DR
#00022
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

INCIDENCIA JURIDICA DE LA TUTELA Y CURATELAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

MARIA SOLEDAD CABRALES VERNAZA
GOVAMNI BACCI GUTIERREZ

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1993

Barranquilla, Noviembre 29 de 1993

Doctor
CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

Después de revisar el trabajo de investigación presentado por los egresados MARIA SOLEDAD CABRALES VERNAZA Y GOVAMNI BACCI GUTIERREZ titulado: "INCIDENCIA JURIDICA DE LA TUTELA Y CURATELAS EN EL DERECHO DE FAMILIA".

FERMIN UTRIA MENDOZA
Director

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	13
1. PRICIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL	15
1.1. PRINCIPIOS APLICABLES A LA PRUEBA CIVIL, PENAL, LABORAL, ADMINISTRATIVA	15
1.2. CUALES SON ESTOS PRINCIPIOS	15
1.2.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos	15
1.2.2. Principio de la eficacia jurídica y legal de la Prueba	17
1.2.3. Principio de la unidad de la prueba	18
1.2.4. Principio de la comunidad de la prueba	18
1.2.5. Principio del interés público en la función de la prueba	19
1.2.6. Principio de la lealtad y de la probidad o veracidad de la prueba	19
1.2.7. Principio de la publicidad	21
1.2.8. Principio de la contradicción	21
1.2.9. Principio de igualdad de oportunidad para la prueba	22
1.2.10. Principio de la formalidad y la intimidad	

de la prueba 23

1.2.11. Principio de la preclusión de la prueba 24

1.2.12. Principio de la inmediación y la dirección del Juez en la producción de la prueba 24

1.2.13. Principio de la imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de la prueba 25

1.2.14. Principio de la originalidad de la prueba 26

1.2.15. Principio de la contradicción de la prueba 27

1.2.16. Principio de la libertad de la prueba 28

1.2.17. Principio de la pertenencia y conducencia o idoneidad de la prueba 29

1.2.18. Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana 29

2. FINALIDAD DE LA PRUEBA 32

2.1. FIN PROCESAL Y FIN EXTRAPROCESAL 32

2.2. DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL FIN DE LA PRUEBA 32

2.3. RESULTADO DE LA PRUEBA 37

3. NOCION DE CARGA PROCESAL 39

3.1. BREVE HISTORIA DE LA NOCION DE CARGA DE LA PRUEBA 39

4. ONUS PROBANDI 42

4.1. SENTENCIAS DE FONDO Y SENTENCIAS INHIBITORIAS 42

5. COMO SE PRUEBA 46

5.1. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO 46

5.2. ETAPAS DEL OFRECIMIENTO 47

5.3. ETAPA PETITORIA 48

5.3.1. Como se piden las pruebas 49

5.3.2. A quien se pide 49

5.3.3. Cuando se pide 50

5.3.4. Quien las pide 52

5.4. EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA 53

5.4.1. La fiscalización 53

5.4.2. Auto previo de admisión y orden 54

5.4.3. Diligenciamiento propiamente dicho 55

5.4.3.1. El ritual 55

5.4.3.2. El acta 55

5.5. LA PRODUCCION Y OBTENCION DE LA PRUEBA Y SUS REQUISITOS 57

5.6. RECEPCION O PRACTICA DE LA PRUEBA 59

5.7. LA ADMISION DE LA PRUEBA 60

6. THEMA PRUBANDUM 62

6.1. QUE DEBE ENTENDERSE POR TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA 62

6.2. HECHOS QUE CONSTITUYEN EL TEMA DE LA PRUEBA, EN CADA PROCESO, AFIRMACION, ADMISION Y DISCUSION DE LOS HECHOS 64

6.3. NECESIDAD DE PROBAR LAS NORMAS JURIDICAS 67

6.3.1. Normas legales nacionales para el territorio del Estado 68

6.3.2. Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional 68

6.3.3. Normas consuetudinarias nacionales 69

6.3.4. Normas legales o consuetudinarias extranjeras 70

6.3.5. Las reglas o máximos de la experiencia 71

6.4. HECHOS QUE NO NECESITAN SER PROBADOS 72

6.4.1. Hechos admitidos o confesados por las partes 72

6.4.2. Hechos presumidos legalmente 73

6.4.3. Hechos expresamente prohibidos por la Ley 73

6.4.4. Hechos materia de cosa juzgada 74

6.4.5. Hechos irrelevantes e imposibles 75

6.4.6. Hechos indefinidos 75

6.4.7. Hechos notorios 79

INTRODUCCION

La finalidad de la prueba en el proceso penal "es demostrar la verdad real", en tanto que en el civil se rinde culto a la prueba documental. La distribución de la carga de la prueba obedece al principio inquisitivo en los procesos penales y a un dispositivo atenuado o inquisitivo relativo en los procesos civiles. Las anteriores diferencias parecen atentar contra el estudio de "una teoría conjunta o unitaria sobre pruebas", pero ello es un sofisma de distracción porque esas características propias de uno y otro ordenamiento, no son mas que la consecuencia lógica de las relaciones que regulan el uno y el otro, pues mientras el proceso penal es de orden público, el civil es de índole privado y ello da margen a que se pueda enfocar desde diferenes ángulos, pero sin atentar contra los principios generales que regula la teoría general de la prueba.

Quien puede desconocer que la prueba es necesaria en todo proceso y que tanto en los de naturaleza civil como penal se faculta al funcionario para apreciarlas en su conjunto, de acuerdo a las normas de la sana crítica.

Lo importante en todo proceso judicial es la prueba, no interesa en que rama del derecho, lo importante es el factor probandi. Es nuestro consentir que los principios generales de la prueba son de ineludible cumplimiento por mencionar uno que nos permita brindarles una mayor claridad está la eficacia de la prueba, la prueba requerida por la

Ley para la demostración de un hecho tiene que ser eficaz, ser lo suficientemente apta para lograr el propósito deseado, obviamente que las pruebas superfluas o ineficaces es decir aquellas que no conducen a la corroboración del hecho no tienen trascendencia jurídica en el proceso.

1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

1.1. PRINCIPIOS APLICABLES A LA PRUEBA CIVIL, PENAL, LABORAL ADMINISTRATIVA

No obstante la diferencia entre los procesos civil y laboral y la distinta regulación legislativa, suele darse en ambos la institución de que la prueba judicial conserva su unidad en lo fundamental y en sus principios generales.

Sin que pretendamos agotar la lista consideramos que en una teoria general de la prueba judicial no es posible desconocer tales principios.

1.2. CUALES SON ESTOS PRINCIPIOS?

1.2.1. Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos.

Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el Juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda

suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio y del medio de defensa.

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

Este principio represente una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior[46]. El Art. 174 del C. de P. C. lo consagra expresamente; también el Art. 215 del C. de P.P.

Se aplica igual que en los procesos Contensioso-Administrativo. El Juez puede en cambio, utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos relacionados con el proceso civil, penal o de otro orden para concretar oficiosamente pruebas, si esas pruebas se cumplen cabalmente; una cosa es que el Juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria y otras sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente.

Cuando el hecho es notorio la ley exime su prueba, pero no porque el Juez lo conozca privadamente, sino porque pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió el hecho o donde se tramita

---

46. BENTHAM, Tratado de la pruebas judiciales, ed. Cit.T.I. Cap. XVIII Pags. 95-97

el proceso; por ello, no se trata de aplicar un conocimiento personal de aquel, sino de conocerlo como cierto en virtud de esa peculiar condición que es conocida de las partes.

Puede hablarse, por lo tanto, del principio general de la necesidad de la prueba en todos los procesos, cualquiera que sea la naturaleza de ellos y afirmarse que dichos principios están comprendidos en la regla que le ordena el Juez a resolver con fundamento en las reglas allegadas al proceso.

1.2.2. Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.

Este principio es complementario del anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso debe tener eficacia jurídica para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio o la presentación voluntaria o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valorización y de aportación de los medios al proceso. Pues este principio no significa que se regula su grado de persuación, sino que el Juez libre o vinculado por la norma debe considerar la prueba como el medio adoptado por el legislador para llegar a una conclusión sobre la existencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados. Art. 175 C. de P. C. y Art. 221 C. de P.P.

1.2.3. Principio de la unidad de la prueba

Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple, a veces los medios son diversos (indicios, testimonios, documentos, etc.), generalmente hay varias pruebas de una misma clase, varios testimonios o varios documentos, etc. Significa este principio que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad y que como tal, debe ser examinado y apreciado por el Juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia y concluír sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme. Art. 187 C. de P.P.

1.2.4. Principio de la comunidad de la prueba

También llamado de la adquisición. Como consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que una vez introducida legalmente al proceso debe tenersele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria que bien puede invocarla [67].

Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento de la prueba ya recibida, como lo dispone expresamente el artículo 344 del C. de P. C.; se exceptúa el caso del documento presentado por una parte y tachado de falso por la otra, que puede

---

67, COUTURE, Estudios de derecho procesal civil, Buenos Aires, 1948-1950. Pág. 183

ser retirado por aquella en el proceso civil, laboral, contencioso administrativo Art. 290 C. de P. C.

Otra consecuencia de la comunidad de la prueba es que cuando se acumulan o reunen varios procesos, la practica en cualquiera de ellos vale en todos, porque si el Juez adquiere convicción sobre un hecho común a las diversas causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejara de aplicarse a ellas, a pesar de que se resuelven por una sola sentencia. Esta tesis ha sido acogida por la corte y la doctrina.

1.2.5. Principio del Interés Público en la función de la Prueba

Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del Juez para que pueda fallar conforme a la Justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña el proceso, como lo hay en éste, en la acción y la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción.

1.2.6. Principio de la Lealtad y la Probidad o Veracidad de la Prueba

Este principio es consecuencia de los anteriores, si la prueba es común, si tiene su función de interés general, no debe usarse para

ocultar o deformar la realidad para tratar de inducir al Juez o engañarlo, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes o de la actividad inquisitiva del Juez[68]. (C. de P. C., art. 37 Num. 3.71 a 74).

Es una preciosa facultad del Juez sacar conclusiones utilizables en la valoración de las pruebas, acerca del acontecimiento procesal de las partes, y concretamente, en la faz probatoria de la causa (C. de P. C. Art. 249).

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

La probidad y la veracidad de la prueba exigen también sinceridad de ella cuando se trata de documentos, confesiones, testimonios, lo mismo que autencidad tanto para esos medios como para las huellas, rastros y cosas observadas directamente por el Juez y que puedan servir para demostrar hechos, es decir, exigen que no se altere su contenido ni su forma para ocultar la verdad, rige pues, este principio tanto para las partes como para los testigos y peritos, funcionarios encargados de la custodia de documentos y la expedición de copias traductoras e intérpretes. De ahí que sea indispensable la crítica tanto subjetiva e intrísica como objetiva y extrínsica, de los medios de prueba para valorarlos correctamente.

68, SILVA, Malero, la Prueba Procesal, editorial, Cit, T.I. Págs. 27 y 29

1.2.7. Principio de la Publicidad

Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutirlas y luego analizarlas para patentizar ante el Juez el valor que tienen en alegaciones oportunas; pero también significa que las conclusiones del Juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ellas, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo el carácter social de que habla FRAMARINO DEI MALATESTA[69]. Por consiguiente, este principio se relaciona con el de la motivación de la sentencia que no excluye en el sistema de la libre apreciación de las pruebas y con la publicidad del proceso en general.

1.2.8. Principio de la contradicción

Se aplica tanto al proceso penal como al civil. Significa que la parte contra quién se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, 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 las pruebas, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados r el adversario es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica y con el de la lealtad de la prueba, pues no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. Es un aspecto

---

69, DEI MALATESTA, Framarino,

general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso.

Los autores exigen generalmente a contradicción de la prueba como requisito esencial para su validéz y autoridad [70].

Como la prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, lo cual puede ocurrir en materia de testimonios e inspecciones judiciales, en procesos civiles, laborales y contecios administrativos, debe retificarse o repetirse y luego dentro del proceso, sino fué citada la factura parte contraria para que concurriera a la diligencia, es conveniente, exigir como ocurre en nuestro código de procedimiento civil (Arts. 298 y 300) y en los Estados Unidos de Norteamérica, que para practicar esas pruebas antes del proceso se cite a quien debe ser luego su oponente, con el fin de que pueda intervenir en su práctica.

1.2.9. Principio de la igualdad de oportunidad para la prueba

Se relaciona íntimamente con el anterior, pero no se identifica con él. Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, éste principio significa algo más : que las partes dispongan de igualdad de oportunidades para presentar o pedir pruebas, practicarlas y para contradecir las educidas por el contrario (C. de P. C. art. 4 y 37 Núm. 2.)

---

70. ALZATE NOREÑA, Pruebas Judiciales, Ed. Cit., pág.34

1.2.10. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores, rige de igual forma tanto en los procesos civiles, laborales, penales etc. Art. 174 y 183 del C. de P. C.

Las formalidades son de tiempo, modo y lugar y se diferencian según las clases de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispósitivo, consagrado por cada proceso.

Este principio implica que la prueba ésta revestida de requisitos extrínsicos o intrínsecos. Los principios se refieren a las circunta-ncias de modo, tiempo y lugar; los segundos contemplan principalmente la ausencia de vicios como dolor, error, violencia y de inmoralidad en el medio mismo.

Por otra parte exige que provenga de un sujeto legítimado para aducirla, es decir, el Juez cuando tiene facultades inquisitivas y las partes principales y secundarias e inclusive transitoria o intervinientes ó insidentales, por último respecto a la cuestion que motiva su intervención, requiere que el funcionario que la reciba o la tome tenga facultad procesal para [illegible]o, es decir, juridicción y competencia.

No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que

quien la aduzca tenga legitimación abstracta para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya tomado el tiempo oportuno, en la forma y en el lugar adecuado.

1.2.11. Principio de la Preclusión de la Prueba

Es consecuencia del principio de formalidad y legitimidad, ya sea que trate de una formalidad de tiempo u oportunidad para su recepción y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con el se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertirlas o que se proponga cuestriones sobre las cuales no puedan ejercer su defensa. Es una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso también denominado de la eventualidad, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito. Art.174 y 183 C. de P.. C.

1.2.12. Principio de la inmediación y la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba

Para la eficacia de la pruebna, para el cumplimiento de sus formalidades, para la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el Juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero su admisibilidad e interviniendo luego en su percepción.

Este principio contribuye a la autenticidad, a la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y a la validez de la prueba. De lo contrario el debate probatorio se convertiría un una lucha privada y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público. (C. de P. C. Arts. 18, 202, 228 y 230; y Art. 95 nums. 5 y 12 del Decreto-Ley 250 de 1970).

La inmediación permite al Juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorio de partes y a los peritos.

Significa también este principio que el Juez no debe permanecer inactivo, no hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en su práctica. 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 íntimamente vinculados que es preferible reunirlos en uno solo.

1.2.13. Principio de la Imparcialidad del Juez en la Dirección y Apreciación de la Prueba

Es el complemento indispensable del anterior y sirve para refutar las principales objeciones de los viejos civilistas con respecto al moderno proceso civil inquisitivo y con libertad de apreciación de

las pruebas, en el cual sin duda tiene mayor importancia, pero sin que sea poca en el dispositivo, dada las facultades que siempre se le otorgan para rechazar las pruebas e intervenir en su práctica de apreciación en ciertos casos.

La dirección del debate probatorio por el Juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso. Este deber está consagrado por el Art. 40 del C. de P. C. y se incumple cuando no decreta de oficio las que sean necesarias para verificar los hechos alegados o investigados.

1.2.14. Principio de la Originalidad de la Prueba

Este principio significa que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar para que sea prueba de éste, pues si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacionan con aquel, se tratará de pruebas de otras pruebas, ejemplo de las primeras son las inspecciones sobre el bien objeto de litigio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplo de las segundas son las declaraciones de testigos de oidas, es decir, que oyeron referir el hecho de quienes lo presenciaron. Por consiguiente, si existen los testigos presenciales debe oírseles directamente en vez de llamar a quienes se

limiten a declarar sobre lo que aquellos le informaron; si existe el documento original del contrato, debe allegársele en vez de utilizr una copia o reconstruírlo con testimonios y asi en casos análogos. De otra manera no se obtiene la debida convicción y se corre el riezgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones erróneas, esto rige tanto en lo civil como en lo penal, laboral, etc.

1.2.15. Principio de la Concentración de la Prueba

Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez en una misma etapa del proceso, pues como dice SCHONKE, la practicada por cada parte o repetida, pone en peligro, no pocas veces la averiguación de la verdad, sino que impide el debido cotejo o la mejor apreciación.

La Ley permite en los procesos civiles bien de ejecución u ordinarios, que se adjunten o pidan pruebas con la demanda y lógicamente existirán períodos probatorios para solicitar y recepcionar pruebas, ello mismo ocurre en el proceso penal. De lo anterior se desprende que las partes deben agotar la diligencia del caso para aportar esa prueba y no dejarlo para lo último o para aquellos íodos extraordinarios que otorga la misma Ley.

Justifica este principio que se procure la práctica de la prueba en primera instancia, restingiéndola 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 procesos civiles ordinarios y especiales. Igualmente que se practique en una audiencia o en varias continuas.

1.2.16. Principio de la Libertad de la Prueba

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesen 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 incesarias (en cuanto se persiga con ella probar lo presumido, no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en último caso sea juris et de dure) o sean claramente impertinentes o idóneas.

Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objetos. Significa el primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al Juez tal lificación; el segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en ello. El segundo puede existir sin el primero y no requiere norma legal.

institución oficial para obtener a toco trance la confesión del acusado del delito. Su abolición se obtuvo hace relativamente poco tiempo y constituye uno de los más firmes avances hacia la civilización de la justicia.

Sin embargo, en las tiranías modernas han surgido otros métodos que afectan en igual forma la voluntad del acusado, pues consiste en torturas físicas y síquicas que conducen al colapso moral o en drogas que eliminan la conciencia y personalidad, como el narcoanálisis. Ambos métodos se dirigen a obtener del sujeto afectado las declaraciones que se le exigan; el moderno solo se diferencia del antiguo tormento en el refinamiento con que se aplica.

Se comprende facilmente que métodos como los utilizados anteriormente violan la libertad subjetiva, razón por la cual puede decirse que resultan prohibidos en virtud del principio anterior, pero es mejor repudiarlos con base en el que ahora enunciamos.

Este principio de la naturalidad o espontáneidad de la prueba, incluye la prohibición y sanción del testimonio y dictámenes periciales, traducciones o copias que hayan sido falsificados o alterados, sean en virtud de dinero o de beneficios de otro orden o mediante amenazas del testigo o al perito, hechos que constituyen delitos. Igualmente implica este principio la prohibición de alterar materialmente las cosas u objetos que han de servir de pruebas, como

ciertas huellas, el documento original, el muro o la cerca que sirven de linderos, etc. hechos que también constituyen delitos.

Estos dos aspectos se identifican cone el principio de la probidad y veracidad de la prueba.

2. FINALIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL

2.1. FIN PROCESAL Y FIN EXTRAPROCESAL

La prueba tiene un fin indefinido, cuya fundamental importancia quedó precisa al tratar en general de la utilidad de la prueba en la vida del derecho.

Si se examina en forma parcial el problema del fin procesal de la prueba judicial, puede enforcarse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del Juez que la valora; aquella pretendiendo vencer en el litigio o conseguir su pretención en el proceso voluntario y este tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla. Como en el proceso contensioso las partes están encontradas generalmente, ocurre que la prueba se convierte en un medio de ataque y defensa, con lo cual se busca obtener lo pedido en la demanda y en las excepciones o conseguir su rechazo. Pero, esos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba en el proceso, siempre en su favor y para su beneficio, no representan el fin que le corresponde por si misma, por su naturaleza y su función procesal.

2.2. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PRUEBA

Pueden reducirse a tres las teorías sobre el fin de la Prueba:

a. La que considera como fin de la prueba judicial al establecer la verdad. Defienden esta tesis BENTHAM, RICCI y BONNER.

Esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba no corresponde a la verdad, a pesar de llevarle al Juez el conocimiento necesario para fallar. La mayoría de los autores modernos la rechazan.

b. La teoría que reconoce como fin de la prueba judicial el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del Juez. Los autores que sostienen esta teoría parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho, y que por lo tanto exige la identidad de éste con la idea o el conocimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien no puede corresponder a la realidad, es decir que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen. En Colombia comparten esta tésis ROCHA, ALZATE NORE A. y GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ.

c. La tesis que ve como fin de la prueba la fijación de los hechos del proceso. Esta tesis está vinculada principalmente al sistema de la tarifa legal para la apreciación de las pruebas. En razón de las dificultades que con tal sistema se presentan para llegar al conocimiento de la verdad y de las mayores probabilidades que con el existen que un divorcio entre esta y la conclusión a que forzosamente debe llegar el Juez, algunos autores, especialmente CARNELUTTI, han

hablado de la fijación formal de los hechos mediante esa tarifa legal.

Esta teoría contiene un planteamiento incompleto del problema del fin de la prueba, pues tanto con la primera tesis como con la segunda puede decirse que por ellas se fijan los hechos en el proceso. La consideramos solo como una manera gráfica de indicar el resultado de la prueba, esta fijación de los hechos se considera sobre su existencia, sin que pueda exigirse que esté siempre en poseción de la verdad.

Para nuestro concepto es la identidad del conocimiento o de la idea con el objeto de este, vale decir, con la cosa o el hecho. De manera que la verdad, como decía SAN AGUSTIN, es la cosa misma. Sin embargo ella nos llega bien directamente de la inteligencia y en esos casos la llamamos metafísica, o a través de los sentidos propios o de los sentidos de los terceros que nos la narran y entonces se habla de la verdad física e histórica respectivamente; pero en los tres casos existe la posibilidad del error y esto es la inadecuación del hecho con la idea o conocimiento y por lo tanto existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de ésta, sin que por ello dejen de cumplir el fin a que están destinadas: permitirles al Juez resolver el litigio o la petición del mismo proceso de

jurisdicción voluntaria y con arreglo a lo que considera que es la verdad.

La verdad es una noción ontológica, objetiva y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el Juez hubiese adoptado decisión convencido por ella. Siempre que gracias a la prueba suministrada se pronuncie sentencia, aquella ha cumplido su misión.

Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión, su fin se satisface y sea que esta certeza corresponda a la realizad, en cuyo caso estaría la verdad o que se encuentre desligada de ella y entonces existiría un error. La justicia humana no puede exigir más porque no puede aspirar a la infabilidad.

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

Estas consideraciones conducen a asignarle a la prueba el fin de producir la convicción o certeza en el Juez, es decir, la creencia de que conoce la verdad gracias a ella; pero esta certeza puede ser moral subjetiva y real (si hay libre valoración de la prueba) o legal objetiva formal, si el fin permanece igual en ambos sistemas de valoración, pues apenas varía el procedimiento para adquirir la certeza, en el primero, mediante la libre apreciación de los medios aportados conforme a las reglas de la sana crítica; en el de la tarifa legal, asignándole el mérito que obligatoriamente se les debe reconocer, pero en ambos casos el Juez se declara en posesión de la certeza y la prueba habrá cumplido su finalidad. Es absurdo hablar de verdad real y verdad formal porque solo existe una verdad.

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

También observamos que el fin de la prueba no siempre se consigue en la práctica, porque puede no coincidir con su resultado; tal coincidencia ocurrirá solo cuando gracias a ella, el Juez haya podido formarse su convencimiento o adquirir la certeza sobre los hechos, en caso contrario, el resultado no logrará alcanzar ese fin y

entonces para cumplir su función y el deber que la jurisdicción le impone, el Juez recurrirá al sustituto de la carga de la prueba o al in dubio pro reo, con el objeto de resolver el litigio.

2.3. RESULTADO DE LA PRUEBA

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

Se toma aquí el término prueba en sentido de medio, o sea los diversos elementos probatorios aducidos y practicados en el proceso .

Cuando se dice que "hay prueba" en un proceso, se da a entender que hubo convicción del Juez sobre el hecho afirmado o negado, esto es, se identifica el resultado con el fin, pero sí se entiende por prueba y que no se obtenga ese convencimiento, por lo cual el resultado será diferente al fin a que está destinado.

Para conocer el resultado de la prueba no basta examinar los diversos medios que concurren a producir el convencimiento en un sentido positivo o negativo sobre la existencia de un hecho; es indispensable también tener en cuenta los medios aportados por la parte contraria,

para tratar de disvirtuar el valor de convicción de los primeros. Aquellos formarán una prueba concurrente y éstos construirán una prueba en contrario.

La diferencia que en materia de prueba existe entre el proceso penal inquisitivo y con libertad de valoración y el viejo civil dispositivo y con tarifa legal, principalmente por el segundo aspecto, es de resultado y no de fin. Ambos persiguen la verdad, sobre cual es esa verdad de los hechos.

3. NOCION DE CARGA PROCESAL

3.1. BREVE HISTORIA DE LA NOCION DE CARGA DE LA PRUEBA

En el antigui derecho romano, como puede observasrse en el procesamentio de la legislación sacramento y en general en el proceso per actions, la carga de la prueba la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el período clasico existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada proceso, con un criterio práctico de equidad o le dejaban esa tarea al Juez, a manera de arbitro.

Posteriormente en el derecho justiniano surgieron principios generales y en particular el fundamental, que ponia a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción la prueba de el, ya fuera actor o demandado.

No existe acuerdo respecto a quien debía probar en los procesos germanos primitivos. Como lo observa LESSONA, se admite generalmente que estaba a cargo del demandado, aunque otros autores consideran que la prueba correspondía a ambas partes, sin estar atribuida especialmente a ninguna; y un tercer grupo opina que la prueba le

incumbía al actor, si se fundaba su pretensión en un hecho propio, y al demandado en caso contrario; una cuarta tesís sostiene que el Juez determinaba a quien correspondía la obligación de probar, escogiendo a la parte que parecía tener la razón o que aducia hechos más decisibos, lo cual, sin duda ocurre en un período más avanzado, por último una teoria que según LESSONA, es digna de crédito; fué expuesta por DECLAURELL, en ella se afirma que la prueba corresponde al más debil social y economicante sea demandante o demandado.

