LA PRUEBA DOCUMENTAL

FEDERMAN VICENTE FUENTES GUTIERREZ

Trabajo Presentado como Requisito para Optar al Titulo de Doctor en Ciencias Sociales y Politicas.

DIRECTOR: CARLOS LLANO
Decano Facultad Derecho

PRESIDENTE DE TESIS: BLAS CASTILLO

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

DR 0394

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHOS Y CIENCIAS POLITICAS

FUNDADOR	:	JOSE CONSUEGRA HIGIN
RECTOR	:	JOSE CONSUEGRA HIGIN
DECANO	:	CARLOS LLANOS
SECRETARIO	:	RAFAEL BOLAÑO MOBILLA
DIRECTOR DE TESIS	:	CARLOS LLANOS
PRESIDENTE	:	BLAS CASTILLO

Barranquilla Atlántico, Junio 5 de 1991

Barranquilla Atlántico, Junio 5 de 1991.

SEÑOR DOCTOR
CARLOS LLANOS
DECANO FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

SEÑOR DECANO:

La prueba documental, es el titulo de la monografia presentada por el alumno Federman Vicente Fuentes Gutierrez, como requisito para optar el titulo de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, en nuestra facultad.

El mismo estudiante me ha discernido el honor que sea su presidente de tesis, en cargo que cumplo gustosamente y procediendo conforme a las disposiciones reglamentarias rindo ante usted el informe de rigor.

El graduando, divide su trabajo en cinco capitulos en los cuales trata el aspecto filosófico de la prueba, que es probar y que es un medio de prueba, enumeración de los medios de prueba en particular, el documento y clasificación de documentos.

Asi mismo trata con detenimiento aspectos históricos de

la prueba, diversas fases de su evolución, las pruebas judiciales en Grecia y Roma, las pruebas judiciales en la Europa posterior al imperio Romano, objeto de la prueba, hechos como objetos de prueba, principios generales de la prueba judicial.

Define con claridad el juramento, el documento, la confesión, autenticidad, publicidad y el aspecto importante dentro del tema probatorio de la tesis que dedica el graduando al valor probatorio de los documentos. En síntesis, el trabajo presentado por el señor Fuentes Gutierrez Federman Vicente es claro y sencillo y sus conceptos consultan con claridad los temas tratados. Por lo cual solicito muy respetuosamente al señor Decano tenerlo en cuenta como requisito suficiente para optar su titulo de Derecho en Ciencias Sociales de nuestra Universidad Simón Bolivar.

Del Decano con sentimiento de consideración y aprecio.

BLAS CASTILLO

TABLA DE CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCION	1
1. CAPITULO I. ASPECTO FILOSOFICO DE LA PRUEBA.	3
1.1. ASPECTO HISTORICO DE LA PRUEBA	5
1.2. DIVERSAS FASES DE SU EVOLUCION	7
1.3. LAS PRUEBAS JUDICIALES EN GRECIA Y ROMA	8
1.3.1. Las Pruebas Judiciales en Grecia	8
1.3.2. Las pruebas Judiciales en Roma	10
1.4. LAS PRUEBAS JUDICIALES EN LA EUROPA POS - TERIOR AL IMPERIO ROMANO	16
2. CAPITULO II. QUE ES PROBAR Y QUE ES UN MEDIO DE PRUEBA	26
2.1. OBJETO DE LA PRUEBA	31
2.2. HECHOS COMO OBJETO DE PRUEBA	40
3. CAPITULO III. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL	53
4. CAPITULO IV. ENUMERACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	80
5. CAPITULO V. LA PRUEBA DOCUMENTAL	84

Pàgs.

5.1. NOCION Y NATURALEZA 84

5.2. ETIMOLOGIA Y ALCANCE DE LOS TERMINOS 85

5.3. DEFINICION DE DOCUMENTO 86

5.4. OBJETO Y SUJETO DEL DOCUMENTO 88

5.5. SUJETO DEL DOCUMENTO 89

6. CAPITULO VI. CLASIFICACION DE LOS DOCUMENTOS 92

6.1. AUTENTICIDAD 93

6.2. LA PUBLICIDAD 97

6.3. PUBLICIDAD Y AUTENTICIDAD EN MATERIA PENAL 98

BIBLIOGRAFIA 100

INTRODUCCION

Todos los pueblos socialmente organizados de la tierra, se han preocupado por regular, establecer desde las edades remotas las relaciones juridicas procesales del hombre, en su afàn de cristalizar el principio de equidad y justicia social que les permita la normal vivencia en comunidad.

Es asi como desde tiempos inmemoriales se ha venido ensayando una serie de fòrmulas productos de hechos acaecidos que yo llamaria juicio, en los precisos momentos en que el criterio del hombre (comunidad), considere que los actos o hechos son producidos por ellos, constituyen por su naturaleza una violaciòn a las buenas costumbres de la sociedad. Juan Jacobo Rosseau en su obra el contrato social dice: El primero que dijo esto es mio, es un ladron y es un presupuesto ficticio para presumir que a partir de ese momento se hizo necesario la creaciòn de tribunales de pueblo que como mediadores entre los hombres intentaron que estos en su afàn de armonizar dentro del contexto juridico social de

una comunidad, necesitaba de una intervención estatal. Una autoridad suprema que regulara las relaciones entre sí, de ahí en mi concepto, nació la necesidad de normativa entre los hombres y nacieron consecuencialmente los distintos mecanismos jurídicos que garantizaron el derecho de cada uno: Como son los distintos medios probatorios que son encargados de llevar al juez el íntimo convencimiento de que un hecho es o no cierto.

Es mi intención destacar en esta tesis los aspectos mas importantes sobre la materia real y objetiva relacionada sobre la prueba documental.

Para ello me he remontado desde el aspecto histórico y filosófico de la prueba sus diversas fases de evolución con el fin de demostrar el tema central La Prueba Documental.

1. CAPITULO I. ASPECTO FILOSOFICO DE LA PRUEBA

Sostiene el Doctor Dellepiane que no hay rama alguna del derecho que no tenga íntima conexión con la filosofía y el derecho procesal, menos que otra cualquiera de las ciencias jurídicas, hace excepción a esta regla. El derecho de procedimiento se relaciona con la filosofía por múltiples partes; y esa anastomosis se hace especialmente estrecha hasta revestir el carácter de una verdadera dependencia del uno a la otra, en todo lo que atañe a la prueba judicial. La teoría de la prueba judicial puede decirse que es un mero capítulo de la lógica aplicada, y, como tal, entraña el conocimiento o la referencia de problemas de sicología y hasta de metafísica. Así lo reconocen, por otra parte, los mismos tratadistas que la han considerado desde el punto de vista escencial jurídico, como Bonnier, que abre su clásica obra sobre la materia con una introducción en la cual se esfuerza en sentar, según sus propias palabras, las bases filosóficas de la prueba judicial, tocando aunque con suma sobriedad, algunas doctrinas metafísicas, para dar de ese modo una base sólida y racional al

edificio que se propone construir.

De lo anterior se infiere, que la teorìa de la prueba judicial guarda relaciòn estrecha con la llamada metodologìa de la historia y con los mètodos de otras diversas ciencias afines hacièndose asì posible, comprender todas ellas en una misma teoria, màs amplia, general y mejor fundada que seria la metodolgìa reconstructiva. Se hace necesario aglutinar las ciencias que hasta hoy marchan dispersas, determinar sus rasgos y semejanzas y mostrar la ayuda que pueden presentarse recìprocamente, hacer ver los procedimientos y precauciones que cada una emplea para la adquisiciòn de la verdad.

Crìtica històrica, metodologìa de la historia, teoria de la prueba judicial, crìtica del testimonio, prueba indiciaria, mètodos comparativos o de las series en arqueologìa, en linguistica, ya que todo està destinado a fundirse y buscar su verdadera colocaciòn y lugar respectivo, su cientifica significaciòn y valor, en una teoria màs amplia, rigurosamente lògica y exacta.

---

(1) DELLEPIANE. Obra, Nueva Teoria de la Prueba, Pàgina 9a.

1.1. ASPECTO HISTORICO DE LA PRUEBA

El nombre es de antiguo y noble abolengo. Lo usò el Rey Don Alfonso, llamado El Sabio, por las cosas perdurables que dejò hechas y que màs de seis siglos despuès siguen siendo ciertas y dignas de admiraciòn, como las Siete Partidas, en que se lee:

"... Queremos aqui decir de las pruebas que los hombres aducen en juicio sobre las cosas negadas..." (1).

En el XIX, siglo de las codificaciones y del culto casi fetichista de la ley, escrita el famoso jurisconsulto y filòsofo inglès Jeremias Bentham impuso universalmente el nombre de pruebas judiciales, merced a la basta difusiòn y fama que alcanzò su obra "Traitè des Preuves Judiciaires" (2) seguida a poco de otro ensayo no menos influyente en el mundo juridico, denominado "Rationale of Judicial Evidence". Ese tratado fuè texto de estudio en nuestras escuelas de derechos por màs de cinco dècadas, hasta cuando, de 1885 en adelante, dejaron de tener ambiente favorable las tesis de Bentham sobre legislaciòn y filosofia y a lo menos oficialmente fueron sustituidas por las escolàsticas.

Màs el nombre de pruebas judiciales sobreviviò a 1886.

Un prestigioso intelectual, Don Carlos Martínez Silva (3), había publicado en 1876 un texto sobre la prueba, así en materia como penal, con claras ideas y buen estilo, que orientó a varias generaciones de juristas, exactamente titulado como el del filósofo inglés: "Tratado de Pruebas Judiciales", pero inspirado en ideas social - Católicas y en la técnica procesal del italiano Ricci y del Alemán Mittermaier.

