

LOS MEDIOS PROBATORIOS FRENTE AL CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO CIVIL

MARIO ANDRES NEVADO CABALLERO

JOSE JOAQUIN DAZA CUELLO

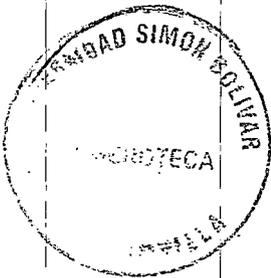
Trabajo de grado presentado  
como requisito parcial para  
optar al título de ABOGADO  
Director: Rafael Bolaño M.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR  
FACULTAD DE DERECHO  
1992.

DR 0262  
2011



LOS MEDIOS PROBATORIOS FRENTE AL CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO CIVIL

MARIO ANDRES NEVADO CABALLERO

JOSE JOAQUIN DAZA CUELLO

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

**DIRECTIVA**

**RECTOR**

**Doctor: JOSE CONSUEGRA**

**SECRETARIO GENERAL**

**Doctor: RAFAEL BOLAÑO M.**

**DECANO**

**Doctor: CARLOS LLANOS S.**

**DIRECTOR DE CONSULTORIO**

**JURIDICO**

**Doctor: ANTONIO SPIRKO**

**DIRECTOR DE TESIS**

**Doctor: RAFAEL BOLAÑO M.**

Nota de Aceptación

---

---

---

---

---

Presidente del jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, noviembre 1992.

Barranquilla, noviembre de 1992

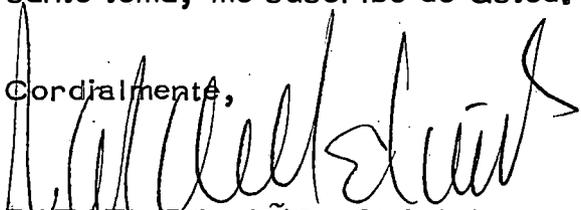
Doctor:  
CARLOS LLANOS SANCHEZ  
Decano de la Facultad de Derecho  
Universidad Simón Bolívar  
Ciudad.

Apreciado Doctor:

Por medio del presente escrito me permito rendir concepto favorable al trabajo de tesis presentado por los Egresados: MARIO ANDRES NEVADO CABALLERO y JOSE JOAQUIN DAZA CUELLO, denominado LOS MEDIOS PROBATORIOS FRENTE AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL; por reunir los requisitos establecidos por los estatutos de esta Institución, de manera concreta por la Facultad de Derecho.

Agradeciéndole de antemano la designación para tan interesante tema, me suscribo de Usted.

Cordialmente,



RAFAEL BOLAÑO MOVILLA  
Director de Tesis

## TABLA DE CONTENIDO

|  | pág |
|--|-----|
| Introducción   |     |
| 1. CONCEPTO GENERAL DEL PROCESO CIVIL                                  | 8   |
| 1.1. DESARROLLO  | 8   |
| 1.2. LITIS   | 9   |
| 1.3. CONCEPTO DE PROCESO CIVIL VOLUNTARIO<br>Y PROCESO CONTENCIOSO     | 12  |
| 1.4. EL PROCESO CIVIL COMO NEGOCIO PRIVADO<br>Y SU NATURALEZA JURIDICA | 16  |
| 1.4.1. Naturaleza jurídica del proceso civil                           | 19  |
| 1.5. SISTEMAS PROCESALES DISPOSITIVOS E<br>INQUISITIVOS                | 20  |
| 2. LA PRUEBA   | 26  |
| 2.1. CONCEPTO  | 26  |
| 2.2. TEORIA DE LA PRUEBA   | 30  |
| 2.3. CARGA DE LA PRUEBA  | 33  |
| 3. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ                                      | 43  |
| 3.1. EL JUEZ Y LA PRUEBA   | 43  |
| 3.2. CLASES DE REPRESENTACION  | 44  |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 3.3.   | DECLARACIONE DE PARTE Y CONFESION                              | 44 |
| 3.3.1. | Características de la confesión                                | 45 |
| 3.3.2. | Definición de confesión  | 45 |
| 3.3.3. | Diferenciasn entre confesión y juramento                       | 46 |
| 3.4.   | REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA CON -<br>FESION               | 47 |
| 3.5.   | CLASES DE CONFESION  | 48 |
| 4.     | EL JUEZ  | 49 |
| 4.1.   | Necesidades de juzgar  | 49 |
| 4.2.   | Colegio Heterogeneo  | 50 |
| 5.     | INCIDENCIAS DE LAS NORMAS DE PROCEDI -<br>MIENTOS DE LA PRUEBA | 52 |
| 5.1.   | COMO SE PROCEDEN   | 52 |
| 5.2.   | OPORTUNIDAD Y TERMINO PARA PRESENTAR<br>LA PRUEBA              | 57 |
| 5.3.   | DECRETO DE LA PRUEBA SIN PETICION<br>DE PARTE                  | 59 |
| 5.4.   | PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA DE JUICIO<br>ORDINARIO            |    |

|      |                         |    |
|------|-------------------------|----|
| 6.   | EL JURAMENTO            | 62 |
| 6.1. | DEFINICION              | 62 |
| 6.2. | TESTIMONIOS DE TERCEROS | 63 |
| 7.   | DOCUMENTOS              | 67 |
| 7.1. | DEFINICION              | 67 |

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

El trabajo de investigación que aquí se presenta tiene un gran interés práctico en la vida judicial. Constituye uno de los más grandes aspectos de un proceso, por cuanto entraría a dilucirlo con la aportación acertada de la pruebas, permiten conocer los distintos elementos de juicios producido por las partes o recogidas por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso.

Esbosamos en forma específica el comportamiento del juez, civil procurando ordenar y practicar pruebas solicitadas por parte o las que se consideren de oficio, para hallar la claridad en los hechos que han generado la litis y que le corresponde dirimir.

## 1. CONCEPTO GENERAL DEL PROCESO CIVIL

### 1.1. DESARROLLO

El Proceso Civil se distingue, a simple vista, del proceso penal, por un carácter negativo; no hay de por medio un lito., negación de la civilidad, podríamos llamar al proceso penal a fin de entendernos, un proceso incivil; y al proceso civil, en cambio, lo llamaríamos civil por que se realiza intercives, es decir entre hombre dotados de civilidad.