En la Edad Media, y por obra especialmente a los juristas de Bolonia, que reviven el derecho romano, reaparece el concepto de carga de la prueba basado en el principio de que incumbe al actor, pero se le da este carácter al demandado cuando excepciona. La doctrina romana pasó también en términos generales, al derecho canónico. En España aparecen estos principios en las partidas, siglos más tardes vino la Revolución Francesa y con ella el Código Civil de Napoleon en el cual se introdujo un principio similiar al español en el Art. 1315, pero referente solo obligaciones que se encuentran mejor redactado en el Art. 1757 del Código Civil Colombiano y en Art. 1698 del Código Civil Chileno, de donde tomo aquel: "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquella o ésta". Normas equivalentes se consagran en el Art. 1312 del Código Civil Italiano de 1865, y en Art. 1315 del Código Civil Español, pero el Art. 177 de nuestro Nuevo Código de P. C. modermizó y generalizó la regla, siguiendo la doctrina de SOSEMBERG y MICHELI.

El aspecto fundamental de la evolución de ésta teoría en el derecho moderno consite, como observa MICHELI, es considerarla como regla de juicio para el Juez, ya que el señala a éste la forma de decidir a falta de prueba suficiente que le otorge certeza.

4. ONUS PROBANDI

La relación jurídico procesal se distingue por se una relación en movimiento.

Con esta expresión se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de ser conocidos del Juez, los hechos en que se basan las afirmaciones de la demanda o la defensa. Es el Onus Probandi de la terminología forence, pero la actividad se extiende también a las negaciones que no tengan carácter de indefinidas y que forman parte del proceso, Art. 177 del C. de P. C.

Ciertamente no son infrecuente los casos en que el demandante al elaborar la demanda inicial del proceso, consigna en ella afirmaciones de hecho positivo y negativo como fundamento de sus pretensiones. Y en relación con los primeros, es claro que corre siempre con el deber de probarlos; no acontece lo propio con los segundos, puesto que estos en algunos supuestos son de imposible demostración.

4.1. SENTENCIAS DE FONDO Y SENTENCIAS INHIBITORIAS

Con la sentencia definitiva culmina el proceso porque con ella el Juez aplica el derecho al caso controvertido. Es pues, un acto jurídico procesal caracterizado por se de calificación jurídica.

Cuando va a dictarla el juzgador examina las pretensiones, la controversia y las pruebas y califica y decide. Ejercita la subsunción o sea que aplica el derecho al hecho debatido mediante una operación lógica y otra operación humana, como dice COUTURE [56] "ni el Juez es una máquina de razonar, ni la sentencia una cadena de silogismos" y luego decide.

La decisión debe ser de fondo o de mérito. En su análisis el Juez debe entrar a la esencia del problema, a la solución radical del problema planteado con las pretensiones, de suerte que solo tiene dos alternativas: absuelve o condena, acoge las pretensiones de la demanda o las desestima, según estén o no probados los hechos que se sustentan.

Para el derecho probatorio entonces, la sentencia es un acto jurídico procesal calificador de las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

En la sentencia el Juez no puede decir que no juzga porque no hay pruebas o que ellas son insuficientes.

56, COUTURE, OB, Cit, pág. 288

En este caso absuelve, esa posibilidad romana no existe en el derecho moderno. En Colombia está prohibida en el Artículo 48 de la Ley 153 de 1887, "los jueces o magistrados que rehusaren juzgar prtextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley, incurrirán en responsabilidad por negación de justicia". Este principio tiene aplicación en el campo probatorio: El Juez no puede rehusar el juzgamiento o la decisión pretextando ausencia o insuficiencia de pruebas.

Solo puede dejar de dictar sentencia de fondo cuando advierte que carece de jurisdicción o competencia, o cuando la acción está caducada, caso en el cual se produce sentencia inhibitoria, en la cual declara que se abstiene de pronunciarse en el fondo de la cuestión debatida, en razón de no haberse dado ese presupuesto procesal. Como aquí no hay decisión, no hay verdadera sentencia en sentido estricto. Con la sentencia inhibitoria se declara impedido para juzgar y para decidir.

Y en el momento en que el va a dictar sentencia de mérito, en el que va a decidir, cuando nace un nuevo problema, como lo advierte EISNER[57]. El de saber cuales partes o sujetos del proceso tenían la carga de la prueba, es decir, quienes tenían necesidad de probar los hechos para que la decisión les fuera necesaria y favorable.

---

57. EISNER, Isodoro, la prueba en el proceso civil, Buenos Aires, a.954 Pág. 54

Desde luego al plantear la demanda, el demandante debe saber que si no prueba los hechos que relaciona corre el riezgo de que la decisión le sea adversa, porque como dice FERRARA[58]. "lo no probado no se toma en consideración, es como si no existiera".

Según explica CARNELUTTI[59], la carga de la prueba se traduce en la obligación del Juez de considerar un hecho como existente o como inexistente.

---

58. FERRARA, la simulación de los negocios jurídicos, cit. de RAFAEL, DE PINA, tratado de las pruebas civiles, México de 1942, Pág. 81.

59. CARNELUTTI. Sistema, Vol. I.P. 423, cita RAFAEL DE PINA, Pág.83.

5. COMO SE PRUEBA

5.1. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

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

La actividad probatoria en el proceso tiene diferenes fases o aspectos, que pueden comprenderse en tres:

1. La fase de producción u obtención de la prueba, en la cual colaboran el Juez, las partes y los auxiliares, o sea los sujetos de la prueba y sus órganos; esta fase se subdivide en: a) Averiguación e investigación; b) aseguramiento; c) proposición o presentación; d) admisión y ordenación; e) recepción y práctica en la cual se presenta en ocasiones, la coerción para su realización.

2. La fase de su asunción por el Juez.

3. La fase de su valoración, o apreciación por el Juez, en el cual colaboran las partes defendiendo o contradiciendo la validez y sus resultados o eficacia[44].

Para probar es necesario cumplir con un procedimiento. Se trata pues, de saber como se prueba.

La doctrina suele distinguir varias etapas dentro del procedimiento, a saber:

a) El ofrecimiento,

b) El petitorio;

c) El diligenciamiento.

Es de gran importancia el procedimiento, pues, es durante éste que se aplican los principios de la prueba y que dan ocasión para que el juzgador de a conocer sus capacidades, su cultura general y jurídica, su experiencia profesional.

De una parte hay reglas generales para el procedimiento probatorio; pero cada medio procesal tiene su propio rito procesal según su naturaleza, que nos indica la forma como se aducen, se admiten y se practican.

5.2. ETAPAS DEL OFRECIMIENTO

---

44. FENECH. Derecho Procesal Penal, Barcelona, 1960 T.I. Pág. 576.

Consiste el ofrecimiento, como su nombre lo indica en ofrecer al Juez la prueba, sea en la demanda, en su contestación o en su réplica y basta con enunciar ese ofrecimiento, con manifestar cuales pruebas van a presentar o a pedir durante el proceso, en sus oportunidades debidas. El ofrecimiento es una formalidad que no se tiene en cuenta en la legislación colombiana, en cambio, es exigencia que para todos los procesos contemplan otras legislaciones.

Es entendido que el ofrecimiento corresponde a las partes en la medida que considere que les afecta el deber o la carga probatoria y en consideración al tema a probar. El ofrecimiento es pues, un anuncio previo que la parte demandante le hace al juez sobre las pruebas que va utilizando o pedir durante la fase siguiente, la petitoria; como ello no implica que pueda modificar la oferta no se ve la necesidad de dicho ofrecimiento.

5.3. ETAPA PETITORIA

Consiste en la etapa o período durante el cual las partes pueden solicitar la práctica de las pruebas que estimen necesarias.

Esta etapa sugiere varias cuestiones:

- Cómo se piden las pruebas
- A quien se piden

- Cuándo se piden

- Quién las pide

5.3.1. Cómo se piden las pruebas: Las pruebas se piden siempre por escrito, aunque puede hacerse oralmente durante la práctica de inspección judicial (Art. 246 C. de P. C., Art. 226 C. de P.P.).

La práctica y la conveniencia aconsejan que la petición comprende no sólo la enunciación del medio probatorio en cuestión, sino su razón de ser, su pertenencia y la relación de circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan posible la producción de la prueba.

Como está dicho, durante el juicio en materia penal ejecutoriado el auto de proceder se abre la causa a prueba por tres días para que las personas que en ella intervienen puedan pedir pruebas, pero esa solicitud debe hacerse clara y precisando lo que el solicitante se dispone acreditar con cada una de ellas, así como su pertenencia (Art. 500 y 501 del C. de P. C.).