Muy a principios del corriente siglo, otra obra con el nombre de "Elementos de Pruebas Indiciales", en cuestiones penales y civiles, del ilustre repúblico y jurista José Vicente Concha (4), compitió generosamente, par a par, con la de Martínez Silva, en escuelas y estrados de justicia, con la misma orientación y técnica de Ricci y Mittermaier, más las ideas del nuevo aporte de Bonnier, francés, y de Lessona, italiano. Concha fué además un verdadero experto en derecho público, y en penal, de la escuela clásica italiana.

Esos maestros habían ya fallecido cuando se expidieron los códigos, hoy vigentes: La ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil; la 95 de 1936 sobre código penal; y la ley 94 de 1938 sobre códigos de procedimiento penal.

Alcanzó a comentarlos en la Universidad Nacional, con acento marcadamente filosófico, otro profesor de derecho, Don Luis Alzate Noreña, y sus conferencias fueron publicadas en 1941, después de muerto. Este profesor, al usar el mismo nombre de "Pruebas Judiciales", prolongó el de la cátedra (5).

1.2. DIVERSAS FASES EN SU EVOLUCION

Suelen distinguirse cinco fases en la evolución de las pruebas judiciales:

- La fase etnica o primitiva; - La fase religiosa o mística; - La legal, que creemos más acertado calificarla como de tarifa legal; - La fase sentimental, que sería denominar de la íntima convicción moral, y - La fase científica.

La fase primitiva corresponde a todas los sociedades en formación, cuando sólo podía existir un sistema rudimentario, y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales 2, 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 cada

sociedad no habìa aparecido aùn un sistema probatorio judicial propiamente dicho.

Las cuatros ùltimas fases de la evoluciòn del concepto de la prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encuentran màs o menos definidos en la historia europea, a partir de la caida del imperio romano, por haber producido una quiebra fundamental en la civilizaciòn juridica y social que Roma habìa llevado a altos niveles, lo cual hizo que durante muchos aùos imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales.

1.3. LAS PRUEBAS JUDICIALES EN GRECIA Y ROMA

1.3.1. Pruebas Judiciales en Grecia. En la època clàsica de Grecia, y màs especialmente en Roma, la evluciòn en esta materia, como en otros campos del derecho, fuè extraordinaria, por lo cual se la debe examinar por separado. Tal vez puede afirmarse que todavìa en la segunda mitad del siglo XX de la era cristiana, no han sido superadas las concepciones juridicas que en materia de règimen probatorio existieron en la antigua Roma.

Poco es lo que sabemos sobre la regulaciòn de esta materia en la Grecia antigua. En el estudio que en su

Retòrica hizo de la prueba Aristòteles se encuentra una concepciòn lògica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otra indole; el gran filòsofo examina la prueba por sus aspectos intrinseco y extrinsico, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial, y considera que la principal està constituida por el silogismo (entimeda) y la induccièn. En cuanto a su forma, en Grecia imperò la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general rigiò el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y solo en casos especiales se le permitia al juez tener inciativa para decretarlas y paracticarlas de oficio.

Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existian restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podian declarar los esclavos, comerciantes y, en alguanas causas, las mujeres, si lo hacian voluntariamente. La prueba documental gozò de especial consideraciòn particularmente en materia mercantil, habièndose otorgado a algunos documentos mèrito ejecutivo directo y, por lo tanto, valor de plena prueba, como sucedia de personas honradas y dignas de crèdito. El juramento tuvo mucha importancia, aùn cuando en la època clàsica la perdiò en buena medida, y existiò

tanto el decisorio como el referente a solo parte de la controversia. Pero lo màs notable fuè que existiò la crìtica lògica y razonada de la prueba, sin que al parecer rigiera una tarifa legal que determinara de antemano su valor (3).

Un principio aristotèlico que sin duda influyò en la regulaciòn de la prueba testimonial en el derecho romano y moderno, es aquel que otorga mayores posibilidades de error en la percepciòn del mundo real, a medida que este se aleja de los propios sentidos del sujeto; de aquì se deduce la limitaciòn del testimonio a lo percibido directamente por el testigo, y su exclusiòn cuando se trata se conjeturas ò deducciones.

Como puede apreciarse, la evoluciòn que hubo en Grecia sobre esta materia fundamentalmente para la organizaciòn judicial de cualquier paìs, superò con mucho a la que luego existiò en Europa, por lo menos haasta el siglo XVI.

1.3.2. Las Pruebas Judiciales en Roma. En la Roma antigua la materia de las pruebas sufriò una evoluciòn anàloga a la que presenta en general el proceso y la administraciòn de justicia. Pueden distinguirse varias etapas, que examinaremos brevemente. (4).

- En la fase del antiguo proceso romano o por legisl actiones, el juez tenia un carácter de árbitro, casi de funcionario privado, más con la absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fué 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 todavia hoy conocemos. No existian 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 existieron reglas especiales, e inclusive, una apreciación jurídica de la prueba. Los jueces de la questiones perpetuee er an asimismo jueces populares que resolvian de acuerdo con su personal convicción. Esta fase comprende el período formulario.

- Viene luego durante el imperio la fase del procedimiento extra ordinem, de marcada naturaleza publicistica, durante la cual el juez deja se 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 cual de ellas

corespondía 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 el siglo XVII a XIX, en lo civil especialmente. De esta suerte dejó de existir la libre valoración que caracterizó el período anterior, y aún fueron fijados previamente los temas de prueba que debían considerarse como demostración sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones juris). Los medios de prueba fueron los mismos períodos formulatorio, 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 libetad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablacidas para muchos casos.

Sin embargo, como observa Mittermaier, si bien bajo el imperio caen en desuso los tribunales populares, no se encuentra aún un sistema de pruebas legales como hoy se entiende, que lo obligara, por ejemplo, a tener por demostrado un hecho por la declaración de dos testigos.

Los jueces obedeciendo a su convicciòn, como antes, por cuanto no les fueron impuestas por los emperadores reglas esecíales, como la que rechazaba la declaraciòn de ciertas personas y la que negaba al dicho de un solo testigo el suficiente valor para producir la convicciòn. Ni siquiera en los ùltimos tiempos del imperio existiò 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 investigaciòn de la verdad material".

Segùn concepto de Ciceròn ò, la funciòn del juez no se limita a una labor mecànica de contar los testimonios, sino que debe examinar el grado de credibilidad... Por eso el deber del juez es profundizar el exàmen del testimonio y condenar solo aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declaràndolos, en caso contrario, en libertad". Y el mismo Ciceròn enseñaba que el objeto de la prueba era despejar las dudas del juez y aclarar la 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 probnate reus absolvitur; pero la prueba de las excepciones correspondían al demandado: reus in excipiendo fit actor.

llamados duelos judiciales y los juicios de Dios (como las pruebas del agua y del fuego), las ordalias y los juramentos expurgatorios. Si bien es cierto que existio el tormento en ciertas èpocas, su uso restringido como medio probatorio, principalmente para las declaraciones de esclavos, y en todo caso hubo mayor moderaciòn que en la Edad Media y parte de la llamada Edad Moderna. Contra el tormento reclamaron jurisconsultos tan notable como Ciceròn (8). Podemos decir que es muy poco lo que se ha agregado en los ùltimos sglos a la concepciòn juridica romana en esta materia. Si bien la tendencia moderna procura devolver al juez la libertad de apreciaciòn razonada y cientifica 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 tradiciòn romana. Sòlo en la utilizaciòn de los medios que la tècnica moderna ha introducido en los mètodos para la investigaciòn, especialmente en el ramo penal, podemos encontrar novedades en relaciòn con la legislaciòn y la jurisprudencia romana. En el derecho romano, advierte con muy buen criterio Silva Melero (9), se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilizaciòn occidental.

1.4. LAS PRUEBAS JUDICIALES EN LA EUROPA POSTERIOR AL IMPERIO ROMANO

1.4.1. La Fase Etnica o Primitiva. Seguramente a la caída del imperio romano existía en Europa grupos étnicos que se hallaban en lo que hemos llamado la fase primitiva en la historia de las pruebas judiciales (y del derecho procesal en general), puesto que la influencia religiosa que caracterizó la fase siguiente viene muchos años después con dominio del cristianismo sobre los germanos, francos y demás grupos importantes. De ahí que suele denominarse esta fase como étnica.

1.4.2. La Llamada Fase Religiosa o Mística. Podemos distinguir dos etapas o subdivisiones de esta fase:

- El antiguo derecho germano. El derecho germano es el más representativo en esta nueva etapa del desarrollo de la cultura jurídica europea, madre de la americana. Al derecho romano se suele contraponer el de los pueblos germánicos (10).

Mientras en aquel la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez, quien generalmente podía valorarla con libertad, con las limitaciones que durante el imperio se introdujeron, en el proceso germánico la prueba tenía una

finalidad en sí misma y conducta a fijar la sentencia, que el juez apenas adoptaba. De este modo, era una actividad casi exclusivamente de las partes. Así surgió un nuevo concepto de prueba legal, pues estaba sometida a una rigurosa formalidad y sus resultados eran generalemente incontrovertibles; pero no se trata de un sistema legal de pruebas, como hoy lo entendemoos, formado por numerosas reglas contenidas en la ley, que no podían existir en esa etapa histórica, como atinadamente lo observa Mittermaier (11), aún cuando esas prácticas eran verdaderas reglas sobre pruebas, que definían la dicisión del litigio, puesto que el juez no podía desconocerlas al declarar la sentencia.

Ya no se perseguía la verdad o material, como suele decirse sino un convencimiento puramente formal: El que resultare del proceso, merced, a esos medios artificiales y por lo general absurdos, basados en la creencia de una intervención de la Divinidad, o en la justicia de Dios para los casos particulares. Así surgieron las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, lo mismo que las pruebas del agua y del fuego. Este sistema perduró hasta muy entrada la Edad Media, y correspondió al derecho canónico la misión de combatirlo y eliminarlo.

Con razón dijo Jeremías Bentham (12), que los

procedimientos eran un juego de azar o escenas de juglería, y en vez de lógicos existían exorcistas y verdugos: El hombre vigoroso podía defender ciertas injusticias, con el hierro en la mano. Y tarde los califica de "peritaciones divino - legales del pasado" (13).