Esta es la apariencia; pero si bien se mira hay algo más hon - do, que puede modificar la primera impresión. Es cuestión ante todo, de entendernos sobre el concepto de civilidad. Ci- vilista es el modo de ser el civis o también de la civista, es decir, el ciudadano y la ciudad. También desde este punto de vista surge un rayo de luz de la palabra; civis, probablemen- te, deriva de cum ire, ir o andar conjuntamente. La civilidad no es, pues, otra que un andar de acuerdo; pero si los hombres tienen necesidad del proceso, quiere decir que falta el acuerdo

entre ellas y vuelve a aflorar aquí el concepto aquel del acuerdo que ya dijimos ser fundamental para el derecho.

El bacilo de la discordia es el conflicto de intereses. Quien tiene hambre, tiene interese en disponer del pan con que saciarse, sin son dos las que tienen hambre y el pan disponible no basta para que uno, surge el conflicto entre ellos. Y este conflicto, si las tales son inciviles, estalla en una lucha; en virtud de ésta, el más fuerte se sacia y el otro continua con hambre. En cambio, si fueren enteramente civiles o civilizados, se dividirán el pan, no según sus fuerzas, sino según sus necesidades. Pero puede darse también un estado de ánimo del que no estalle todavía la lucha, pero el puede estallar de un momento a otro; uno de los dos quiere todo el pan para si y el otro se opone a ello. Una tal situación no es todavía la guerra entre ambos, pero la contiene en potencia, por lo cual se comprende que alguien o algo deba intervenir para evitarla. Ese algo es el proceso que se llama civil porque todavía no ha surgido el delito que reclama la pena; y la situación frente a la cual interviene toma el nombre del litis o litigio.

## 1.2. LITIS

La litis, es, pues, un desacuerdo. Elemento esencial del de-

sacuerdo es un conflicto de intereses; si se satisface el interés del uno, queda sin satisfacer el interés del otro y viceversa. Sobre este elemento sustancial se implanta un elemento formal, que consiste en un comportamiento de los dos interesados: uno de ellos se exige que tolere el otro y la satisfacción de su interés, y a esa exigencia se la llama pretensión; pero el otro, en vez de tolerar se opone.

No hay necesidad de agregar que la litis es una situación peligrosa para el orden social. La litis no es todavía un delito, pero lo contiene en germen. Entre litis y delito, hay la misma diferencia que existe entre peligro y daño. Por eso litigiosidad y delincuencia son dos índices correlativos de incivilidad; cuando más civil o civilizado es un pueblo, menos delito se cometen y menos litigios surgen en su seno.

En la litis va siempre implícita una injusticia. En efecto no es posible que ambos litigantes tengan razón, esto es, que tanto la pretensión como la oposición respondan a justicia; o es justa la una o es justa la otra, o una y otra son justas en parte. Ahora, la injusticia perturba el orden y la paz social. Por eso es necesario, no tanto que los litigantes se pongan de acuerdo, sea justo: tampoco en música un acorde que desentone, es acor-

de. No hay que creer, pues, socialmente útil que uno de los dos rinda a la voluntad del otro, si es injusta; en tales casos no hay más que una apariencia de paz, ya que la paz sin injusticia no es paz. La moral no aconseja nunca la vileza; resistir el comportamiento injusto del adversario no es contrario sino conforme a la moral. De ahí que, a los fines de eliminar el litigio, no sirva tanto un medio que impida a la litis que degenerare en lucha abierta, cuando un medio, que encontrando la senda de la justicia, componga a los litigantes en paz. Este medio es el proceso civil.

El proceso civil, pués, opera para combatir la litis, como el proceso penal opera para combatir el delito. Pero la acción o mejor la reacción del proceso civil, es más compleja que la del proceso penal. Este último mientras no se dé, sino propiamente la existencia, por lo menos la apariencia de un delito no se pone en movimiento. En cambio, el proceso civil puede operar, no sólo para la represión, sino también para la prevención del litigio, a fines higiénicos y no terapéuticos. Precisamente la actividad preventiva del proceso civil se da a presencia de ciertas situaciones que pueden dar lugar a peligros de injusticia; precisamente porque la injusticia es el bacilo de las discordias, el proceso a fin de que no se manifiesta. A estas dos formas del pro-

ceso civil, preventiva o represiva, se podría dar genuinamente el nombre de proceso civil con litis o sin litis; pero la ciencia jurídica, que no ha llegado todavía a descubrir, no tanto la distinción, cuanto la coordinación entre ellas, utiliza las dos fórmulas, mucho menos claras, de proceso contencioso y proceso voluntario.

### 1.3. CONCEPTO DE PROCESO CIVIL VOLUNTARIO Y PROCESO CONTENCIOSO

El proceso civil voluntario, que tiene por tanto carácter preventivo, es la figura menos importante, o con más exactitud, menos complejo de las dos; por eso es que escapa fácilmente a la atención de quien no se ocupa de él. Sin embargo, es de experiencia común que en muchos casos se recurre al juez para obtener permisos, autorización, convalidaciones de ciertos actos respecto de los cuales es más grave el peligro de injusticia.

Por ejemplo, cuando alguien quiere adoptar a otro como hijo, o cuando el esposo quiere vender un bien dotal, o cuando el progenitor quiere realizar un negocio que excede de la administración ordinaria sobre los bienes de sus hijos menores, o cuando varias personas quieren constituir entre sí una sociedad por acciones: esos actos no quedan válidamente realizados sin la intervención del juez, que tiene precisamente el deber de

de no permitir que se lleven a cabo si no responden a justicia, y para cumplir con ese deber a su vez y hace realizar una serie de actos que constituyen un proceso, no siendo evidentemente un proceso penal, no puede ser más que un proceso civil.

La figura del proceso civil que más llama la atención del público, es el proceso represivo o contencioso, como se lo quiera llamar que se desarrolla en presencia de un litigio será uno que pretende ser hijo de otro, mientras ese otro, niega ser su padre; será uno que sostiene tener la propiedad de un poder que otro posee, mientras ese tal no quiere reconocer su propiedad; serán dos vecinos que litigan acerca de una servidumbre de paso, el que uno reclama y el otro discute, a dos socios que no van de acuerdo acerca de la parte de utilidades que a cada uno de ellos le corresponde; serán los herederos legítimos que afirman la nulidad del testamento a favor de un extraño mientras éste está convencido de su validez; será el vendedor de una mercancía que pide el pago del precio mientras el comprador quiere restituírsela porque, según él, no responde a la calidad pactada; en estos casos y en mil casos más, en el egoísmo pone en desacuerdo a los hombres que se encuentran en conflicto de intereses vemos que se dirigen al

juez para pedirle cada cual que le dé a él la razón y se la niega al otro litigante.