De igual forma en materia civil, cuando se pidan testimonios "deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba" (Art. 219 C. de P. C.).

5.3.2. A quién se pide: La petición debe hacerse al Juez, en virtud del principio de inmediación que rige en todo proceso.

5.3.3. Cuándo se pide: El momento petitorio esta sujeto a los llamados términos judiciales, en todo proceso. En materia civil se tienen los siguientes momentos u oportunidades petitorias:

1. En la demanda se pueden acompañar pruebas documentales o anticipadas (Art. 77. No.6 del C. de P. C,).

2. En la misma demanda se pueden pedir pruebas (Art. 75 No.10 del C. de P. C.).

3. Con los escritos de excepciones o constestación de la demanda se pueden acompañar pruebas documentales, así como con las que prueba incidentes o se les de respuesta (Art. 183 inc 2 del C.P.C.).

4. Durante el respectivo término probatorio de cada proceso, era lo indicado en el estatuto anterior. En el vigente se trasladaron esas oportunidades a los anteriores de manera general.

En materia penal hay que distinguir:

1. Durante el sumario las pruebas pueden pedirse, desde el denuncio por la parte actora y desde la indagatoria para el procesado, durante todo el sumario se tiene un término de 30 días según el caso, cuando se investiguen delitos conexos, o cuando sean dos o más los procesados (Art. 317 del C. P. P.).

2. Durante la ejecutoria del auto de proceder, se abre el juicio a prueba por tres días durante el cual las personas que intervengan en el proceso pueden pedir las que considere pertinentes (Art. 500 del C. de P. P.). Además por lo menos con anticipación de dos días antes de la audencia, pueden pedirse pruebas que se practiquen durante ellas, pero el Art. 513 las limita a los testimonios y a los dictámenes periciales.

En materia civil durante la segunda instancia ocasionada por apelación, las partes pueden pedir pruebas en el término de la ejecutoria del auto que admite tal recurso. (Art. 361 del C. de P. C.).

En la segunda instancia, en materia penal no hay término de prueba. (Art. 566 inc. 6 del C. de P. P.).

En el proceso contensioso administrativo, el término probatorio es el de fijación en lista (C.C.A. Art. 126). Igual término se señala en la segunda instancia. En uno de sus juicios especiales, el de revisión de la sentencia; la demanda debe llevar la solicitud de prueba (Art. 166 C.C.A.). Además en estos procesos puede celebrarse audiencia pública con el objeto de aclarar objetos de hecho o de derecho, lo cual significa que duante ella pueden presentarse pruebas (art. 90). De otra parte en estos juicios se conserva la institución del auto para mejor proveer, que puede dictar oficiosamente el juzgador cuando

lo estime necesario para aclarar puntos dudosos u oscuros (Art. 91), lo que implica una facultad oficiosa para decretar las pruebas.

En materia laboral, el Artículo 80 del C. de P. del T. establece que es durante la audiencia de trámite o de pruebas, como también se le suele denominar; en la cual se practican las pruebas, por su parte el Artículo 25 del mismo texto ordena que en la demanda se deben relacionar los medios de prueba que pretenda hacer valer el actor, en tanto que el demandado debe hacer lo propio en la contestación de la demanda (Art. 31) . En la segunda instancia no se puede practicar las no pedidas ni decretadas en la primera.

5.3.4. Quién las pide: Dentro de un sistema procesal dispositivo, son únicamente las partes quienes pueden pedir pruebas; en distintas condiciones, en virtud del principio "igualdad de los contendientes" y además de intervenir en su práctica. Dentro de un sistema procesal inquisitivo ese derecho subsiste, pero igualmente puede el Juez Civil ordenarlas oficiosamente, como lo autoriza nuestro vigente código de procedimiento penal. Como ya se dijo el actor las pide en la misma demanda y el demandado al contestarla.

En materia penal se presenta la misma situación el denunciado puede solicitar pruebas desde la indagatoria que es el momento en que se vincula al proceso y el denunciante puede hacerlo en su denuncia; pero en lo sucesivo debe constituirse en parte civil para tener

iniciativa probatoria. Por su parte, el Juez instructor dado el principio de oficiosidad puede ordenar pruebas y debe hacerlo desde el auto cabeza del proceso, iniciativa que cobija al agente del ministerio público. Dice el Art. 219 del Código de Procedimiento Penal "Quiénes pueden pedir pruebas? El procesado, su apoderado, el representante de la parte civil y el agente del ministerio público, podrán pedir la práctica de las pruebas que fueren conducentes y el funcionario dispondrá que se practiquen a la mayor brevedad. Las mismas personas tienen derecho de intervenir en la práctica de todas las pruebas, durante el sumario y durante el juicio. Para que puedan ejercer ese derecho, el funcionario o juez los citará oportunamente si fuere posible, antes de la práctica de la respectiva prueba".

5.4. EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA

Dentro del período del diligenciamiento o práctica de la prueba, se distinguien varias etapas:

a) La fiscalización

b) El auto previo que las admite u ordena

c) Diligenciamiento propiamente dicho, que a su vez comprende el ritual y el acta de diligencia.

5.4.1. La fiscalización: Consiste en el exámen que el Juez hace a las pruebas pedidas, para saber si son admisibles y no están exceptuados

de pruebas tales hechos. Recae pues, la fiscalización sobre dos aspectos:

1. Sobre la oportunidad de la petición, pues debe rechazar las extemporáneas;

2. Sobre la admisibilidad: para apreciar su conducencia, su eficacia legal, su legalidad y pertenencia.

5.4.2. Auto previo de admisión y orden: examinadas las pruebas pedidas, el Juez debe admitirlas y ordenarlas si es el caso, lo cual hace por medio de un auto. Con ello se pretende cumplir con los principios de publicidad y contradicción.

En general toda actuación procesal debe estar precedida del auto que la ordena, para cumplir con los mismos principios.

Además, ello se deduce del art' 302 del C. de P. C., al reconocer la existencia de "autos de trámite" que tienen por fin poner en movimiento el proceso. En materia penal existe la norma general del Artículo 170, según el cual "no se podrá practicar ninguna diligencia en el proceso penal, sino cuando haya sido ordenado por auto o sentencia". Pero además en el proceso penal hay un auto previo específico e inicial que ordena las pruebas y es el embargo, si posteriormente aparecieron nuevos hechos por investigar, se dictarán

tantos autos ordenadores de prueba cuando sean necesarios en el sumario. Y tratándose de una inspeccion judicial, resulta necesario dictar un auto especial que la ordene y determine(Art. 224).

En el proceso contensioso administrativo, el funcionario ordena la práctica de las pruebas que se siguen a la desfijación en lista (C.C.A. Art. 129).

5.4.3. Diligenciamento propiamente dicho: Ordena la prueba, se llega luego al momento de su práctica o diligenciamento. Este comprende su ritual y un acta.

5.4.3.1. El ritual: Cada medio de prueba tiene su propio rito procesal,que es de orden público. Al tratar de los medios en particular nos referiremos a este aspecto.

5.4.3.2. El acta: Toda actuación consiste en ejercer una serie de actos en ponerse en acción. La actuación judicial sera entonces la actividad destinada a producir actos jurídicos-procesales. El acta es la constancia de la actuación o diligenciamento. Eso que se afirma de toda actuación procesal debe aplicarse en materia probatoria. O sea, que toda práctica de prueba cuando tiene actuación o ritual exige la elaboración de un acta en la que se haga constar tal actuación. Estas actas probatorias siguen las reglas renerales de todas las actas procesales, indicadas en el Art.109 y concordantes del C.de P. P. El

vigente C. de P. C.' en su Art. 109 expresó que con autorización del Juez pueden utilizarse medios mecánicos de grabación, como auxiliares para elaborar el acta que en tal caso deberá ser firmada también por quien manejó los instrumentos y que puede pedirse la confrontación del acta con la grabación, también autoriza como auxiliar la versión taquigráfica.

En materia penal el acta respectiva debe elaborarse simunltáneamente con la práctica de la prueba (Art. 225 y 159), para evitar omisiones o desfiguraciones involuntarias de lo ocurrido. En cambio en el proceso civil, se ordena expresamente que el acta se redacte y firme después de suspendida o concluída la diligencia (Art. 246 Num. 7o.).

Las actas que no llenen las formalidades exigidas se tienen por inexistentes (Arts. 162 y 214 del C. de P. P.).

En la práctica de las pruebas el Juez debe intervenir personalmente dado que las pruebas persiguen darle a él un conocimiento, una convicción o certeza sobre un hecho. Así lo ordena expresamente el Art. 181 del C. de P.C. "El Juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón de territorio, comisionará a otro para que de la misma forma las practique. Es prohibido al Juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspeccionar dentro de su jurisdicción territorial".