Es importante la observación de Hittermaier (14), de que hubo ciudades en las cuales una precoz civilización consiguió muy pronto abandonar las ordalías y duelos, y en donde se infiltraron antes las ideas del derecho romano, los medios de prueba conocidos en éste y el principio de la búsqueda de la verdad real, aún cuando no se llegó a tener doctrina completa. Así, durante mucho tiempo los escabinos administraron justicia, sin tener para sus sentencias más base que la de su personal convicción, orientada por el cumplimiento de las reglas legales. Esta práctica fue un antecedente valiosísimo, que sirvió luego para la espansión de los principios probatorios del derecho canónico, cuya fuente se encuentra asimismo en el derecho romano. También los capitulares de los reyes francos contienen varias disposiciones acertadas en materia de prueba.

- Influjo del Derecho Canónico. Viene luego la etapa del influjo cada vez más marcado del derecho canónico, en

la cual se prepara el trànsito del perìodo anterior a la fase del sistema legal. A travès del derecho canònico va penetrando y se van abandonando aquellos medios bàrbaros.

1.4.3. La Fase Legal. Mejor denominada del sistema de la tarifa legal. El derecho canònico se impone definitivamente, como un apreciable avance en la cultura jurìdica, a pesar de estar denominado por el criterio de la regulaciòn detallada de los medios de prueba y su apreciaciòn previa, que para esa època fue quizàs indidpensable en la lucha contra los sistemas mìticos aprobiosos que regian en toda Europa, se tratò de darle una base jurìdica al proceso, y la ignorancia e impreparaciòn de los jueces hizo aconsejable la predeterminaciòn por el Legislador Eclesiastico, primero, y luego por el civil, de todo un sistema probatorio. Los papas dan instrucciones detalladas para el proceso canònico y los canonistas elaboran muchas reglas sobre pruebas, guiados por el mètodo escolàstico, utilizando, las tradiciones romanas, especialmente el derecho justinianeo, pero mezclando en ocasiones principios tomados de la Biblia, como en el caso del nùmero de testigos necesarios para formar la conviccìòn.

Por obra de los glosadores, se establecen las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil, sobre los

principios romanos que la hacían gravitar sobre el demandante respecto de sus excepciones. Se introduce en general la lógica en el proceso. Como observa Micheli (16), 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 oficial como en esa institución eclesiastica 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 (17).

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 (18), 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 La 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 ejemplo, como la de Luis Vives, en el siglo XVI, y el padre Feijoo, 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 (19).

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 de 1532, de la cual fué autor el alemán Johann Schwartzembreg, y en lo que es notable el esfuerzo para dirigir los procedimientos a la búsqueda de la verdad material, (sobra realmente el calificativo; cfr. núms. 632 y 683) y se sientan principios básicos tomados del derecho romano y el canónico (20).

Este código carolino es la fuente del derecho germánico, a partir de tal año, y sirve de fundamento para una teoría completa de la prueba, a 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 sobre sale la de Baviera que, en opinión de Mittermaier (21), es la que más fielmente produce las ideas dominantes en aquel tiempo. Vino luego la Ordenanza de Justicia Penal de José, 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 fué 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 Hobbes; pero en el siglo XVI se crea un sistema probatorio sobre normas de exclusión. El testimonio pasa a ser la principal prueba, hasta el punto de que el "término evidence hasta el siglo XVI significó prueba testificial" (22), 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, basadas en la teoría de las probabilidades tomada del derecho canónico.

Resumiendo, la evolución del derecho probatorio en esta fase de la tarifa legal (24), 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 las pruebas de las contenidas en la demanda.

1.4.4. La Fase Sentimental. Mejor denominada de la convicción moral. Puede decirse que esta fase se origina de la Revolución Francesa, que acogió la teoría de Montesquieu, Voltaire y sus seguidores, con las ya citadas leyes de 1791. El artículo 732 del código 3 de Brumario, del año IV de la revolución, reprodujo el precepto de aquellas leyes de libertad de apreciación y la convicción íntima como único fundamento del fallo. Posteriormente el código de instrucción criminal acogió el mismo principio en su artículo 342.

El nuevo derecho Francés se difundió por Europa sólo a mediados del siglo XIX; pero en Austria duró el sistema legal durante muchos años, consagrado en el Reglamento del Procedimiento Criminal de 1853, se 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 basado en la ilusoria creencia, en la infabilidad de la razón humana y del instinto natural. Como decía Tarde (25), se trataba de una nueva superstición: La fé optimista en la infabilidad de la razón individual, del sentido común, del instinto natural". De ahí que considerara 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, pués el civil continúo sujeto a la tarifa legal y al procedimiento escrito, y mientras al juez penal se le daba facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas, el civil continuaba sujeto a la iniciativa de las partes.

1.4.5. 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 sicología y de la lógica, quedadndo 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.

2. CAPITULO II. QUE ES PROBAR Y QUE UN MEDIO DE PRUEBA

La noción vulgar o corriente de probar, la recoge y la tecnifica la ley para que las partes interesadas sepan a que atenerse en cuanto al modo de hacerlo, pero antes que la ley, ya existen en las relaciones sociales: "Es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente". Sin salirse de ese sentido social de la prueba, la ley de procedimiento entiende por término probatorio aquel tiempo que el juez concede al interesado para que averigue y muestre la verdad de algo que es conducente al reconocimiento de un derecho.

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se dá o no se dá la prueba del hecho o del acto jurídico, por ejemplo la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal, la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso preescribe permite o prohibe, con mayor severidad según las varios .pueblos. Por ejemplo, el matrimonio y la

filiación legítima. Se admiten socialmente como ciertos por el solo asentimiento de las gentes del lugar.

La noción de probar y la del medio probatorio han recibido incontables definiciones siendo todas variedades de la misma idea.

Las siete partidas definen la prueba tanto en material civil como en material penal, así: "Averiguamiento que se hace en jucio en razón de una cosa que es dudosa".

Don Joaquín Escrichè (1), en su obra "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", la comenta y le agraga la definición de medio probatorio "aquel con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa".

Lessona (2), partiendo de la norma, que obedece a una necesidad pràctica, de que al juez civil hay que llevarle el conocimiento de los hechos, dice: "Que probar significa hacerle conocer al juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser". Completa la idea con la definición que luego da de los medios de prueba, así:

"Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer

conocido del juez, un hecho, es decir, de darle conocimiento claro y preciso de èl y juntamente darle la certeza de resistencia de aquel hecho, es un medio de prueba".

Esas definiciones son muy expresivas. Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, puès los han creado y los han vivido, deben hacerlos conocer de tal manera que el conocimiento produzca certeza en su criterio. La certeza aquí viene a ser la persuaciòn de la verdad, algo subjetivo en su conciencia.

Según el Profesor Rocha, probar consiste puès en poner de manifiesto la verdad de los hechos en su modo preciso de ser o de haber sido y en infundir sobre su existencia y modalidades una convicciòn hasta el límite que en cada caso exija la ley. Y si la certeza, agrega el autor, es la persuaciòn de la verdad, y la verdad a su vez, es la conformidad de la idea con la cosa o con el hecho, las pruebas judiciales vienen a ser el medio por el cual llegamos a conocer con mayor o menor certeza la verdad de los hechos.

Para Carnelutti (3), hay algo màs que una indicaciòn pràctica en este proceso de la prueba y del probar: Para

este autor hay una actividad, una noción lógica, una función del espíritu. Para él probar indica una actividad del espíritu dirigida a verificar un juicio y prueba, como sustantivo de probar, es el procedimiento dirigido a tal verificación. Dice que en últimas lo que se prueba es una afirmación, porque el hecho hay que afirmarlo con razones y las razones no pueden ser montadas en el aire, sino partiendo de hechos sensibles que constituyen el fundamento de la razón. De ahí que para él, en la prueba hay un quid sensible y además una fundamentación razonable de su existencia.

Framarino (4), expresa este pensamiento con admirable claridad: "Así como las facultades de la percepción son las fuentes subjetivas de la certeza, así las pruebas son el modo de manifestación de la fuente objetiva que es la verdad. La prueba es pues, a este respecto, el medio por el cual la verdad llega al espíritu. Y como el espíritu puede, con relación a un objeto, llegar por la prueba al estado de simple credibilidad, al de probabilidad, o bien al de certeza, hay pruebas de credibilidad, pruebas de probabilidad y prueba de certeza. La prueba en general, es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano en sus especiales determinaciones de credibilidad, de probabilidad y de certeza.

Concordante con esta idea, es la observaciòn de Mittermaier, que dice: En investigaciòn de la verdad puede compararse en entendimiento humano o una balanza puesta en movimiento por circustancias de fuera y que comunica el movimiento que llamamos fiel de la balanza de la conciencia: Ese impulso puede ser màs o menos poderoso. A veces, poco fuerte; engendra sospechas, solo produce una percepciòn pura y simple. Otra, ràpida e irresistible, hace descender y sostiene abajo el platillo, porque entonces la certidumbre obra con todo su peso.

El profesor Hernando Devis Echandia (5), utilizando estas ideas fòrmula desde el punto de vista rigurosamente procesal, las siguientes definiciones:

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 razòn aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre lo 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 la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisiòn, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoraciòn que la ley autoriza.

2.1. OBJETO DE LA PRUEBA

Por Objeto de la Prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba; es una nociòn puramente objetiva y abstracta, no limita a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretenciones de las diversas partes, de idèntica aplicaciòn en actividades extraprocesales, sean o no juridicas, es decir, que como la nociòn misma de prueba se extiende a todos los campos de la actividad cientifica e intelectual.