El proceso civil contencioso se caracteriza, pues por un contraste entre dos hombres o entre dos grupos de hombres, cada uno de los cuales pretende tener razón o se queja de la injusticia del otro, que viene a ser lo mismo. El proceso penal se realiza aún cuando el que ha cometido un delito reconoce culpable de él y admite que debe ser castigado; no así el proceso civil. Nosotros decimos para representar esta diferencia, que un proceso no se puede promover de oficio, a fin de promoverlo, debe ser solicitado por quien en ello tenga interés; son raras las cosas en las cuales la iniciativa puede partir de un magistrado del que hablaremos más adelante y que se llama Ministerio Público. Naturalmente cuando se trata de proceso contencioso, esta dependencia de la iniciativa de los litigantes, que constituye su fuerza motriz, viene a ser una razón de que también el proceso civil, como el proceso penal, esté llamado a recorrer un lento y largo camino; no sólo la justicia penal, sino también la justicia civil, anda como una tortuga. A primera vista puede parecer que la verdad, cuando se trata de contratos o en general de negocios lícitos y no de delitos no se ocultará al juez como cuando tiene, en cambio que descubrir un delito; pero desgraciadamente los litigantes, cada uno de

los cuales cree tener razón, o en todo caso quiere vencer aunque no la tenga procura, como se suele decir, embrollar los papeles, y por otra parte difícilmente saben encontrar un límite en la preposición de sus demandas en la exposición de sus razones, en la exhibición de sus pruebas y en la presentación de sus reclamaciones; lo oímos frecuentemente quejarse de que la justicia no sea rápida, pero si se tomarán el trabajo de hacer un examen de conciencia, tendría que convencerse de que la culpa de su lentitud grava en gran parte sobre sus espaldas. Ellos la cargan a cuenta de muchas otras causas, entre las cuales ocupa el primer puesto la imperfección de la máquina procesal; y no decimos que no haya algo de verdad en sus quejas, pero hay que confesar también que aún cuando se eliminasen esas causas, sería la naturaleza de la litis la que retardara el paso de la justicia civil. La verdad es que si uno de los litigantes, normalmente el que pide al juez que cambie el estado de la cosas (el acreedor que quiere ser pagado, el propietario que quiere recuperar su fondo, el comprador que pretende la entrega de la mercancía que se le debe), tiene interés en que se proceda rápidamente, el otro, y el que pierde tendrá que pagar, restituir o entregar, tiene interés en lo contrario; y ninguno de ellos se resigna a dejar al otro la última palabra; y si una providencia del juez no responde a sus deseos cada cual busca todos los medios para hacer que se la revoque o modifique; y si no lo consigue, difícilmente se resigna a ejecutar las órdenes del juez

y entonces también el proceso civil debe proseguir pasando como se dice y como veremos, de la fase de cognición a la fase de ejecución y así el proceso se arrastra en medio de una maraña de dificultades que retardan su marcha, agravan el costo y a menudo comprometen su resultado. Siempre estamos dispuestos a cargar la culpa a los demás y con facilidad olvidamos nuestras propias responsabilidades.

#### 1.4. EL PROCESO CIVIL COMO NEGOCIO PRIVADO Y SU NATURALEZA JURIDICA

Es muy difícil circunscribir dentro de los estrechos límites de un período histórico, una institución que ha venido evolucionando a través de un lapso dilatadísimo, como es el proceso.

El individualismo como concepto filosófico y económico, necesariamente se refleja en el proceso civil, tal como resultó regulado en el Código de Procedimiento Civil Francés de 1806 y en los demás que directa o indirectamente, fueron influido por aquél durante el siglo XIX y dentro de ellos está el nuestro.

De ahí la razón por la cual se consideró por muchísimo tiempo,

que el fin del proceso civil era el de tutelar los intereses privados e individuales de las partes en conflictos y entonces se le dió a éste un aspecto meramente ritual, se le consideró como algo formal, accesorio y subordinado al derecho material o sustantivo, al cual en definitiva servía mientras que desde entonces se le reconocía al proceso penal un incuestionable interés general o público basado en la lucha de la sociedad contra el reato.

Se pensaba que la solución que se diera a los conflictos civiles no afectaban la organización social, ya que tan sólo se trataba de cuestiones de simple interés privado, en las cuales el Estado intervenía únicamente como mediador, o pacificador; estableciendo caso por caso, el derecho que debe servir en concreto para dirimir los hechos en discusión y empleando la fuerza si era necesario, para poder hacer valer su decisión.

El resultado de esta concepción individualista y egoísta que se tenía del proceso civil, se refleja en la pasividad de que le impuso el juez, ya que fué marginado completamente de participar vigorosamente dentro del desarrollo del proceso, motivo por el cual, la dinámica impulso; la aportación de las pruebas la realizaban las partes y sus respectivos apoderados, quienes des-

plegaban una gran actividad procesal; es decir, ellos eran quienes manejaban caprichosamente el proceso, pues sobre ellos recaía la responsabilidad total de formular sus pretensiones y sus defensas, aportar las pruebas respectivas, interponer los recursos y valerse de todos los medios que la ley procesal ofrece, siempre con interpretaciones más o menos hábiles para tratar de obtener resultados favorables.

El Juez está reducido a ser un individuo pasivo del conflicto, cuya función era la de un árbitro, ya que su papel era solamente reconocer al vendedor sin serle permitido intervenir oficialmente con el fin de decretar y practicar pruebas con la única finalidad de adquirir certeza en torno a los hechos en materia de la controversia, a través de su fallo, por el contrario si la parte que tenía el derecho no lo demostraba o dejaba de presentar una prueba decisiva, o la allegaba extemporáneamente al proceso, perdía inexorablemente el litigio, sin que el Juez pudiese decretarla de oficio, ni siquiera conociéndola, ni aún en el evento de que se tratase de un documento público, y por otra parte, se le fijaba de antemano el valor de convicción que debía darle a cada prueba; esta concepción de eminente derecho privado, en general repudiaba la idea de que el juez tuviese facultades oficiosas en materia probatoria.

#### 1.4.1. Naturaleza jurídica del proceso civil.

Muchos autores han tratado de desentrañar la naturaleza jurídica del proceso, encontrándose en la actualidad agrupadas en distintas corrientes, siendo las principales, las siguientes: La que considera al proceso como un contrato; la que estudia como un casi contrato; la que lo establece como una situación jurídica; la que declara que es una entidad jurídica completa o pluralidad de relaciones y la que lo reconoce como institución procesal. Todas estas teorías, a excepción de la denominada de la relación jurídica - procesal, han pasado a formar parte de la historia, ya que no constituye ninguna garantía y han sido objeto de serias críticas.