Como la medida obedece al necesario principio de inmediación, ella tiene cabida en todos los procesos judiciales.

Las pruebas deben practicarse dentro de los términos señalados para el efecto y dentro de las horas hábiles (Arts. 188 y 188 C. de P.P. y del C. de P.C. respectivamente).

Sin embargo, la posibilidad que existe tradicionalmente en materia penal de practicar pruebas, aún en horas inhábiles, fue contemplada también en el proceso civil vigente, como lo dispone el Art. 182 C. de P. C.:"El Juez o el comisionado si lo cree conveniente y con conocimiento de las partes, podrá practicar pruebas en días y horas inhábiles, y deberán hacerlo así en casos urgentes o cuando aquellas lo soliciten de común acuerdo".

5.5. LA PRODUCCION Y OBTENCION DE LA PRUEBA Y SUS REQUISITOS

Para que la prueba pueda ser producida y obtenida válidamente y por lo tanto se surtan los efectos legales procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ella puedan deducirse, es indispensable que reuna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos.

Los requisitos intrínsecos atañen al medio mismo utilizado en cada caso, incluyendo su objeto y, los extrínsecos se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio, pero que se

relacionan con él y lo complementan.

Son requisitos intrínsecos los siguientes:

a) La conducencia del medio;

b) La pertenencia o relevancia del hecho objeto de la prueba;

c) La utilidad del medio;

d) La ausencia de prohibición legal, de investigar el hecho.

Rigen para la fase de producción de la prueba y se revisa su cumplimiento en la valorización. Lo consagra el Art. 178 del C. de P. C., pero llama ineficacia a la inconducencia, siendo que aquella es el género y ésta una de las razones para la eficacia, y el Art. 221 del C. de P. P. contempla solo la falta de pertenencia aunque el título la denomina conducencia.

Son requisitos extrínsecos:

a) La oportunidad procesal o ausencia de preclusión;

b) Las formalidades procesales;

c) La legitimación y postulación para la prueba de quien la pide o la presente y la legitimación del Juez que la decrete oficiosamente;

d) La competencia del Juez o de su comisionado;

e) La capacidad general del Juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando

confiesan) y la ausencia de impedimentos legales en aquellos y éstos. Rigen por las fases de producción, pero en la valorización debe revisarse su cumplimiento.

El derecho subjetivo de probar, se limita, por lo tanto , a utilizar los medios conducentes y respecto a hechos pertinentes para la causa, cuando no existe prohibición legal y no sea inútil su práctica. Cumplido estos requisitos, las partes tienen derecho a que se admitan las pruebas que propongan siempre que se cumplan también los requisitos extrínsecos. Este es precisamente el sentido brocárdico probatio nis non sunt coartandea.

5.6. RECEPCION O PRACTICA DE LA PRUEBA

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

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

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

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

5.7. LA ADMISION DE LA PRUEBA

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

Sin la admisión, la prueba presentada o practicada carece de valor legal y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa o

del incidente a que se refiere; de lo contrario, se violarían los principios de la lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas.

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

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

La admisión de un medio de prueba o su presentación con la demanda, las excepciones o sus contestaciones, no vinculan al Juez en el momento de decidir, si estima que eran inadmisibles o que no cumplieron las formalidades para su admisión.

Para que un hecho pueda ser admitido como objeto de prueba, considera Fenech [45], que debe reunir algunos requisitos metajurídicos unos y jurídicos otros. Entre los primeros se encuentran la posibilidad y la verocimilitud; y entre los segundos, el que sea conducente, que no sea prohibida su comprobación y que no estén excentos de prueba.

---

45. FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal, T.I. Pág. 722 Editorial Labor, 1952.

6. THEMA PROBANDUM

6.1. QUE DEBE ENTENDERSE POR TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA

Es tema de prueba o implica necesidad de prueba aquellos hechos materiales o síquicos que interesan al respectivo proceso, por construir los hechos sobre los cuales versa el debate o la investigación penal o la cuestión de jurisdicción voluntaria planteada, y que la ley exige probar para que puedan pronunciarse la sentencia y las decisiones interlocutorias que la proceden.

El tema o necesidad de prueba es una noción objetiva y concreta, objetiva porque comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tner en cuenta a quien corresponde suministrarla; concreta porque se refiere a ciertos y determinados hechos, entre los que en número casi limitado pueden servir de objeto de prueba judicial desde el punto de vista abstracto y también entre los que interesan al respectivo proceso.

No se debe confundir tampoco con la noción de carga de la prueba, porque ésta determina en que hechos, entre los que forman el thema probandum en un proceso, le corresponde en principio probar a cada

parte y es por lo tanto una noción subjetiva, más restringida aún y que sirve de sucedáneo de la prueba, además le indica al Juez a quien principalmente está dirigida, como debe fallar cuando en el proceso no se encuentra la prueba de un hecho determinado de la solución jurídica que necesita adoptar.

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

El tema o necesidad de prueba puede definirse así: es el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio que sirve de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso y que la ley exige probar por medios autorizados.

Está excluido del tema o necesidad de la prueba, no solo los hechos que no interesan para aplicar la solución de derecho en el respectivo proceso, sino también aquellos que no obstante forman parte del presupuesto de hecho en ese proceso debe considerarlos ciertos el Juez, sin necesidad de la prueba, por cualquier razón legal o cuya prueba es imposible o está prohibida por la Ley.

6.2. HECHOS QUE CONSTITUYEN EL TEMA DE LA PRUEBA, EN CADA PROCESO, AFIRMACION, ADMISION Y DISCUSION DE LOS HECHOS

En cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas a menos que esté exceptuado de prueba por la Ley. Las facultades aparecen cuando se pretende precisar cuales son los hechos que deben gozar de excepción probatoria.

Los hechos que constituyen el thema probandum en el proceso de jurisdicción voluntaria, son los indicados por las partes inicialmente o durante su trámite o que implícitamente sirven de fundamento.

A las peticiones que se formulan al Juez que no gocen de presunción o notoriedad y no sean indefinidos o estén excentos de prueba por otra razòn, la circunstancia de no existir choques de intereses hace que la noción de controversia no tenga aplicación para la afirmación de hechos nuevos.

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

En el proceso civil, laboral, contencioso-administrativo el tema está formado por los hechos alegados por las partes en la demanda y con

excepciones, que no estén excentos de pruebas por la Ley y los accesorios a aquellos; pero aquí surgen dos nociones importantes que influyen también: afirmación y controversia o discución del hecho, que delimitan el tema de prueba y además el principio de la conguencia. Esta afirmación de una de las partes o de ambas de acuerdo producen un doble efecto.

a) Vincula al Juez, en cuanto este tiene el deber de considerarla al adoptar su decisión, para definirse se encuentre o no probada y si goza o no de excepción de prueba y sus efectos jurídicos;

b) Delimita los hechos que el Juez puede tener en cuenta como fundamento de su decisión, al estarle prohibido considerar los no afirmados. Obilgación positiva la primera y negativa la segunda.

En este sentido, suele hablarse de "poder de disposición de las partes sobre el material de hecho" del proceso y, por lo tanto de la sentencia, poder que se acostumbra incluir en el principio dispositivo, junto con la necesidad de la demanda, pero entendiéndola en forma muy amplia.

Desde este punto de vista puede hablarse de carga de la afirmación, por cuanto la obtención del fin deseado con la aplicación de ciertas normas jurídicas, la parte debe afirmar los hechos que le sirven de presupuesto, sin lo cual no les es posible al Juez tenerlos en

cuenta, aún cuando aparezcan probado e igualmente puede hablarse de determinación del tema de prueba por la afirmación de hechos. Se dice entonces que el hecho no afirmado es inexistente para los fines del proceso, a menos que sea accesorio o que la ley permita al Juez declararlo de oficio, si está probado.

Es decir esta carga de la afirmación no se aplica rigorosamente al momento de la demanda o a su contestación; respecto de la primero, deben distinguirse los hechos esenciales de los simplementes accesorios, para permitir que estos puedan ser considerados por la sola circunstancia de que exista su prueba o están excentos de ella o exigir en cambio, que los primeros aparezcan en el libelo; en cuanto a la segunda, solo en donde se exija expresamente proponer las excepciones en ese acto, puede regir una norma similar, pero un procedimiento como el colombiano que obliga al Juez a considerar las excepciones de mérito no propuestas pero probadas (salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa) queda limitada a esta.