La nociòn de prueba y objeto de la prueba, tienen necesariamente una amplitud, ya que no se concibe la prueba sin el objeto materia de ella. Si se tiene en cuenta esta verdad elemental, resulata obvia la conclusiòn de que juricamente no puede limitarse el objeto de la prueba, en un sentido general o abstracto, o

los hechos controvertidos sino que, por el contrario, es indispensable extenderla a todo lo que por sí mismo es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del estado, para los fines del proceso.

Algunos autores, como Chiovenda (1), Lessona (2), Michelli (3), Joao De Castro Méndez (4), confunden los conceptos de objeto y tema o necesidad de la prueba y sostiene entre otros conceptos, el siguiente:

Para Chiovenda, "Objeto de la Prueba", son los hechos no admitidos y, no notorio, puesto que los hechos que no pueden negarse sin tergiversaciones no exigen prueba.

Como se ve, Chiovenda confunde el objeto de la prueba con el tema de la prueba, de manera que se refiere a lo que debe probarse en proceso, y no lo que puede ser materia de prueba.

Michelli dice: "Es enseñanza común que el objeto de la prueba está constituido por los hechos controvertidos, esto es, por aquellos hechos cuya existencia o madalidad de ser son motivo de discusión en jucio, puesto que si impugna por el adversario". Este autor confunde la necesidad de probar un hecho con la posibilidad de ser probado.

Otros autores como Rocco (5), distinguen el objeto y la necesidad de la prueba advirtiendo que si el hecho afirmado por una parte es admitida por la otra, no puede ser objeto de discusiòn su existencia o inexistencia, en cuanto trate de derechos disponibles. Y agrega: De cuanto se ha expuesto se deriva que solo los hechos constituyen materia de prueba, con exclusiòn de los hechos admitidos y, por lo tanto, no controvertidos, y de los notorios. Màs adelante agrega que si los hechos son admitidos por la parte contraria o pertenecen al comùn conocimiento o al dominio pùblico, no hay discusiòn sobre su existencia o inexistencia, pero que puede ser simplemente afirmado y alegado en el proceso, y en tal caso, es necesario que quede probado su existencia o inexistencia.

Entre los autores que distinguen el objeto y la necesidad de la prueba encontramos a Floirian (6), quien clasifica el objeto de la prueba en abstracto y concreto, y dice que aquel se determina por la posibilidad abstracta de la comprobaciòn en jucio, o sea por la actitud procesal de prueba. Desde este punto de vista son objeto de ella los elementos de hecho en su màs variadas manifestaciones y complejidad, de orden externo incluyendo los documentos, las personas fisicas, las màximas o reglas de experiencia en cuanto a su contenido, y en ciertos casos, las normas

jurídicas (derecho consuetudinario y leyes extranjeras).

Rosemberg (7), distingue expresamente entre objeto y necesidad de la prueba y dice: "Objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, a veces las màximas de experiencia, rara vez los preceptos jurídicos; y aclara que por este hecho en este sentido, se entiende los acontecimientos y circustancias concretas, determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de vida anímica humana, que el hecho objetivo ha controvertido en presupuesto de un efecto jurídico.

Schonke (8), afirma este autor que el objeto de la prueba està constituído fundamentalmente por hechos, los cuales los define como todo suceso exterior o interno que sea o haya sido perceptible. Agrega Schonke que también puede ser objeto de prueba un concepto formado por varios hechos independientes.

Kisch (9), opina que el objeto de la prueba està formado fundamentalmente por hechos, sin exigir la condición de controvertidos.

Friedrich Lent (10), comparte la opinión de Kisch, pues afirma que el objeto de la prueba està constituído por

los hechos (afirmaciones de hechos), y solo excepcionalmente por las màximas experiencias y de las normas jurìdicas (derecho extranjero y consuetudinario), y por separado estudia los hechos cuya prueba no es necesaria por ser notoria.

Ricci (11), habla de la necesidad de probar surge en jucio siempre con un hecho presentado como base de la demanda o de la excepciòn, se contradice por la otra parte, porque no se exige la prueba cuando no hay contienda sobre el hecho. Por lo tanto, este autor distingue acertadamente la necesidad de probar un hecho y el poder de ser objeto de prueba.

De La Plaza (12), que no es posible la probanza de lo que, por acuerdo, comùn, han reconocido las partes, concepto del cual se infiere de que un hecho conocido por las partes no puede ser objeto de prueba y agrega que el tema probandum solo alcanza a los hechos controvertidos.

Guasp (13), al referirse a la necesidad de la prueba, dice que ella es regla y que solo excepcionalmente puede considerarse un dato de hecho como excento de prueba. Esta regla la justifica diciendo que "todos los datos prècticos 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" y aunque advierte que algunos 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.

Silva Melero (14), explica este autor 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 tema 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 objeto de prueba en el respectivo proceso.

Fenech (15), opina que la actividad procesal de investigación debe tener por objeto los hechos en sentido amplio, no el derecho, y que en relación con cada proceso son objeto de la prueba "todos aquellos hechos que integran o han de integrar el fundamento fáctico de la pretención o pretenciones formuladas en el proceso

penal, o aquellos de cuya existencia depende la resolución de un punto de importancia en el proceso.

Este autor define el objeto de prueba, como 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.

Aragoneses (16), 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". Este autor se refiere a los requisitos objetivos así: Objeto de la prueba lo constituye los datos alegados por las partes, sobre la necesidad o no de probrar tanto los datos normativos como los datos físicos.

Otros autores como L. Prieto Castro (17), Emilio Gómez Orbaneja (18), y Vicente Herce Quemada (19), catedráticos españoles de Derecho Procesal, establecen también, en forma clara la diferencia entre estas dos nociones: Para ellos " 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.

Sentis Melendo (20), distingue también la necesidad de la prueba y la actitud 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 (21), 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, Delliepiane (22), considera la prueba judicial como un método de investigación o determinación de hechos.

Planiol y Ripert (23), opinan que "en principio la prueba judicial solamente se refiere a los hechos materiales o jurídicos", es decir, a puntos de hecho susceptible de ser negados ", sin exigir que efectivamente hayan sido negados.

Alesandri Rodriguez y Somarriba Undarraga (24), 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

nociòn de objeto y lo segundo en el tema de la prueba.

Entre nosotros, Alzate Noreña (25), dice correctamente: "En materia civil son los hechos de que emanan los derechos y las situaciones jurìdicas los objetivos de la prueba"; concepto que luego repite en estos tèrminos: " Objeto de la prueba (queda visto), no son los derechos sino los hechos".

Antonio Rocha (26), se expresa asì: "Objeto de la prueba son los hechos", no el derecho, salvo que se trate del derecho extranjero o la costumbe, ni tampoco la idea pura o raciocinio, màs adelante manifiesta que existe la creencia de que "la notoriedad de un hecho hace innecesaria la prueba de ese hecho", y critica la nociòn de notoriedad. Asì pues, el ilustre profesor colombiano distingue adecuadamente el objeto y la necesidad de la prueba.

De lo expuesto anteriormente, se deduce que objeto de prueba judicial en general, puede ser todo aquello que, siendo de interès para el proceso, pude ser susceptible de demostraciòn històrica (como algo que existiò, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lògica como serìa la demostraciòn de un silogismo o de un principio

filosófico, es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos pasados, presentes o futuros, y lo que pueda asimilarse a èste (costumbre y ley extranjera).

2.2. HECHOS COMO OBJETO DE LA PRUEBA

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no es su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el tèrmino todo lo que puede probarse para fines procesales.

En este sentido se entiende por hecho:

- Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptible, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y el ejercicio o calificaciòn que de ella se tenga.

- Los hechos de la naturaleza, en que no interviene la actividad humana.

- Las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o nò producto del hombre, incluyendo los documentos.

- La persona física humana, su existencia y caraàctiristicas, estado de salud, etc.

- Los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento tàctico o la conformidad siempre que no implique una conducta humana apreciable en razòn de hechos externos.

Dentro de esta concepciòn amplia de los hechos como objeto de la prueba, se comprende, en general, segùn observa Rosemberg "todo lo que pertenece a la tipicidad de los perceptos jurídicos aplicables y forma la proposiciòn menor del organismo judicial", es decir, todo lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto jurídico. Como en el proceso se aplica la ley a casos particulares, para obtener su realizaciòn o efectividad y secundariamente para componer litigio, si lo hay, cinvirtiendo en concreto el mandato abstracto que ello contiene, fin que no puede lograrse sin el conocimiento de los hechos que configuran esos casos concretos, objeto en todo lo que puede constituir el

presupuesto previsto por las normas jurídicas para que surtan 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 deben aplicarse para que se reconozca 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 en este, para reconocer que se han producido determinados efectos jurídicos que reclaman el demandante, o, por el contrario, para negarlos o para declarar probada la excepción del demandado que extinguió, o modificó, o simplemente suspendió tales efectos.

Hay algunos hechos sobre los cuales puede recaer la actividad probatoria:

Conductas a seguir: Esta primera clase de hechos comprende todo aquello que significa un acto humano individual o colectivo, esto es, no solo 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 producirlo, incluyéndose los llamado 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 solo 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 frcuentes 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 caso de estado civil (como padre o hijo, por ejemplo) para efectos de la posesión notorial 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 Rosemberg, de una "síntesis de hechos", que tienen cierta unidad, como unas relaciones sexuales

estables o una posesiòn de estado; es decir, de diversos hechos que configuran un solo concepto jurìdico o simplemente gramatical. Sus autores pueden ser muchas personas o una sola.

Puede tratarse de hechos reales, pero tambièn de hechos simplemente hipotèticos, no solo futuros (como en el caso del lucro cesante futuro), sino pasados, esto es, de hecho que habrian podido acontecer en determinadas circustancias o bajo ciertas condiciones.

Muy atinada es la observaciòn de Carnelutti (28), cuando dice que bien el testimonio es una fuente de prueba, tambièn puede ser objeto de ella, "como hecho que se ha de probar", por ejemplo, cuando se exigen perjuicios a quien declarò falsamente; entonces nos hallamos en presencia de un aacto humano como cualquier otro, susceptible de prueba. Extendemos la obsevaciòn al dictàmen de peritos, al tarabajo del intèrprete y a la confesiòn.