En el siglo pasado se inició un movimiento con el fin de reivindicar para el derecho procesal, un lugar autónomo dentro de las ramas del derecho, y es cuando se buscó un concepto para que su desarrollo permita defender la independencia procesal, siendo uno de ellos la expresada naturaleza jurídica del proceso y, es así que tratando de elevar de rango a nuestra disciplina, un sector de la doctrina francesa atribuye al proceso una naturaleza jurídica contractual apoyándose para ello en el sistema procesal procedente del antiguo derecho romano que presenta un carácter mercadamente patrimonial, ya que

al mismo tiempo que regulaba los derechos privados, estableció a los medios para conseguir su eficiencia.

Es muy aventurado y difícil de formular una teoría única que determine su verdadera naturaleza, la multiplicidad de teorías mencionadas lo confirman debido a la imposibilidad de construir una doctrina unitaria y sistemática dentro de conglomerado de elementos procedentes del derecho privado está vinculado.

En síntesis; estas concepciones doctrinales, dan a entender que el fundamento del proceso está en la necesidad de garantizar a los asociados la efectividad de sus derechos cuando la gestión extrajudicial no logra, evitando así la violencia, como medio para hacer justicia; es decir, que el proceso garantiza la vigencia y la plenitud del ordenamiento jurídico y por lo tanto, garantiza la vigencia de los derechos subjetivos.

#### 1.5. SISTEMAS PROCESALES DISPOSITIVOS E INQUISITIVOS

En varias etapas del Derecho Procesal se ha implicado unas veces el principio dispositivo que, en sentido amplio, pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de inicia -

ción, determinando el contenido y objeto e impulsación del proceso y de aportación de las pruebas, y en otras en cambio se le ha otorgado conveniencia e inclusive la necesidad de imponer el principio inquisitivo, como lo es en materia penal, también para los procesos laborales y fiscales es admitido sin objeción, y el cual en términos generales significa que el juez en la obligación de iniciar de oficio el proceso impulsarlo, decretar y practicar las pruebas que considere necesarias y útiles para el esclarecimiento de los hechos.

En el derecho contemporáneo se ha venido realizando una evolución lenta y difícil que, a la postre, da origen al proceso civil moderno que, a pesar de conservar ciertas características acusatorias, cuenta hoy con importantes prerrogativas para llevar al proceso, al puesto que lo considera como una verdadera garantía, no sólo la realización del derecho particular objeto del debate, sino del general y más encomiable fin de representar al interés general y público en la medida en que todos nos interesa que el derecho procesal cumpla con la finalidad de realizar la justicia en los casos concretos.

En su aplicación más externa, el principio dispositivo consiste en dejar libre a las partes la iniciativa de promover e impulsar el proceso; esto es, desde que se comienza la relación proce-

sal hasta que concluya con la sentencia definitiva.

En síntesis: se puede decir que el principio dispositivo es aquél en virtud del cual se faculta a las partes para iniciar el proceso mediante la demanda, determinando el contenido de la materia contenciosa y sus hechos, así como la aportación o postulación de sus pruebas y con plena disposición del derecho.

De otra parte, tenemos que el principio inquisitivo establece que el juez debe iniciar oficiosamente el proceso, puede decretar y practicar las pruebas que considere necesarias para obtener certeza sobre los hechos y está facultado para realizar todas las diligencias que estime necesarias para llegar a la verdad sobre los hechos materia del conflicto; aquí se le deja a la iniciativa exclusiva del juez la iniciación e impulso del proceso.

Al hablar de un proceso es de carácter dispositivo, queremos dar a entender que dicho proceso es de preponderancia pos - tetativa, pues solamente en abstracto, en doctrina, es doble hablar de sistemas procesales dispositivos e inquisitivos puros, ya que en la actualidad, la mayoría de los códigos están determinados para una corriente eléctrica en este aspecto, en

donde sin dejar de tener en cuenta la igualdad con que deben ser tratadas las partes, el interés privado que lleva el proceso y su función, predomina uno u otro sistema.

Es necesario evitar caer en los sistemas puros, casos extremos que en nuestra opinión, vendrían a tener repercusiones funestas, ya que dejan el proceso a disposición absoluta de las partes impondría una anarquía un desconcierto en la relación procesal, porque se permitiría a las partes iniciar, paralizar y proseguir el proceso cuando a bien lo tenga, condicionado únicamente por su absoluta voluntad, trayendo como consecuencia la intranquilidad y zozobra de la sociedad; por otra parte, dejando tal iniciativa, al exclusivo criterio del juez obligaría este a las partes a instaurar proceso que quizás no tenían intereses ni intención de materializar o realizar, porque tales actividades se originan y se fundamentan en intereses individuales, personales que caen bajo el dominio del principio de la autonomía de la voluntad y llegaríamos a lo que ya algunos autores han señalado y calificado como "la penalización o publicación del proceso civil".

En la actualidad, el proceso civil moderno como sistema, no responde en forma absoluta y pura a ninguno de los principios comentados; dispositivos e inquisitivos, configurando en cuan -

to se puede afirmar desde ahora, el papel fundamental del juez que desempeña como parte activa del proceso, verdadero director del debate, provisto de facultades que le permiten de manera oficiosa, pero no ilimitado, buscar la verdad de los hechos objeto del conflicto, aspecto éste que incide de manera notoria en orden a la instrucción probatoria.

El principio dispositivo apareja en síntesis, cuatro aspectos de particular importancia:

\_\_\_ No hay proceso sin demanda de parte

\_\_\_ El tema subjudice, es establecido por las partes

\_\_\_ El juez debe decidir inexorable y exclusivamente con base en lo que ha sido probado por las partes, excluyendo totalmente la posibilidad de incorporar pruebas de oficio por el juez,

\_\_\_ El juez no puede condenar a una cosa distinta de lo que ha sido pedido por las partes, ni más allá del contenido de las peticiones.

Reafirmando una vez más la naturaleza mixta del proceso civil moderno, compartimos el criterio del doctor DEVIS ECHANDIA<sup>1</sup>

cuando al hacer referencia a la historia de los sistemas procesales, concluye diciendo que:

El proceso civil fue hasta el siglo pasado predominantemente acusatorio pero presenta hoy relativa preponderancia inquisitiva, o por lo menos un equilibrio de los dos sistemas que marcan sin duda alguna su meta futura. Se ha producido así un nuevo acercamiento de los procesos civil y penal, por haber adoptado aquél varias de las mejores características del segundo, especialmente en materia probatoria, sin que esto signifique que pueden unificarse totalmente, por la necesidad de la demanda y la congruencia en el civil y el diferente valor probatorio de la confesión en lo penal.

