prueba del error y de la realidad contraria	724
2ª tesis: la que considera que es suficiente comprobar la falsedad objetiva del hecho	727
a) Cuándo y cómo se reclama y prueba el error de hecho	732
173. Otros problemas relacionados con la revocación o el retracto de la confesión	733
a) Caso del error motivado por un lapsus del lenguaje oral o escrito (error ostativo)	733
b) Dolo de la parte contraria o de terceros	733
c) Casos de la confesión simulada o fraudulenta	735
d) Caso de la confesión obtenida por violencia física, psicológica o moral	736
e) La incapacidad del confesante	738
f) Retracto de la confesión ficta o presunta	739
174. Las posiciones	740
1º) Breves comentarios sobre el origen histórico y su regulación en los códigos actuales	740
a) Históricamente	741
b) Dogmáticamente	741
c) Prácticamente	741
2º) Naturaleza jurídica de las posiciones	744
3º) Sobre qué hechos debe versar el interrogatorio	744
4º) Quién puede ser citado a absolver posiciones: cuándo pueden absolverse por apoderado o representante	746
5º) Cómo deben redactarse las preguntas	748
6º) Cuándo puede decirse que quien pregunta confiesa	749
7º) Efectos jurídicos de la citación	750

8º)	Consecuencias de no comparecer o permanecer en su casa para la diligencia; primer caso de confesión ficta o presunta .....	750
9º)	El juramento del absolvente .....	752
10º)	Cómo se debe responder a las preguntas .....	753
11º)	Consecuencias de la negativa a responder o de hacerlo evasivamente: segundo caso de confesión ficta o presunta .....	753
12º)	Apreciación de las posiciones .....	755
175.	La confesión extrajudicial y sus problemas .....	756
a)	Cuándo existe confesión extrajudicial .....	756
b)	La confesión extrajudicial requiere los mismos requisitos generales de la judicial para su existencia, validez y eficacia .....	757
c)	Requisito especial de la confesión extrajudicial (su prueba oportuna) .....	757
d)	Cómo se prueba esta confesión .....	758
e)	La confesión extrajudicial en materia comercial .....	759
f)	Naturaleza de la confesión extrajudicial .....	759
g)	Su divisibilidad o indivisibilidad .....	760
h)	Su apreciación por el juez y su valor probatorio .....	760
176.	Diferencias entre la confesión en el proceso civil y en el proceso penal ..	762
177.	Semejanzas de la confesión en lo civil y en lo penal .....	764