No solamente se incluye en la prueba de esas conductas las circustancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, sino que en general esa prueba conlleva inseparablemente el jucio que sobre tales acontecimientos o hechos humanos se tiene, o la calificaciòn que de ellos

se ve. Es frecuente contraponer de manera radical los hechos a los jucios para excluir de èstos el objeto de la prueba judicial. Pero este divorcio radical no es posible jurídica, ni lògica, ni sicològicamente.

- Hechos de la Naturaleza. Es frecuente 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 innundaciòn, un rayo o un simple temblor de tierra. Estos hechos naturales son objeto de prueba judicial, desde un punto de vista abstracto y tambièn concretamente como tema de prueba, cuando de ellas se desprende deducir la liberaciòn 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 èste haya sido consecuente de una fuerza mayor.

Sobre estos hechos recae frecuentemente la nociòn jurídica de notoriedad, como causa para exhibir la necesidad de su prueba, cuando son de pùblico o general conocimiento.

- Cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material. Tanto la conducta humana como los hechos de la

naturaleza puede 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, los 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 estos. No debe olvidarse, sin embargo, que el nacimiento de un animal, su desarrollo, su mejoramiento o daño, puede 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, también la conducta humana que haya recaído sobre él.

No solo las cosas u objetos materiales se prueban, sino también las circunstancias naturales o artificiales que los rodea, el ambiente material en donde existían 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 aquellas, puede 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 fé y en muchos otros casos.

Los documentos (inclusive los cuadros, pinturas, libros), son obra del hombre y por lo tanto, el haber sido o no otrogados 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 por si 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 es aquel, con el haber firmado o no quien figura haciéndolo), y lo mismo ocurre cuando 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 aquel.

Como explica Florian, el documento puede ser objeto de pruebas, por que es algo material susceptible de ser observado, verificado, percibido y examinado, especialmente en su exterioridad, calidad de papel, falsedad o autenticidad de la firma, autoría, sellos que tenga si su contenido implica injuria o calumnia, etc. Carnelutti observa, en el mismo sentido, que "la capacidad representativa de un hecho no excluye su existencia autónoma", como sucede con un cuadro qu da idea del paisaje, pero antes y a la vez del cuadro

mismo; y dice que el documento puede ser no solo fuente de prueba, sino tema de la misma o del hecho que se le ha de probar.

Generalmente son la inspecciòn ocular y el dictàmen 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 vinculaciòn tan estrecha con el jucio que de èsos objetos o realidades se forma la persona que los percibe, inclusive el juez en las inspecciones oculares, como las observaciones respecto a las conductas humanas comprendidas en el primer grupo. Tambièn aquí el aspecto material es inseparable del jucio que produce en la mente del hombre, y por ello tal juicio forma parte del objeto de prueba, sin que constituya una entidad autònoma. Nos remitimos a lo dicho antes y a la exposiciòn que màs adelante haremos sobre el tema.

- La persona fisica humana. Considera 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 fisicas o mentales, su educaciòn, sus aptitudes y limitaciones, sus cualidades morales.

De esta manera es frecuente que se practiquen inspecciones oculares en relación con una persona y dictámnes de peritos. Además, la prueba documental o testimonial puede tener por objeto la persona misma: su nacimiento, su muerte, su salud, etc.

- Estados o Hechos Síquicos o Internos del Hombre. Los estados síquicos del hombre no tienen materialidad en sí mismos, aún 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, susceptibles de conocimientos concretos 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 (28), incluye entre los hechos que se prueba los internos que aluden a la vida síquica, como ideas, pensamientos, condiciones, Florian dice que los hechos que se han de probar son los hechos externos (o físicos)

y hechos internos; este autor habla de estados de ànimo de los particulares, de condiciones mentales de individuos en particular o en grupos de èstos, y divide los hechos siquicos en autosiquicos y ajenos: Los primeros, propios de las personas distintas, como en el dictàmen pericial de siquiatras. Rosemberg pone como ejemplo de hechos o circunstancias de la vida anìmica, tambièn llamados hechos internos, la voluntad, la intenciòn, la finalidad, el saber, la conformidad, y dice que podràn probarse tambièn hechos verdaderamente internos, casi siempre solo en forma indirecta, mediante conclusiòn de la conducta manifestàda por la parte directamente mediante declaraciòn de parte.

Chonke entiende por hecho todo sucaso exterior o interno que sea o haya sido perceptible y entre los segundos incluye el conocimiento de cosas ciertas o la existencia de determinada intenciòn.

El estado mental o siquico de una persona, su actitud para entender y tomar decisiones concientes, es un hecho que realmente influye en la validez de los actos o contratos, lo mismo que en la responsabilidad penal. Puede incluirse ese estado permanente o transitorio de la capacidad mantal entre los atributos de la persona humana como objeto de prueba de si misma, 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 relievancia en la vida jurídica.

3. CAPITULO III. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

No obstante las diferencias que existen entre los procesos civiles y penal y la distinta regulaciòn 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 se comprueba al estudiar cuales son los principios rectores de una teoria general de la prueba judicial. Algunos de ellos concuerdan màs con el proceso inquisitivo, oral y de libre apreciaciòn del elemento probatorio; razòn por la cual, en los paises que, como Colombia, conservan el indeseable y caduco sistema del proceso civil dispositivo y prisionero de la tarifa legal, con atenuaciones màs o menos importantes, dichos principios no tienen cabal aplicaciòn, aunque teòricamente, e inclusive desde el punto de vista de una mejor politica legislativa, no puede decirse que son ajenos a èl.

Considero que una teorèa general de la prueba judicial no

es posible desconocer los siguientes principios:

- Principios 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 a los hechos sobre los cuales deben fundarse la decisión judicial, esten demostrados con puebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesado o por el juez, si es que tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga de ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradición indispensable para la validez de todo medio probatorio.

Desde las primeras obras sobre prueba judicial, hasta la más reciente, se viene insistiendo en formas unánime y sobre èste principio y sobre la necesidad de rodear la prueba de ciertas formalidades procesales. Jeremias Bentham, en su trato de pruebas judiciales, fuè enfàtico al negarle todo mérito probatorio al conocimiento privado del juez, porque "no basta que su decisión sea justa, si no es necesario si además lo parezca", y nada habría más peligroso que dejar que se confundiese los oficios de testigo y de juez. Florian reclama para el proceso penal la necesidad de la prueba aportada por las formalidades procesales que garantizan la seriedad y la eficacia de su

contenido. Dice este autor que si bien el juez es libre de la formaciòn del propio conocimiento final, no es cuanto a la fuente de que se sirve para el caso: La prueba debe ser la fuente y la base de la sentencia y su vinculaciòn.

- Principio de la Eficaciòn Jurica y Legal de la Prueba. Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia juridica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza y sobre los hechos que sirve de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretencioòn voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la instituciòn de la prueba judicial sin esa eficacia reconocida por la ley cualquiera que sea el sistema de la evoluciòn y de aportaciòn a los medios al proceso, puès este principio no significa que se regule su grado de persuaciòn, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como medio aceptable por el legislador para llegar a una conclusiòn sobre la existencia o inexistencia de la modalidades de hechos afirmados o investigados.

- Principio de la unidad de la prueba. Generalemente la prueba que se aporta a los proceso es mùltiple: A veces los medios son diversos. Significa este principio que

el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que como tal debe ser examinada y apreciada por el juez para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordia y concluir con el convencimiento que de ellas globalmente se forma.

- Principio de la comunidad de las pruebas. También llamado de la adquisición consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, este es, que ella no pertenece a quien la aporta y es improcedente pretender solo a éste beneficia, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso debe tenerse 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, quien puede invocarla.

- Principios de 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 la justica, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y la jurisdicción es decir, con la prueba sucede lo mismo que con la acción: Primordialmente ambas protegen el interés público y el general (interés del estado). En la declaración o realización de sus derechos o su satisfacción o activa

por la vía jurisdiccional del proceso y cuando existen litigios en la debida y legal composición del mismo; sólo secundariamente o en forma inmediata persigue la protección del interès privado de la parte en obtener la declaración, la realización o la satisfacción coactiva de su derecho, es decir, el èxito de su pretención o su recepción. Idèntica situación existe respecto del fin propio del derecho de recurrir: Primordialmente se persigue que se corrijan los errores de la providencias judiciales para ajustarlas a la ley al derecho fin que es indudablemente de interès pùblico, pero secundariamente persigue la defensa de los intereses del recurrente, quien lo considera vulnerable y legalmente por la providencia recurrida.

Este fin de interès general fuè otorgado por Florian cuando dijo que, como el juez debe enunciar en la sentencia los motivos de la decisiòn y entre ellos ocupa el lugar prominente el exàmen de la prueba aparece evidente que la prueba tiene un fin que va màs allà de la persona del juez, y si se refleja y expande en el amplio dominio de la conciencia social a travès de los diversos organos de control de que dispone la sociedad.

- Principio de la lealtad y providad o veracidad de la prueba. Si la prueba comùn, si tiene su unidad y su

función de interés general no debe usarse por ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con la lealtad y la providad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes o de actividad inquisitiva del juez.

Claro que la lealtad y la providad no rigen sólo para la prueba sino para el proceso en general, y deben reflejarse en la demanda, en las excepciones y en los recursos y en toda clase de actos procesales. A este respecto, observó Silva Melero, en su obra La Prueba Procesal, que la prueba debe tener a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas, y que las parte deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés individual a una sentencia justa. Florian dice que la provided procesal se impone por la lógica y el sentido común, y que es requisito intrinseco de la prueba que esté libre del dolo y violencia.

Sostiene devis Echandia que 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, como sucede también en las

actividades extraprocesales, esos derechos y esas libertades deben ser ejercidos con lealtad, providad y buena fé. Si en derecho civil se exige la buena fé contractual y extracontractual, y se sanciona la mala fé y el abuso del derecho, con razón debe suceder esto en los actos procesales.