Sintetizando lo anteriormente planteado se puede afirmar sin temor a equivocaciones, que nuestro actual estatuto procesal civil, está regido por el principio dispositivo en el aspecto estrictamente procesal; es decir que debe existir demanda de parte, congruencia en la decisión del Juez con las pretensiones y facultades de las partes para disponer el derecho en litigio.

---

<sup>1</sup>ECHANDIA, Devis. Compendio de Derecho Procesal Civil (Parte general), Tomo II Bogotá ABC. Pág 27

## 2. LA PRUEBA

### 2.1. CONCEPTO

La primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la Prueba Judicial, nace en la diversidad de acepciones del vocablo Prueba en el Derecho Procesal. Usasele desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos de juicios, producidos por las partes o recogidas por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso ( prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar entiéndase por la prueba la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: actor probat actionem; con lo cual se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicios o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito. Por último, con la voz de prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos

sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.

En este sentido se dirá que hay prueba de los que no hay, Con lo último se entiende significar que no existen en el expediente elementos de juicios acumulado (medios de pruebas, primera acepción) ni tampoco que no se los haya rendido por los litigantes (segunda acepción), sino que dichos elementos son insuficientes para determinar la convicción, o lo que es igual que no existe en el magistrado el estado de conciencia llamado certeza, en razón de haber sido insuficientes, para provocar dicho estado de espíritu, los elementos de juicios que se reunieron.

En el sentido ordinario, prueba es sinónimos de ensayo, de experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, tratase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados. Así, se pone en marcha una máquina para saber si funciona bien, si llena su objeto, confrontado en cierto modo, la teoría con la realidad práctica. Examinadas despacio las cosas, en el fondo de toda prueba descubrase el elemento que acabamos de nombrar: la confrontación. Toda prueba reduce, en último análisis, a una comparación o confrontación de una cosa o de una operación de que se duda, con otras cosas u operacio-

nes, a fin de cerciorarse de la bondad, eficacia o exactitud de las primeras. La prueba (certeza) resulta de la confirmación o acuerdo entre las cosas u operaciones confrontadas por el *contratio*, la afirmación, invalidación o desacuerdo entre las mismas, es indicio de error o ineficacia, según el caso.

Multitud de ejemplos pudiéramos citar a comprobación de lo que acaba de firmarse.

Nos limitaremos a presentar algunos casos de prueba, en diversas ordenes de operaciones y de cosas. Así, se rehace una operación, un experimento, un raciocinio, una operación aritmética, todo lo cual importa confrontar la operación con ella misma cambiada. Por último, se confrontan operaciones o casos con otras diferencias, para averiguar como en casos anteriores, si existe el acuerdo, indicio de exactitud, o el desacuerdo, signo de inexactitud, como cuando para precavernos de una ilusión o alusinación, controlamos las precepciones visuales con las táctiles, o las percepciones con los recuerdos particulares o generales, o los recuerdos particulares o generales entre sí, o una representación con los principios de razón., etc.

En este sentido completo y amplísimo de la voz prueba, halláanse comprometidos, evidentemente, los judiciales, o por lo menos,

algunos de ellos. Prueba, en el segundo sentido indicado anteriormente, en el sentido de acción de probar es la confrontación de la versión de cada parte con los elementos o medios producidos para abonarlas.

Acabamos de adelantar un concepto de la prueba judicial, cuya naturaleza verdadera intentaremos ahora precisar más claramente. Para ello recordemos que toda decisión judicial que remata un litigio entre partes, de igual modo que toda sentencia que pone fin a un proceso criminal, supone, invariablemente, la determinación previa de la existencia o inexistencia del hecho, sobre el cual, precisamente debe recaer la aplicación de la ley que restablezca el equilibrio jurídico turbado, que de a cada uno de los suyos, que absuelva o condene. Ocurre a veces es muy pequeño número de casos, que las partes contendientes concuerdan en la exposición de los hechos y circunstancias que los llevan ante los tribunales. La cuestión dicese, en tal caso, de puro derecho. En compensación de estos pocos casos, suscitanse, por otro lado cuestiones judiciales en que la existencia de una ley o de una costumbre entraña una cuestión de hecho sometido a la necesidad de su comprobación por los medios ordinarios de prueba.

Queda así justificada nuestra anterior afirmación de que toda

cuestión judicial se apoya, casi siempre, en un hecho o serie de hechos, respecto de los cuales existen divergencias entre las partes; lo que se hace indispensable realizar una laboriosa investigación y delicadas operaciones dirigidas a establecer con exactitud la existencia de hechos pasados. Esta investigación y determinación exacta de los hechos es lo que constituye la prueba.

## 2.2. TEORIA DE LA PRUEBA

Al exponer la teoría de la prueba, los tratadistas de Derecho Procesal ordinariamente estudian los diversos medios de pruebas, uno después del otro, tratando de precisar las condiciones necesarias y suficientes para que cada uno de ellos haga, por sí solo, plena prueba. Este método expositivo o didáctico es evidentemente artificial, en cuanto, quizá en la mayoría de los casos, la prueba no es, como se dice, simple, sino, compuesta, es decir, no es el resultado de un solo medio de prueba, sino es obtenida mediante el concurso o combinación de varios de ellos, que, insuficientes uno a uno para hacer prueba plena (prueba imperfecta), reunidos y combinados consiguen, sin embargo, producirla.

Esta sola circunstancia nos llevaría a creer en la convenien-

cia de un estudio de conjunto sobre la prueba, como antedente necesario para comprender el mecanismo y funcionamiento de cada uno de los medios de prueba expresados. Pero existe, además de la expuesta, otra razón que impone la necesidad del desarrollo previo de esa teoría general, y es la que hay una serie de principios comunes a todas las pruebas, que conviene exponer y demostrar una vez por todas y de la manera más compleja y nacional posible, para no vernos en el caso de repetir la demostración al considerar cada prueba por separado.

En este caso se encuentran, por ejemplo la teoría de la verosimilitud como lo ya lo hemos visto, así como la del acuerdo de los hechos y otras que después examinaremos. En efecto cualquiera fuese el medio o medios de prueba utilizados para la reconstrucción nos lleva a un resultado inverosímil o a un sistema de hechos parciales incoherentes y que se contradicen la prueba, no obstante su fuerza considera dudosa y, como tal, judicialmente inaceptable.