En Colombia la solicitud de prueba por cualquiera de las partes, sobre los hechos accesorios que fundamentan los hechos de la demanda y los que configuran excepciones distintas de las tres mencionadas, significa su alegación oportuna cuando el Juez las pactica de oficio, la prueba suple su afirmación, la simple afirmación unilateral no es suficiente para que el hecho quede fijado vinculativamente en el

proceso, pues para esto se requiere la prueba a menos que exista excepción legal, en cambio cuando la afirmación es conjunta de todas las partes o hay admisión expresa (o táctica si la ley la consagra), el hecho queda probado por su sola virtud (salvo que la Ley exija una prueba solemne o rechace la de confesión) y no necesita más prueba (no bis in idem), de modo que se produce el doble efecto de obligar al Juez a considerarlo y a tenerlo como cierto a menos que sospeche colusión o fraude, pues en tal caso debe decretar de oficio pruebas para verificar el hecho.

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

Que esté excento de prueba un hecho, no significa que las partes no puedan solicitar y presentar en relación con el las pruebas que quieran si son pertinentes y posibles, pero la ley autoriza al Juez para rechazarlas por inútiles.

6.3. NECESIDAD DE PROBAR LAS NORMAS JURIDICAS

Una cosa es que pueda producirse prueba judicial para establecer que

existe la norma y otra muy diferente que sea necesario aducir esa prueba o llevarla oficiosamente con las formalidades procesales requeridas para la prueba de los hechos.

6.3.1. Normas legales nacionales para el territorio del Estado

Las reglas de derecho contenidas en las leyes o decretos con valor de leyes del estado vigentes en su territorio, deben ser conocidas por el Juez, quien tiene la obligación de averiguarlas y estudiarlas como también de aplicarlas oficiosamente de acuerdo con la interpretación que libremente les de. Por consiguiente no son tema de prueba.

6.3.2. Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional

Por lo general la mayoría de los autores están de acuerdo en eximir de la necesidad de prueba a las leyes locales nacionales. Otros están en contra afirmando que la tesis subsista, en cuanto a su fundamento graves dudas.

Cuando se dice que las normas de derecho o normas jurídicas están excentas de prueba, se contempla no el hecho de que tengan vigencia en todo el territorio nacional, sino de que no sean extranjeras. La jurisprudencia colombiana ha exigido por lo general la prueba de las normas seccionales por estimas que no se trata de verdaderas leyes.

El Art. 188 del C. de P. C. exige que al proceso se lleve la prueba de la norma seccional, pero ordena al Juez decretarla de oficio cuando no la encuentre, lo cual es una posición intermedia.

6.3.3. Normas consetudinarias nacionales

La necesidad de la prueba procesal de costumbre, cuando suple la ley o la complementa, depende de la política legislativa adoptada en cada pais. Por ello debemos completar dos hipótesis: existencia de norma legal que exija su prueba o que la haga innecesaria y, falta de regulación normativa.

Creemos que solo debe exigirse prueba procesal rigurosa cuando la Ley lo diga, como sucede en Colombia, Chile y España.

En cuanto a la clase de prueba necesaria, el Art. 189 del C. de P. C., dice que debe probarse con un conjunto de testimonios o con documentos auténticos. Para la costumbre mercantil se acepta como prueba la certificación expedida por la respectiva Càmara de Comercio o copia auténtica de dos decisiones judiciales definidas que aseveren su existencia en el lugar y la época alegados, además de los medios autorizados para la costumbre civil.

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

hecho que debe regular.

6.3.4. Normas legales o consetudinarias extranjeras

La mayoría de los autores aceptan que las normas extranjeras puedan ser objeto de pruebas y tema de èstas, no obstante que en algunos paises se le otorga al Juez libertad para investigarlas oficiosamente fuera del proceso.

Desde un punto de vista doctrinario nos parece indudable que el Juez debe tener libertad investigativa de la norma de derecho extranjera fuera del proceso y sin necesidad de llevar a éste su prueba cuando necesite aplicarla, porque ella forma parte de la solución de derecho que es su deber declarar: iura movit curia.

En Colombia el Art. 188 del C. de P. C. exige que se lleve al proceso la copia total o parcial de la ley extranjera, si es escrita, expedida por la autoridad competente del respectivo país o por un agente consular de ésta en Colombia y cuando no sea ley escrita debe probarse con el testimonio de dos o mas abogados autorizados para ejercer su profesión en el país de origen.

Cuando se trata de costumbre extranjera debe aplicarse el mismo criterio en cuanto a la necesidad de su prueba; el Art. 189 del C. de P. C. la exige, y el Art. 8 del C. de Co. exige que la mercantil

extranjera se demueste con certificado del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, el de una nación amiga, pero tal funcionario debe solicitar previamente a la Cámara de Comercio local o la que haga sus veces, una constancia sobre el particular y a falta de una y otra a dos abogados que ejerzan en el lugar y sean especialistas en derecho comercial.

Son medios aptos para probar la costumbre extranjera, los autorizados en el pais de origen, como es obvio; la autenticación que el cónsul o agente diplomático colombiano le de al documento que contenga esa prueba, hará presumir que se conforma con la ley de su otorgamiento. Sin embargo, creemos que puede demostrarse la costumbre extranjera por los medios autorizados para la nacionalización, por ejemplo en Colombia, con declaraciones de testigos que la conozcan o con documentos auténticos, por no tratarse de acto jurídico ocurrido en el exterior, sino de normas jurídicas.

6.3.5. Las reglas o máximos de la experiencia

Consideramos que éstas máximas no son objeto de prueba por sí mismos, sino que constituyen elementos para la formación no solo del criterio del Juez, pero también de las partes, los peritos y testigos, sobre los hechos a que se aplican. No hay pues, necesidad procesal de probarlas, ni forman parte del tema de prueba.

6.4. HECHOS QUE NO NECESITAN SER PROBADOS

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

6.4.1. Hechos admitidos o confesados por las partes

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

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

Estos hechos no necesitan otra prueba, pero existe en realidad una prueba en esa confesión expresa o tácita. Sólo en ese sentido los excluímos del tema de prueba.

La controversia es requisito para que el hecho necesite prueba y no para ser objeto de ésta, como aceptan la mayoría de los autores.

La admisión del hecho produce el doble efecto procesal de obligar al Juez a tenerlo en cuenta y considerarlo suficientemente probado. Sus efectos son similares a los de la confesión.

Cuando la ley exime de pruebas al hecho por no ser discutido o negado, en realidad presume su admisión. Esto ocurre cuando dispone que a falta de oposición se dicte sentencia sin abrir a pruebas la instancia, pues equivale a ordenar al Juez que tenga como ciertos los hechos de la demanda, en este caso se trata más bien de una admisión general de los hechos de la demanda o de su reconocimiento.

6.4.2. Hechos presumidos legalmente

Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está excento de prueba y este es precisamente el objeto de la presunción.

La presunción no es una prueba, sino excepción o dispensa de la prueba. Si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, esa prueba es superflua o innecesaria, por lo cual el Juez debe rechazarla, a menos que estè impugnando, pero el hecho es objeto concreto de prueba, aunque no requiera actividad probatoria.

6.4.3. Hechos expresamente prohibidos por la Ley

Si la Ley prohibe probar un hecho por razones de moral o de otro orden, este hecho resulta excluído del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debatida y constituye un presupuesto de la pretención o excepción, esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte del tema de prueba.

Muy diferente es el caso de la prohibición de un medio de prueba o de la exigencia de uno especial, para un hecho determinado; entonces no hay limitación al objeto ni al tema de prueba porque el hecho puede ser probado y necesita prueba, sino a la libertad de medios.

6.4.4. Hechos materia de cosa juzgada

Si el hecho está reconocido en sentencia con valor de cosa juzgada o que constituya prejudicialidad es obvio que no necesita otra prueba.

Tal como veníamos desarrollando nuestro tema diremos en primea instancia que los hechos de materia de cosa juzgada no requieren ser probados en los procesos, por quien lo afirma; aunque desde luego es util y necesario llevarle a Juez la constancia o copia de la providencia que dio por finalizado el hecho que se juzgó, pues de lo contrario todos los procesos se dilatarían hasta que en forma oficiosa el Juez allegara dicha constancia, pues este no tiene poderes mentales para dar por probado el hecho de entrada. Obviamente que es a la contraparte a quien le corresponde probar las

circunstancias que rodearon ese hecho para convencer al funcionario de que no se trata de los mismos, que era una obligación diferente o que el delito por ser permanente todavía tiene vida jurídica. Al referirse a este tema no podemos omitir que el C. de P. Civil consagra excepciones al principio de sus Arts. 332 y 333 reglamenta el tema analizado, en el primero de los artículos invocados, da "efectos de cosa juzgada a los procesos contenciosos cuando versen sobre el mismo objeto y la misma causa que el anterior y se dice en el inc. 3o. que la sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes".

6.4.5. Hechos irrelevantes e imposibles

La pertinencia o relevancia del hecho y su posibilidad de existencia son requisitos para que pueda ser objeto concreto de prueba y con mayor razón, para ser tema de esta. Si el hecho no puede influir en la decisión, su prueba es claramente innecesaria. En este caso el Juez debe rechazar la prueba, por economía procesal, pero solo cuando sea absoluta o manifiesta la impertinencia.