La providad y la veracidad de la prueba exigen también sinceridad en ello, cuando se trata de documentos, confesiones y testimonios, tanto para estos medios como para las huellas, rastros y cosas observadas directamente por el juez y que pueden servir para demostrar hechos; es decir, que no se altere su contenido ni su forma para ocultar la verdad.

- Principio de la contradicción de la prueba. Este principio es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso civil como al penal. Significa que la parte contra quien se opone la prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contrapobar, 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. Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de algunas de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni goza de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso.

- Principio de Igualdad de Oportunidades para la Prueba. 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.

- 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 ellas exigen. Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutirlas y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas, pero también significa que el exámen 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

con la función social que les corresponde y adquiriendo el carácter social de que habla Framarino Dei Malatesta. Se relaciona también este principio, por consiguiente, con el de la motivación de la sentnecia, que no se excluye en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, y con el de publicidad del proceso en general.

Tanto penalistas como civilistas, exigen la publicidad de la prueba como un requisito fundamental para su valor y eficacia.

- Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba. Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos. 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 interesen al proceso y no lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocrriría con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada influyan sobre el litigio; por otra parte, exigen que provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir,

que 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 (jurisicción y competencia).

- 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 proceso, también denominado de la eventulidad, 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 Michelli, "Una invitación a observar determinada conducta procesal, salvo ciertas consecuencias establecidas por la ley o libremente

determinables por el juez", y existe entonces una "autoresponsabilidad 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.

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 al proceso, y en nada afecta a quien no necesitaba aducir pruebas distintas de las ya existentes.

- 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 aquien 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 se 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 testimonio, inspecciones oculares, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos.

Pero sugnifica 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 medidas por las partes (preguntas propias a testigos, a peritos y a las mismas partes; ampliación de las inspecciones

oculares; adición de copias de documentos, etc.), y para ordenar oficiosamente otras. Solo 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 intimamente vinculados, que hemos preferido reunirlos en un solo enunciado.

La inmediación 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, porque la reunión de las pruebas se relaciona intimamente con la decisión, ya que aquella es el medio para llegar a esta y su apreciación correcta es más posible por quien ha intervenido en su recepción. Como dice Framarino Dei Malatesta, "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 inmedaita 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 experesiones 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". Schonke considera también que la "inmediación 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 borrarla impresión que deja ni dificultar la averiguación de la verdad. Y Dellapiane dice que la función del juez debe ser similar a la del investigador científico o del historiador, cultivadores de la disciplina recostructiva, en cuanto su tarea es buscar y allegar rastros y documentos, para establecer por medio de ellos la existencia de hechos fenecidos.

- 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 preceso civil inquisitivo y con libertad de apreciación de las pruebas, en el cual sin duda tiene mayor importancia, pero sin que sea poca en el dispositivo, dadas las facultades que siempre se le otorgan para rechazar pruebas, intervenir en su práctica y apreciarlas en ciertos casos.

La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud

de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusaciòn, en cuyo caso su competencia subjetiva y moral para el proceso, no sòlo para las pruebas, lo obliga a dejar su conocimiento voluntariamente, o lo somete a que sea separado por otro juez.

No existe razòn para temerle a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciaciòn, porque en el proceso dispositivo y con tarifa legal tambièn pueden darse iguales injusticias e iniquidades. Lo que ocurre es que no es posible una organizaciòn judicial sin presumir la imparcialidad de sus funciones. Por otra prte, existen los recursos, la segunda instancia y la casaciòn para corregir las consecuencias de una parcialidad que no està comprendida en ningùn motivo de impedimento, y tambièn existe la recusaciòn, cuando tenga este caràcter.

En varios apartes hemos dicho que la imparcialidad de los funcionarios judiciales es un principio fundamental del derecho procesal y no solo de los procedimientos.

- 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 èste, pues si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacinan con aquel, se tratarà de pruebas de otras pruebas; ejemplos de las primeras son las inspecciones oculares sobre el bien objeto del lititgio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplos de las segundas, son las declaraciones de testigos presenciales, deben oirseles directamente, en vez de llamar a quienes se limiten a declarar sobre lo que aquellos les informaron; si existe el documenteo original del contrato, debe allegàrsele en vez de rconstruirlo con testimonios y asi en casos anàlogos. De otra manera no se obtiene la debida convicciòn y se corre el reisgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones errades. Esto rige tanto para lo civil como para lo penal.

No siempre es posible obtener la prueba original por excelencia, que es la percepciòn directa por el juez, y asi sucede cuando se trata de hechs transeùntes pasados, que no dejaron un resultado fisico ni constan en documentos; pero esto no significa que lo ideal no sea la prueba original, sino que a falta de esta es necesario o

contentarse con la otra; en cambio, como lo observa Carnelutti, 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.

Principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez en una misma etapa del proceso, pues, según concepto de Schonke, 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 vemos 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, 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 o cuando no ha sido posible en aquella o se trate de hechos ocurridos con posterioridad o fue denegada por el juez

injustificadamente, como ocurre, por fortuna, en nuestros juicios civiles, ordinarios y especiales.

- Principios 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 probár 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.

Dos aspectos tienen este principio: Libertad de medios de pureba 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.

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 purebas 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 previo de la ley, sería atentar contra los drerechos de las partes, la debida defensa, la contradicción efectiva y la igualdad de oportunidades.

Florian considera este principio como uno de los fundamentos 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 que "la averiguación de la verdad 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, dotàndolas de las correspondientes facultades adoptàndose las medidas necesarias para la defensa del contradictorio.

- Principio de la Pertinencia e idoneidad de la Prueba. Puede decirse que este representa una limitaciòn al principio de 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 pràctica de medios que por si mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidòneos. De esta manera se contribuye a la concentraciòn y a la eficacia de la prueba.

Es necesario, sin embargo, no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de conviccièn, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relaciòn lògica o jurìdica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de conviccièn resulte nugatorio, por ejemplo, cuando no obstante referirse el testimonio a los hechos discutidos, su contenido carezca de mèritos porque nada le consta al declarante o no suministre razòn alguna de su dicho. Tampoco puede indentificarse 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.

- Principio de la Naturalidad o Espontáneidad y Licitud de la Prueba y del Respeto a la Persona Humana. 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 de 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 resúmen, este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y por tanto sin valor jurídico, como enseñan autorizados expositores. Por esta razón entre las posibles clasificaciones de las pruebas incluimos la de lícitas e ilícitas.

- Principio de la Obtención Coactiva de los Medios de Prueba. En virtud de este principio, los documentos, las cosas y en ocasiones la persona física, cuando es objeto de prueba deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso. Este principio es

consecuencia de los ya enunciados anteriormente sobre la comunidad de la prueba, la lealtad y probidad de las partes y el interès pùblico que en ella existe; permite el juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a los activos pùblicos y privados, e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o reconocer firmas, y para que suministren los objetos, escritos, o libros de contabilidad y de exhibiciòn que ha decretado. Es mas efectivo en los procesos penales y en los civiles inquisitivos, pero tiene aplicaciones importantes en el civil dispositivo.

Las coacciones utilizadas consisten generalmente en multas en la consecuencia juridica de dar por reconocido el documento o por confesar el hecho y en la pèrdida de oportunidades procesadas.

Algunos autores como Florian, dicen: Que si no se suministra la prueba o no se la pone en posesiòn al juez voluntariamente, debe ejercerse coadcciòn para ese efecto, por funcionarios pùblicos tanto sobre cosas como sobre personas. Michelli observa que es un deber basado en la solidaridad social, no frente a las partes o el juez, sino al estado, y que la inobservaciòn de las òrdenes del juez constituye un argumento de prueba para

valorar la conducta de la parte. Schonke 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.

- Principio de la Inmaculación de la Prueba. como una aplicación del principio ingeniosamente denominado de la inmaculación en el proceso, 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 intrinsecos y extrinsecos que los hagan ineficaces o nulos.

- 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. Por consiguiente, no se concibe un proceso civil moderno si el juez no tiene libertad para apreciar las pruebas allegadas, ni facultades inquisitivas para conseguirlas; la lamentable situación que en Colombia existe al respecto, pese a las muchas atenuaciones que se han consagrado a los sistemas dispositivos y de la tarifa legal, solo se explica por el desconocimiento que hasta hace poco existia del

movimiento procesal mundial del presente siglo; y la subsistencia, motivada por este mismo, del criterio privatista que dominò en el proceso civil hasta fines del pasado siglo.

Dice a este respecto Framarino Dei Malatesta, para que la voz de las pruebas obre con su natural eficacia sobre el ànimo del juez, es preciso que èste no sea violentado en su conciencia, ni siquiera por lo que, al hablar del convencimiento, hemos llamado influjo legal, pero su valoraciòn no debe ser expresiòn de una simple creencia subjetiva del juez, no tal que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio si se pusiesen en consideraciòn de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberian dar por sesultado la misma certeza que le produjeron al juez.

Esta funciòn es quizàs la màs delicada del proceso, especialmente para el juez a quien està encomendada, porque las partes son al respecto simples colaboradores. La suerte de la justicia depende del acierto o del error en la apreciaciòn de la prueba, en la mayoria de los casos.

- Principio de la Carga de la Prueba y de la Autoresponsabilidad de las Partes por su Inactividad.

Analizamos anteriormente que la igualdad de oportunidades en materia de prueba no se opone a que resulta 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. 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, indica 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 perjudicarla; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria por su cuenta y riesgo. Explica Silva Melero que 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.

Se trata de un principio fundamental en el derecho civil, también en el penal, en virtud del cual se le permite al juez cumplir su función de resolver el litigio o la

acusación, cuando falta la prueba, es decir, obstenerse de resolver en el fondo, contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional.