Entrando de lleno en la exposición de esta teoría general de la prueba, o sea en la metodología reconstructiva, recordaremos que, como dijimos las primeras operaciones reconstructivas consiste en la busca, recolección, conservación, descripción

reproducción y consignación de rastros o documentos. Para el magistrado instructor puede llevar a cabo, en forma provechosa, esta serie de operaciones, es menester que sea guiado por una suerte de representación esquemática del hecho que deberá reconstruir; representación que le es sugerida por el conocimiento de otros hechos análogos a aquél. Este es el caso de recordar aquí las consideraciones que hemos presentado anteriormente sobre el papel que desempeña el conocimiento de lo actual para la reconstrucción de lo pasado; y de insistir en que sin el conocimiento de lo presente nos sería de todo punto imposible formarnos exactamente idea de lo pasado que se le asemeja.

Tan exacta es la observación apuntada que, si nos tomamos el trabajo de recorrer el título cuarto del libro segundo del Código de Procedimiento en lo criminal para la capital y territorios nacionales, titulado "Del cuerpo del delito" y algunos de los títulos siguientes del mismo libro<sup>2</sup>, repeditamente nos persuadiremos de la importancia y papel que tiene la representación esquemática del hecho de construir a los efectos del acierto en las diversas operaciones encaminadas a encontrar y acumular todos los rastros y elementos de juicios indispensables para establecer la existencia del tal hecho, o sea reconstruído.

nalidad cual es la de establecer las proposiciones alegadas por las partes para luego aplicar al derecho al caso concreto.

La carga de la prueba, es una regla de conducta, la cual le crea a las partes una responsabilidad con el fin de que demuestren los hechos que sirven de supuesto al ordenamiento jurídico cuya aplicación solicitan.

Pero frecuentemente sucede que con las pruebas aportadas y con la que soliciten las partes y las cuales obviamente se han decretado y practicado en legal forma, el juez no adquiere certeza en relación a determinados hechos y no obstante la ley lo obliga a fallar, ya sea obviamente absolviendo o condenando al demandado y es aquí cuando el juez procura, con el decreto oficioso de pruebas, investigar los hechos ocurridos que le ofrezcan dudas.

Quien instaura una demanda conoce muy bien cuales son los hechos que le interesa que aparezcan en el proceso y por lo tanto, sabe la necesidad que tiene de probarlos es decir, que el demandante en su respectivo libelo o el demandado en la contestación de la misma, es quien tiene interés jurídico en que resulten probados los hechos alegados.

En esta caso de inercia, de actividad probatoria de las partes, nuestra legislación establece que el juez puede y debe suplir la falta de actividad probatoria de los extremos procesales, a través del derecho oficioso de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia del conflicto.

Sobre este aspecto dice el Doctor Devis Echandía<sup>3</sup>: "Si no existe esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el "bar liquet", cuando falta la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso".

Es así como nuestro Código de Procedimiento Civil, en sus Art. 177 y 179, señala expresamente que: "incumbe a las partes a probantes probar el supuesto hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", las pruebas deben ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

---

3.

ECHANDIA, Devis. Ob.,. Cit, Pág 150.

Siendo una regla la carga de la prueba, un complemento necesario para toda norma que pueda aplicar el juez en determinado momento, también se ha debatido el tema cuando es que de decidirse sobre carga. En todo caso se puede afirmar que la decisión sobre este aspecto se le va planteando a medida que el proceso se desarrolle.

De lo anterior expuestos se puede deducir que para el juez el problema de la carga de la prueba de la carga de la prueba, como se ha dicho.

No puede surgir ninguna de las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el juez está firmemente convencido de la verdad o falta de verdad de las afirmaciones discutidas, sea que esta convicción es el resultado de una recepción de pruebas o que se ha llegado a ella teniendo en cuenta el conjunto de los debates.

Sobre el principio de la carga de la prueba hay dos aspectos que es importante resaltar: el primero es el referente a su aplicación en los procesos dispositivos y el segundo respecto a su aplicación según el sistema de la libre apreciación de la pruebas.

Es conocido que en el proceso dispositivo, el juez se encuentra muy limitado en cuanto a que por su propia iniciativa a parte pruebas que tienden a dilucidar los hechos objeto de la controversia, ya que son precozmente las partes que están en la necesidad de producirlas y aportarlas al proceso, teniendo en cuenta que estas sean contundentes, pertinentes y además útiles al proceso.

Observando estas circunstancias en por lo que varios autores sostienen que la carga de la carga tiene gran importancia para que esta clase de proceso, pero que en el carácter inquisitivo carece de ella, ya que el juez quién esta en la obligación de agotar todos los recursos necesarioa con el propósito de establecer y clarificar los hechos que le han planteado.

A simple vista podrían tener razón tales opiniones; sin embargo, es importante hacer notar que en todo caso, los interesados en la sentencia son las partes y que si el juez con todos los esfuerzos que han realizado con el propósito de establecer los hechos y la certeza de los mismos no han podido adquirir los elementos probatorios que le den convicción para dictar la providencia, son las mismas partes las que tienen intereses en producir las pruebas de lo alegado si no quieren sucumbir. Es aquí precisa-

Históricamente, la íntima convicción del juez, cualquiera que fuese el medio empleado para llegar a ella, constituyó desde los primeros tiempos el sistema de la prueba imperante; en la mayoría de los pueblos el juez dispondrá de la más absoluta libertad no sólo para determinar los medios de investigación, sino para apreciar su eficacia o validez.

Bien es cierto que debido a las costumbres de la época, era permitido someter a una persona a ciertas experiencias que hoy repugnan a la conciencia del jurista; pero es de tener en cuenta que ello no obliga la decisión del juez quien mantenía su libertad de criterio y que sólo se aplicaba en la materia penal.

En Roma, tanto en materia civil como en penal, el principio era lo mismo; es decir, el de la libertad del juez para la apreciación de las pruebas y aún en los primeros tiempos del procedimiento, en las legislaciones no obstante su carácter ritualista ante el magistrado, éste apreciaba la prueba, según los dictados de su razón.

Frente a la prueba legal o material nació la prueba formal que, naturalmente, no tardó en onfluir en el proceso civil y fue así como la convicción del magistrado se vió sometida a preceptos que reglamentan la admisión, producción y eficacia de la prue-

ba. Este es el origen de los sistemas que, como se expresó anteriormente, se conocen con el nombre de libre convicción y prueba legal.