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

6.4.6. Hechos indefinidos

Es frecuente oir afirmaciones como estas: "las negociaciones no se prueban", o "quien niega no está obligado a probar su negación", y "la carga de la prueba corresponde a quien la afirma".

Existen negiciaciones cuya prueba es imposible pero la inmensa mayoría de ellas suponen en el fondo la afirmación de ciertos hechos, por que debe probarse. No siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo. El principio romano de que quien niega no necesita probar, es cierto solo cuando el demandado se limita a negar los hechos alegados por el demandante y no propone excepciones o el imputado los que se le imputan.

Cuando las partes alegan hechos negativos con fundamento en sus pretensiones o excepciones, pues entonces no todos son de igual naturaleza, ni producen unos mismos efectos jurídicos en materia de prueba. Desde ese punto de vista puede formularse la siguiente clasificación:

1. Negaciones sustanciales o absolutas, que son indefinidas y no implican por lo tanto ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícitamente; estas no requieren prueba.

2. Negaciones formales o aparentes, que en realidad en el fondo contienen una afirmación contraria, sea definida o indefinida.

Solo las que contienen una afirmación definida están excentas de pruebas.

3. Las negaciones formales se subdividen en negaciones de derecho de cualidad y de hecho. a) Las de derecho se refieren a la titularidad de un derecho, a las condiciones requeridas por la ley para su existencia o para la validez de un acto jurídico, o a la calificación jurídica opuesta a una distinta naturaleza jurídica de acto, por lo cual requieren prueba; b) Las de cualidad ocurren cuando se niega a alguien o a alguna determinada cualidad y entonces en realidad se está afirmando la opuesta, porque no puede haber sustancia sin cualidad, por lo cual también requieran pruebas; c) Las negociaciones de hecho se refieren a los hechos en general, entendidos en el amplio sentido que se expuso al tratar del objeto de la prueba judicial y en el fondo equivalen a afirmar el hecho contrario, sea este concreto o indefinido, por lo que solo en el último caso están excentos de prueba.

O sea que las negaciones de hecho pueden ser definidas o indefinidas: las definidas tienen por objeto hechos concretos, delimitados en tiempo, lugar que presupone la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente las negaciones definidas son aquellas que no implican la afirmación indirecta de otro hecho concreto, delimitado en tiempo y espacio sino igualmente ilimitado en estos aspectos o negaciones que a pesar de

ser limitadas en tiempo y espacio contienen implícita una afirmación indefinida no susceptible de probarse.

El carácter indefinido de la negación o la afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio o una de estas sean absolutamente ilimitadas; por el contrario para estos efectos es igual que impliquen no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre, o que se refiera a todos los instantes de un espacio de tiempo más o menos largo, o relativamente corto, si envuelve una situación o actividad u omisión permanente, que la práctica general no es susceptible de prueba por ningun medio, por lo cual se exime de ella a quien la alega como lo consagra el Art. 177 del C. de P. C.

De la anterior clasificación se deducen las siguientes clasificaciones:

1. Las únicas verdaderas negaciones son las sustanciales o absolutas;

2. Las negaciones formales son en el fondo afirmaciones redactadas negativamente;

3. Las únicas negaciones que no exigen pruebas son las sustanciales y las formales indefinidas de hecho, por la imposibilidad de suministrarla en razón de su carácter indefinido y no de la negación misma;

4. Las demás negaciones se prueban demostrando el hecho positivo contrario bien sean directamente o mediante indicios o inferencias de otros hechos y por este motivo tanto el demandante, cuando base en ellas sus pretensiones, como el demandado, cuando las alegue para sus excepciones, están sujeto a la carga de probar;

5. Pero si el demandado se limita a regar expresamente el hecho alegado por el actor, tal negación no requiere pruebas, porque ésta es entonces de cargo del segundo;

6. Lo mismo ocurre si aquel niega ese hecho indirectamente, alegando que el verdadero es otro.

Tampoco la afirmación indefinida, entendida con el mismo criterio expuesto para la negación indefinida, necesita prueba y a la carga de la prueba del hecho contrario corresponde a quien alege éste.

6.4.7. Hechos notorios

En el derecho Romano se consagró expresamente el principio que exime de prueba al hecho notorio, en relación con la prueba testimonial. Y se le reconocía un alcance general y no limitado a la prueba de testigos, como se infiere de la máxima notoria non egent probatione.

El derecho canónico lo consagró. El derecho común lo recogió y fue

aceptado generalmente durante la vigencia del sistema general de la prueba. Al decaer el sistema de la tarifa legal, primero en el proceso penal, a partir de la revolución francesa y mucho más tarde en el civil, donde todavía se conserva en algunos paises, se le dio cabida unas veces como norma legal y otras por vía de doctrina y jurisprudencia. Nuestro C. de P. C. consagra en el Art. 177 eximiendo de prueba el hecho notorio.

En nuestra opinión, aun cuando no lo acepten las partes de común acuerdo e inclusive se discuta, lo importante es que su notoriedad le parezca clara al juez y no a la parte contra quien se opone; lo contrario equivaldría a hacer que la prueba de la notoriedad dependa del consentimiento de la parte perjudicada por el hecho y entonces esa prueba consistirá en la confesión o admisión del hecho afirmado por el adversario, tal como ocurre con cualquier hecho que la ley no exige aprobar con un medio distinto y no exitirá difierencia alguna entre el hecho notorio y el no notorio, admitido o confesado, lo cual es inaceptable.

Deben distinguirse dos aspectos en cuanto al punto de que si tal hecho debe estar afirmado por la parte a quien interesa:

a) La alegación del hecho mismo y de su notoriedad;
b) La condición de que el hecho mismo sea fundamento de la demanda o de una excepción.

Como los procesos civiles están regidos por el principio de la congruencia, que exige anunciar en la demanda los hechos esenciales que sirvan de fundamento a las pretensiones, a excepción del ruso, es indispensable que allí aparezcan los hechos principales o determinantes de la causa pretendi, para que puedan ser considerados por el Juez en la sentencia. Ese principio no puede sufrir excepción porque el hecho sea notorio, pues con el se persigue no solo garantizar el debido contradictorio y por lo tanto, el derecho de defensa del demandado, sino también el alcance del litigio y delimitar el contenido de las resoluciones judiciales que deben desatarlo.

En lo laboral, como el Juez debe fallar o puede fallar plus y extra petita, no es indispensable tampoco la alegación del hecho de la demanda del trabajador. En lo penal se debe aplicar este criterio, pero solo cuando el hecho no sea constitutivo del delito y especialmente en favor del procesado.

En materia de excepciones basadas en hechos notorios, es necesario distinguir el sistema legal que rige al respecto, el sistema colombiano que exige al Juez considerar las excepciones de mérito probadas aun cuando no hayan sido propuestas la afirmación del hecho que la configura, no es necesaria y por lo tanto no debe tenerse en cuenta en la sentencia si se reconoce su notoriedad a pesar del silencio del demandado.

CONCLUSION

Realizado el trabajo sobre "ESQUEMA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL", terminamos concluyendo lo siguiente:

Que el campo de la prueba no es terreno estático sino que está en permanente agitación dentro del derecho. Su estructura telúrica no está solidificada sino en constante ebullición, en buena parte es un nuevo mundo susceptible de descubrimientos y exploraciones maravillosas.

Consideramos que el estudio de las pruebas es importante, como medios e instrumentos para hacer valer o para defender los derechos, no solo en juicio, sino fuera de el y aun antes o en un lugar de él y que la seguridad de poder demostrarlas es lo que induce a los demás a respetarlas y produce la tranquilidad de su goce y la firmeza de su ejercicio.

La prueba de los derechos ha sido considerada, a través de los tiempos, una de las formas de una necesidad existencial; casi agónica de la humanidad: la de probar la verdad.

El objeto de prueba es todo hecho presente, pasado, futuro, bien sea físico o siquico, voluntario o involuntario, que pueda demostrarse

por cualquiera de los medios establecidos por la ley.

BIBLIOGRAFIA

DEVIS ECHADIA, Hernando. Simulación, Nulidad, Inexistencia, Revista No. 247. Bogotá, 1938.

ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, 1987.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Reforma al Código de Procedimiento Civil Colombiano. Editorial ABC, Bogotá 1990.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procedimiento Civil, Temis. Bogotá 1975.

MORALES MOLINA, Hernando. Derecho Procesal Civil, Editorial Temis. Bogotá 1969.

JARAMILLO CASTAÑEDA, Alfonso. Código de Procedimiento Civil, Editorial Temis, Bogotá 1987.

ESPINOZA LOPEZ, Luis Gerardo. Drecho Probatorio Curso Teórico Práctico. Jurisprudencia y Doctrina. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1982.

PARRA QUIJANO, Jairo. La prueba de Confesión. Bogotá 1988.