- Principio de la Oralidad o la Escritura. Como un aspecto del sistema oral o escrito, puede enunciarse este principio en relación con la prueba. En el proceso penal prevalece la forma oral, en el civil la escrita, con algunas excepciones los códigos modernos y en los sistemas norteamericanos en inglés. Sin la menor duda, el sistema oral favorece la inmediación, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba.

4. CAPITULO IV. ENUMERACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Los medios de prueba pueden ser considerados desde dos puntos de vista. De acuerdo con el primero, se entiende por medio de la prueba la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso es decir, la confesiòn de las partes, la declaraciòn del testigo, el dictàmen pericial, la inspecciòn o percepciòn e induccièn en la prueba de indicios.

Desde un segundo punto de vista, se entiende por medio de prueba, los instrumentos y òrganos que suministran al juez ese conocimiento, cosa que sirve de indicio, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba; tambièn este concepto es correcto porque comprende la manera como se verifica la adquisiciòn procesal de la prueba y se lleva al juez el conocimiento de los hechos que prueban.

El medio suministra los hechos fuente de la prueba y por tanto el hecho por probar no se deduce de aquel sino de

èstos; por ejemplo: Si se trata de probar un contrato y se aducen medios de prueba como testimonio, confesiòn y documento, aquel no se deduce propiamente de estos medios; sino de los hechos narrados en ellos. En lenguaje jurìdico de legisladores, jueces y autores, es frecuente denominar por pruebas tanto los medios como las fuentes; asì, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, està contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesiòn o la escritura pùblica o unos testimonios son prueba de ciertos hechos, se hace referencia a los medios.

Puede hacerse una primera clasificaciòn de los medios de prueba, y se hablarìa de medios directos e indirectos, crìticos, plenos o completos e imperfectos o incompletos, de cago y de descargo, simples y completos o compuestos, formales y sustanciales, sumarios y contradichos, preconstituìdos y extraprocesales, personales y reales o materiales, de primer grado o de grado mayor, principales y accesorios. Con esta clasificaciòn se identifican los conceptos de prueba y medio, pero como frecuentemente incurre en transfusiòn segùn el lenguaje legislativo y forence, no deja de tener alguna utilidad.

Si se consideran los medios en si mismos, pueden formularse varias clasificaciones. En primer tèrmino si

se tiene en cuenta que puede existir libertad de medios en libres y legales o regulados. En segundo lugar, si se considera que la ley puede prohibir determinados medio en general o para ciertos hechos en particular, aún dentro de un sistema de libertad de medios como excepciones al mismo, y que existe prohibición implícita cuando haya razones de moral o se violen derechos subjetivos que la ley ampara, puede hablarse de medios lícitos o permitidos e ilícitos y prohibidos.

Queda por último, la clasificación de los medios de prueba de acuerdo con cada uno de los instrumentos que lo constituyen, que se encuentra consagrada generalmente en los códigos de procedimiento tanto civiles, penales y laborales.

Nuestro código de procemiento civil consagra la libertad de medios, no obstante mencionar los tradicionales en el artículo 175 del mismo Código de Procedimiento Penal. Mantiene enumeración taxativa en el artículo 216. Sin embargo, el sistema de medios legales no significa que estén excluidos del proceso los métodos de investigación que la técnica y la ciencia moderna han puesto en práctica y los que en el futuro aparecen.

En las siete clases de medios probatorios que

generalmente se consagran para lo civil y laboral, o en los seis admitidos al proceso penal, pueden comprenderse los instrumentos modernos y futuros para la investigación de los hechos para lo cual basta interpretarlo en un sentido amplio y genèrico, como es apenas natural hacerlo; por jemplo, dentro de la nación de documentos, se debe incluir todos los medios materiales en función representativa, como trataré de demostrar en el curso de la presente tesis no obstante en forma enunciativa dentro del proceso civil, laboral y penal, en Colombia las medios taxativamente numerados por los respectivos còdigos son los siguientes:

- La confesión, juramento, testimonios, indicios, exámen de peritos; documentos.

Se excluye en materia penal el juramento.

5. CAPITULO V. LA PRUEBA DOCUMENTAL

5.1. NOCION Y NATURALEZA (1)

Como el hombre expresa su pensamiento ya sea en forma oral o gràfica o material, dentro de la cual la escrita es la màs antigua, habrà que decir que el documento es tan antiguo como sus necesidad de expresarse. Asi llegò a ser la palabra escrita, o la idea representada, una fuente de prueba, con la aplicaciòn judicial, y, ademàs, con gran utilidad derivada de la mayor seguridad - en el tiempo y en el espacio, que ofrece la prueba documental sobre la oral. Como dice Framarino, como la palabra hablada "nace y muere con el sonido de la voz humana, no puede servir màs que entre presentes;" en cambio, "mediante la escritura es posible, por decirlo asi, el contacto de los espiritus sin que haya proximidad de cuerpos; mediante la escritura, el pensamiento del individuo, venciendo el tiempo y el espacio, puede iluminar todo la humanidad".

Se trata, pues de una fuente que asegura permanencia al pensamiento humano, por ello, principalmente en materia civil y comercial, ha gozado de especial miramiento y ha sido materia de particular reglamentación.

5.2. ETIMOLOGIA Y ALCANCE DE LOS TERMINOS (2)

- Literal. Es lo que conforma a la letra del texto.

- Instrumento. En un lenguaje común se refiere a las herramientas, utensilios, máquinas y medios de que los hombres se sirven par el trabajo. En sentido jurídico, instrumento es lo que sirve para instruir una causa o litigio y nos da luz sobre la existencia de un hecho.

Instrumento viene de la palabra latina instruere que significa informarnos o instruirnos de los que ha sucedido.

El código civil den su capitulo referente a la prueba de las obligaciones, usa la expresión instrumento y lo clasifica con los objetivos de Públicos y Privados, pero los Códigos de Procedimiento Civil y Penal prefieren la palabra Documento que es lo mismo.

5.3. DEFINICION DE DOCUMENTO (3)

Según el criterio del Doctor Antonio Rocha, en su obra la Prueba en Derecho, dice que el sentido etimológico de la palabra documento proviene del infinitivo latino docere, enseñar, "que lleva en si la virtud de hacer conocer". Afirma este autor que el documento, como el testimonio y la confesión, son pruebas representativas de un hecho, encaminadas a la manifestación del pensamiento; o a recoger la voluntad de hoy, para representarla mañana. Es de los llamado históricos.

Carnelutti (4), explica que "a diferencia del testimonio, el documento no es un acto sino una cosa". En el testimonio, el acto es el propio hecho representativo y, por tanto, la representación es el efecto inmediato del mismo, mientras que en el documento el acto no es, en manera alguna el hecho representativo, sino un momento precedente a éste, porque no representa por si, sino que crea un objeto capaz de representar. Se trata, pues, de otra prueba representativa, pero que difiere en el momento de la representación.

Por eso a continuación el mismo autor lo define: "El Documento no solo es una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho".

Kisch (5), citado por Rafael de Piña, define los Documentos diciendo que son "todas las cosas donde se expresa, por medio de signos, una manifestación del pensamiento". Siendo indiferente el material sobre el cual los signos están escritos y también la clase de escritura (letra, números, signos, taquigráficos, gravados, etc.).

El Doctor Romero Soto en su obra La Falsedad Documental, exige algunas limitaciones a este concepto tan general y lo precisa diciendo: "No todo escrito tiene el carácter de documento. No se consideran documentos sino aquellos jurídicamente relievantes, es decir, los que contienen una declaración de voluntad o una atestación de verdad aptas para servir de prueba".

El Articulo 251 del Código de Procedimiento Civil, es muy amplio y la define: "son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadernos, fotografias, cintas magnetofónicas, discos, gravaciones magnetòfonicas, radiografias talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, y, en general, todo objeto que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

De lo hasta aqui expuesto, se deduce que el documento es:

- Un acto extraprocesal, y procesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en éste;

- Contenido en una cosa;

- Que representa o aporta datos o circunstancias, declaraciones de voluntad o de verdad;

- Con relevancia jurídica probatoria;

- En relación con el tema a probar;

- Causado por autor individualizado e identificable.

En cuanto a la materia o cosa, debe repetirse que puede serlo cualquiera que sirva para fines representativos como lo expresa el Art. 251 citado.

5.4. OBJETO DEL DOCUMENTO

El objeto de la prueba documental como cualquier otra prueba procesal, es la obtención del convencimiento del órgano jurisdiccional de la verdad de un hecho que sólo o combinado con otro, produce un efecto jurídico o impide el efecto jurídico de otro hecho, por lo que el documento

solo puede utilizarse como medio de prueba, cuando tenga relievancia para la prueba de hechos o de relaciones jurídicas constitutivas o relacionadas con el fundamento práctico de la pretenciòn objeto del proceso.

El Documento lo que prueba de un modo inmediato, es siempre una declaraciòn y esta declaraciòn puede ser ella misma el hecho relievante que hay que probar, o contribuir a probar un hecho de importancia jurídica. El hecho relievante no es necesario que estè fuera del documento mismo ni que sea pasado, ya que puede ser, precisamente, la declaraciòn contenida en el propio documento, y esta declaraciòn ser constitutiva por si misma de un indicio, puede ser empleada como prueba de un hecho que le subsigue, de un hecho actual o futuro.

5.5. SUJETOS DEL DOCUMENTO

Desde el punto de vista parcial, en el Documento pueden distinguirse dos sujetos:

- El Autor.

- El Destinatario.

El primero debe ser entendido en sentido jurídico y no

material, pues, como advierte Carnelutti, no solo es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye.

En el destinatario del Documento es necesario distinguir dos situaciones; cuando el Documento es aducido como prueba en un proceso, es destinatario de èste, como todos los aportados a este proceso, el juez que debe apreciarlo y utilizarlo como prueba para la formaciòn de su convencimiento sobre los hechos que interesen a la causa. Pero mientras el documento cumple una funciòn extraprocesal, como servir de titulo para el cobro de una suma de dinero o para la justificaciòn de una situaciòn jurídica, ejemplo, una Escritura Pùblica, serà su destinatario la persona a quien.està dirigida o ante quien se hace valer.