Por el primero, el juez puede y debe apreciar las pruebas libremente sin sujeción a ninguna regla y de acuerdo con los dictados de su conciencia (sistema de libre valoración o libre convicción); por el segundo, el juez solo puede tener por probado un hecho, cuando se han cumplido y llegado los extremos fijados por el legislador, es decir, que el legislador, es decir, es el que señala el valor de la prueba (sistema de la tarifa legal).

### 3. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

#### 3.1. EL JUEZ Y LA PRUEBA

Se ha dicho que el juez hace historia; no es todo lo que hay que decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es precisamente el de la historia, o mejor el de la historiografía, concebida en sus términos más estrictos y a caso no suficientes. El historiador escruta en el pasado para saber como ocurrieron las cosas. Los juicios que él pronuncia, son por tanto juicios de realidad, o más exactamente juicios de existencia; entre otras palabras, juicios históricos un hecho ha ocurrido o no, Ticio ha robado o no, Cayo ha engendrado o no a Sempronio, Cayo ha librado o no una letra a Mevio. El Juez, al principio, se encuentran ante una hipótesis no sabe como ocurrieron las cosas; si no lo supiese, si hubiese estado presente a los hechos sobre los que debe juzgar, no sería juez, sino testigo y se decide, precisamente, que convierta la hipótesis en tesis, adquiriendo la certeza de que ha ocurrido o no un hecho, es decir, certificando ese hecho. Es tan cierto que un hecho quiere decir conocerlo como si lo hubiese visto.

Para estar ciertos de un hecho que no se ha visto, es necesario ver otros hechos de los cuales, según la experiencia se puede decir que, si han ocurrido a su vez o no. El juicio de exigencia, pues, exige ante todo en el juez una actividad perceptiva: debe aguzar la vista y el oído y estar muy atento a mirar y a escuchar algo. Los hechos que el juez mira o escucha se llaman pruebas. Las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales constituye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad, juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas.

El estado de una persona o de una cosa puede servir de prueba en dos formas diferentes, según las cuales las pruebas se dividen en pruebas presentativas y pruebas indicativas o indicacionales. Es esta una distinción de suma importancia, a cerca de la cual, se trata de ser lo más claro posible. Esencial a este objeto es el concepto de representación, que ocupa en la lógica un puesto de primer plano. La palabra misma muestra la importancia que tiene para la teoría de las pruebas la noción del presente, ya que representar no quiere decir otra cosa que hacer presente algo que no está presente.

### 3.2. CLASES DE REPRESENTACION

Podemos hablar de representación directa o de una indirecta. La representación indirecta, que es la más antigua y constituye aún la regla general del proceso, se hace a través de la mente del hombre, el cual describe lo que percibió. La representación directa se obtiene mediante cosas capaces de registrar los aspectos ópticos o acústicos de los hechos y reproducirlos.

La representación indirecta que hasta los tiempos modernos y aún modernismo, era la única representación conocida, se lleva a cabo de dos diversas formas: según que la actividad del representador se despliegue a presencia o en ausencia del hecho representado, y en ausencia o a presencia de aquél o de aquellos a quienes debe ser representado el hecho, según este criterio, se distingue la representación documental de la representación testimonial; dicho en términos empíricos el testigo es una persona y el documento es una cosa que narra. El notario forma el documento mientras alguien la declara su voluntad; el testigo forma el testimonio mientras el juez escucha; en el primer caso está presente el juez, pero está ausente la persona cuyo testimonio se refiere a la declaración. Este criterio distintivo declara los meritos de cada uno de estos dos tipos de representación, el documento garantiza la fidelidad de las pruebas, en particular contra los meritos de los peligros de

infidelidad de la memoria del hombre, pero por otra parte el testimonio puede adaptarse con más ductilidad a la exigencia del juez, las cuales en el momento en se forma el documento, pueden no estar del todo previstas.

Tantos los documentos como los testimonios pueden provenir de las personas mismas que tienen el proceso posición parte, como de otras personas. Los testimonios en sentido amplio, se distinguen, por tanto en testimonios, sin embargo se usa a menudo también en sentido estricto, para indicar solamente al tercero narrador, con exclusión de las partes. Cuando una persona narra hechos contrarios a su interés (por ejemplo, refiere haber cometido un delito), su testimonio toma el nombre de confesión.

### 3.3. DECLARACION DE PARTE Y CONFESION

El Art. 175 del Código Procedimiento Civil, enumera como medio probatorio la declaración de parte, se tien la impresión que la declaración de parte y la confesión forman un mismo concepto. Sin embargo la situación es diferente: sucede que uno de los dos casos que pueden cumplir las partes dentro del proceso consiste en su propia declaración, la cual, como es obvio, comprnde por regular ciertos hechos. Algunos de ellos pueden producir efec-

tos jurídicos adversos a la parte declarada o favorables a la contraria, y los demás pueden resultar desde el punto de vista indiferentes, aún cuando en realidad no lo sean para el desarrollo general del proceso.

La confesión puede estar incorporada a la declaración de parte. Pero no siempre ocurre así, pues hay ocasiones en que se produce de otro modo, como cuando se hace en el escrito de una demanda, o en su contestación o en otro acto del proceso.

### 3.3.1. Característica de la Confesión

Una de las características esenciales de la confesión consiste en que el hecho confesado perjudique a la persona que lo admite, o, como consecuencias jurídicas adversas al confesante. O, por el contrario, en que produzca consecuencias jurídicas favorables para la parte contraria.

### 3.3.2. Definición de Confesión

Hacer una confesión es confesar una cosa, un hecho, un acto jurídico, es reconocer como verdadero hecho o el acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas. La confesión, es la declaración de voluntad hecha por

una persona, declaración que tiene el carácter especial de serle desfavorable o perjudicial.

El Art. 194 del Código de Procedimiento Civil, dice que la confesión judicial es la que se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, y que las demás son extrajudiciales. La judicial puede ser provocada o espontánea; que se es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con la formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro caso del proceso sin previo interrogatorio.

### 3.3.3. Diferencias entre confesión y juramento

Tanto la confesión como el testimonio están formados por relatos de hechos ya sucedidos, y se diferencian del acto jurídico en que son el resultado de un proceso evocador y no de una manifestación actual del consentimiento, como sucede con éste.

La confesión se diferencia del juramento en que éste, para que tenga existencia procesal como medio de prueba, requiere que quien lo preste cumpla las formalidades que específicamente señala la ley, las cuales generalmente tienen una tramitación de tipo ritual. La primera puede no requerirlas, como cuando se rinde

en un escrito u otro acto del proceso, o extrajudicialmente.