Puede decirse que hay un sujeto destinatario procesal que es el juez y varios sujetos destinatario extraprocesales. Extraprocesalmente puede hablarse de sujeto pasivo del documento para referirse a la persona que resulta obligada por èl.

En razòn de su forma: Los documentos en razòn de su forma pueden ser:

- Instrumentales o escritos.

- No instrumentales o no escritos.

Todos los documentos a excepción de los representativos simple no narrativos, son instrumentales o escritos. Los representativos simples no narrativos, son gràficos mès no escritos. Escritos son la exteriorizaciòn conciente y organizada del pensamiento por medio de signos.

- Clasificaciòn desde el punto de vista jurìdico:

- Documentos pùblicos y privados.

- Documentos autènticos y no autènticos.

6. CAPITULO VI. CLASIFICACION DE LOS DOCUMENTOS

En razòn de su contenido, los documentos se clasifican:

- Representativos simples.

. Narrativos: Son los cuentos, novelas, poemas, narraciones, discos, etc.; que contienen la exteriorizaciòn de actos humanos no declarativos.

. No narrativos: Son los cuadros, fotografia, radiografias, no contentivos de actos humanos exteriorizados.

- Representativos Declarativos.

. Dispositivos o constitutivos. Estre estos se encuentra los contratos, los testamentos y en general los documentos que contienen actos juridicos.

. Ciencia o conocimiento.

- Testimonio. Son aquellos que conlleva dentro de sí una prueba de la misma naturaleza, es decir, una prueba testimonial.

- Confesorios. Son aquellos que encierra una prueba de confesión igual sinonimia impropia incurre el Art. 1758 de nuestro C.C., que solo considera documentos públicos a los auténticos, confundiendo las dos nociones, e igualmente el Art. 261 de C. P. P.

En efecto, un fenómeno es el de la autenticidad, y otro diferente el de la publicidad.

6.1. LA AUTENTICIDAD

Los documentos escritos deben ir firmados, para indicar su autor. De ahí que, como dice Carnelutti, "la verdad de la indicación del autor, y, singularmente de la suscripción, es decir la correspondencia entre el autor aparente y el autor real, se llama autenticidad del documento".

La autenticidad es, pues, la calidad del auténtico y auténtico es adjetivo que se usa para indicar que un documento o cosa es del autor debe entenderse la persona que es causa de alguana cosa - y para la noción de

documento es el elemento productor o causante de la declaración que constituye - , se comprende cómo para los fines de su eficación probatoria interesa básicamente la existencia de la autenticidad del instrumento. Por eso el Art. 252 del C. de P. C. dice que "es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado.

Es también así como a continuación la misma norma expresa que "el documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad". Lo cual significa que sobre los documentos públicos hay presunción de autenticidad, presunción que es legal, o sea que admite prueba en contrario, pero que esa prueba contradictoria debe tramitarse mediante el procedimiento que se conoce con el nombre de tacha de falsedad.

Para tachar de falso un documento, esto es, para afirmar que tiene un autor diferente del aparente, solo existen tres oportunidades previstas en el Art. 289 del C. de P. C.; - La de la contestación de la demanda, si a ésta se acompañó; - Al día siguiente en que haya sido aportado en audiencia o diligencia; y - En los demás casos dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que orden tenerlo como prueba.

En el escrito por medio del cual se tacha un documento, deberà expresarse en què consiste la falsedad y pedirse las pruebas para su demostraciòn. El Art. 290 del C. de P. C., señala el procedimiento a seguir en tales tachas; en el 291, ib se señalan los efectos de la declaraciòn de falsedad, y en el 292, ib., las sanciones al impùgnante vencido, sanciones que se contemplaron para evitar tachas temerarias. Como es obvio, prueba importante para demostrar la falsedad es la del cotejo de letras o firmas, como lo indica el Art. 293, ib.

También los documentos privados pueden adquirir autenticidad en los casos que señala el Art. 252, ib.; - cuando es reconocido expresamente ante juez o notario judicialmente se ordenò tenerlo por reconocido (el autor reconce ante juez o notario su autoria); - cuando es reconocido implicitamente (se aporta al proceso y se afirma estar suscrito por la parte contra quien se opone, y èsta no lo tacha); - cuando se inscribe en un registro pùblico a peticiòn de quien lo firma; - cuando se trata de libros de comercios debidamente registrados y llevados en legal forma, o de firmas estampadas en pòlizas de seguros titulos de inversiòn en fondos mutuos, acciones en sociedades comerciales, bonos de èstas, efectos negociables, certificados y titulos de almacenes generales de depòsito, y demàs a los que la ley le dè

autenticidad.

Según el Inc. 3º del Art. 289, "no se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica".

Desde luego la autenticidad es elemento que tiene importancia para la eficacia de la prueba.

Para Carnelutti, la presunción de autenticidad no existe: "La verdad es que no se presume nada, y que este concepto de la presunción de autenticidad ha sido engendrado por una observación poco cuidadosa de la función representativa del documento autógrafo respeto del hecho de su formación (...). En lugar de presunción, media entonces verdadera prueba documental de la identidad del autor". En otras palabras, la autenticidad del documento público no necesita ser demotrada, salvo que sea tachado de falso; pero en este caso lo que se demuestra es la falta de autenticidad, agregamos. O sea que el documento público ofrece la prueba en sí misma, de su autenticidad; no así el privado, cuya prueba debe acreditarse (mediante reconocimiento).

6.2. LA PUBLICIDAD

Conforme lo recuerda Framarino, para algunos el criterio de publicidad debe ser objetivo: La clase de interès lo determina, o sea que solo es documento pùblico el que tiene por objeto un interès pùblico. Sin embargo, si el documento ha sido redactado en privado, seguirà siendo privado. Para otros, el criterio que debe seguirse es el subjetivo; lo da la calidad de funcionario pùblico que tiene quien lo elàbora. Pero el funcionario puede, como tal, producir documentos privados aparte de que no todos los documentos "oficiales" son pùblicos. Por lo tanto, el criterio que debe seguirse, segùn Framarino, es el formal; como para que sea pùblico debe dar la frente a todos, ese requisito se llena si presenta una forma señalada por la ley como capaz de inspirar esa fè pùblica. Pero, desde luego, el criterio està sometido al objetivo, a la vez que èste subordina al subjetivo.

En sìntesis, la publicidad deriva de su objeto, de su forma y de su sujeto: Persigue dar fè pùblica que se logra con ciertas formalidades legales, las que desarrolla un funcionario pùblico.

Y la publicidad pretende, por consiguiente, dar fè ante todos de la autenticidad: El funcionario pùblico da fè

ante todos de la autenticidad de las firmas de los que intervinieron y que aparecen suscritos son las de los autores que se enuncian en el documento. Por eso resulta correcto decir que documento pûblico es el que hace fè pûblica de su autenticidad. De ello se deduce que la publicidad es un medio y la autenticidad un fin. Asi se explica que la autenticidad puede ser presumida donde hay publicidad, razòn por la cual hay que darle publicidad al documento privado para otorgarle autenticidad.

Hay, puès, documentos pûblicos autènticos y no autènticos (cuando se desvirtùa mediante tacha su autenticidad presunta), y documentos privados sin autenticidad y con autenticidad (cuando se hacen pûblicos).

6.3. PUBLICIDAD Y AUTENTICIDAD EN MATERIA PENAL

Segùn el Art. 261 del C. de P. P., la nociòn de documento pûblico es la misma civil, con la salvedad de que para tal norma, lo pûblico es lo equivalente a lo autèntico lo cual es un error. y para la misma norma, los documentos pûblicos autènticos "son plena prueba de los hechos de que el funcionario de fè", contra la cual "no se admite sino la que acredite tal falsedad del documento mismo". En lo penal, la tacha no es incidente.

Agrega la norama en cuestiòn que " las declaraciones hechas por partes y que consten en documentos pùblicos, tendràn el valor que deba darsele al tenor de las normas legales, sobre confesiòn y testimonio". Como se verà adelante, en el documento se distinguen varias parates, una de ellas es el texto, o sean las declaraciones en èl contenidas. Esas declaraciones, para la apreciaciòn de la prueba en el proceso penal, tiene el valor de confesiòn (se provienen de parte) o de testimonio (si de tercero).

En cuanto a los documentos privados en materia penal, debe probarse su autenticidad en el proceso. La eficacia del privado la aprecia el juez segùn la demostraciòn de autenticidad que se haya hecho, de acuerdo con las reglas de la sana crìtica (C. P. P., Art. 262). Esa autenticidad se puede probar por cualquiera de los medios probatorios (Art.... 263, ib). Para el proceso penal interesa en la autenticidad, el fin que se prueba por cualquier medio probatorio, a deferencia del proceso civil, en el que sòlo la autenticidad la adquiere el documento privado por alguno de los procedimientos indicados en el Art. 252 , ya estudiado. No concuerda, puès, esta deferencia, con la norma general del sistema de sana crìtica aplicable para apreciar todas las pruebas civiles (C. P. C., Art. 187).

BIBLIOGRAFIA

CARNELUTTI, La Prueba Civil.

DELLEPIANE, Nueva Teoria de la Prueba.

ESCRICHE, Joaquin. Diccionario Ranozado en Jurisprudencia y Legislación.

FUENTES GUTIEREEZ, Federman. Concepto 1.

- HECHANDIA, Devis. Tratado del Derecho Procesal Civil.

LESONA, Carlos. Teoria General de la Prueba Civil.

MENDEZ CASTRO. Documento de la Prueba en el Proceso Civil.

ROCHA, Antonio. De la Prueba en Derecho Civil.

RECCI. Tratado de la Pruebas.

ROMERO SOTO. La Falsedad Documental.