### 3.4. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA CONFESION

El Art. 195 del Código de Procedimiento Civil dice que la confesión requiere:

- 1) Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado, esto quiere decir que la confesión debe ser hecha por quien tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. La capacidad, se puede definir como la aptitud de la persona para la vida jurídica.
- 2) Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, este es el, que le da contenido jurídico a la confesión, hasta el punto de servirle como referencia para diferencias del testimonio de terceros y de la declaración de parte.
- 3) Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
- 4) Que verse sobre los hechos personales del confesante o de

tenga conocimiento.

6) Que se encuentren debidamente probada, si fuere extraju - dicial trasladada.

### 3.5. CLASES DE CONFESION

a) Confesión llana.- algunos la denominan pura y simple. En ella el confesante no efectúa ninguna declaración, modificación o explicación concerniente al hecho confesado, sino que se limita a admitirlo.

b) Confesión compleja.- Se diferencia de la anterior que el confesante hace modificaciones, aclaraciones o explicaciones concerniente al hecho confesado.

c) Confesión cualificada.- En ella el confesante introduce salvedades que configuran modalidades de hecho confesado.

d) Confesión compuesta.- En ella las salvedades del confesante consisten en hechos separados, distintos, y que no guardan íntima relación con el confesado, en forma tal que puede dividirse la confesión en el sentido de apreciar separadamente las primeras del último.

## 4. EL JUEZ

### 4.1. Necesidades de Juzgar

Tanto el proceso penal , como el proceso civil nos ofrece una distinción entre quien juzga y quien es juzgado.

El juez, en primer lugar, es uno que tiene juicio, sino lo tuviese ¿cómo podría darlo a los demás? Se dice que tiene juicio los que salen a juzgar. He aquí por qué, para comprender cómo se hace un proceso, hay que comprender, como se hace para juzgar. Y he aquí porque la ciencia del derecho y en particular la ciencia del proceso, nos sitúa ante el más difícil de los problemas; no es exagerado decir que el menos soluble de los problemas es este. Quienes y dudaron y dudan todavía de que exista una ciencia cerdadera y propia del derecho, del mismo rango que las ciencias naturales, tienen la institución más o menos clara de esta verdad: La ciencia del derecho tendría que ser la ciencia del juicio? En la raíz de esa institución está, aún para los creyentes, la palabra de cristo: no juzqueiz. Si supiesen que quiere decir juzgar, se darán cuenta de que lo mismo que ver en el futuro; pero el hombre es prisionero del tiempo y el juicio es una evasión impo -

sible.

#### 4.2. Colegio Heterogeneo

La figura más interesante de formación colegiala del juez es la forma , el nombre de colegio heterogeneo, en razón de que no todos los jueces reunidos en el colegio tienen una misma preparación técnica. La composición de una corte de casación con los de la corte de Assises: en ésta además de los jueces técnicos o sea de los jueces que son técnicos del derecho, sesionan predominantemente los llamados jueces populares o legos, llamados así por cuanto se prescribe en su elección de un tipo específico de cultura. Esta formación mixta del colegio se encuentra su razón profunda, no sólo en la necesidad de la más diversa experiencia de la vida, en cuanto al conocimiento del derecho para juzgar bien, sino también en el peligro de que la costumbre de juzgar determine por embotar la sensibilidad del juez y con ella su capacidad de apreciar intuitivamente los valores humanos.

Ciertamente, una colaboración de los legos con los técnicos del derecho es necesario tanto para resolver problemas técnicos de los que se refieren al derecho (para indagar, por ejemplo, las causas del derrumbamiento de un edificio o de la muerte de un hombre), como también para suministrarle un criterio de jus-

ticia inmediato e independiente de los esquemas de la ley, los cuales a menudo se adaptan mal a la individualidad del caso; pero a esta necesidad, mejor que la introducción del lego en el colegio judicial, responde su asistencia el juez jurista en concepto del consultor; en el lenguaje corriente se continúa hablando, en ese sentido, de pericia y de peritos, pero esta fórmula no expresa tan exactamente como la otra la idea del consejo y del consejero, con lo cual se transfiere simplemente el proceso de una práctica muy útil y difundida en la vida.

El juez, singular o colegiado juntamente con el secretario y el oficial judicial, son las figuras principales que constituyen un grupo de empleados del Estado, que por la estabilidad de sus cometidos, se llama oficio, y por el carácter específico de los mismos, se denomina oficio judicial. Salvo las cosas de ordenamientos relativos a unidades políticas de las menores dimensiones. Un sólo oficio judicial sería insuficiente para todo el territorio del Estado, y por otra parte un juez singular o colegiado, un secretario o un oficial judicial no bastarían para constituir un oficio que tiene que promover, no a un solo proceso, sino a todos los procesos necesarios para suministrar la justicia en orden a las exigencias de un determinado núcleo de población; de ahí que vemos que en Italia hay diversos tribunales constituidos en las diversas capitales y departamentos, y por otra parte, de cada tribunal forman parte jueces, secretarios,

y oficiales judiciales en número superior a las que bastarían para la gestión de un proceso singular.

## 5. INCIDENCIAS DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTOS DE LA PRUEBA

### 5.1. COMO PROCEDEN

Siendo la prueba uno de los elementos del proceso y el de mayor y más visible actividad, es explicable la importancia y la influencia de los preceptos de la ordenación procedimental que tocan directa o indirectamente con ella. Aunque a los Códigos procesales se les clasifique como adjetivos, su acatamiento e influencia es sustantiva para el fallo decisorio. De ahí que los procesalistas tengan que ocuparse frecuentemente de la prueba al explicar el procedimiento. La preparación de la prueba es inseparable de su resultado. El resultado mira la verdad que ellos reflejan, siendo esto último donde advierte el aspecto sustantivo y la razón de la casación por modo indirecto. El proceso que suele llamarse de preparación o disponibilidad de la prueba de su eficacia o mérito por haberse ajustado al rito procedimental, permanece como legislación adjetiva, pero inseparable de su resultado sustantivo; fase de la verdad del hecho.

Aunque deferimos a los tratadistas del derecho procesal <sup>5</sup> el

cierto de consultarnos al respecto, anotamos ciertos fenómenos de comun incidencia en derecho probatorio tales como:

- a) La calidad de interlocutorio del auto que admite o rechaza la prueba pedida;
- b) Oportunidades y términos para pedir las, presentarlas, decretarlas, admitirlas o agregarlas al proceso, practicarlas o apreciarlas.
- c) Pruebas admisibles y susceptibles de decreto por el superior en la apelación de autos interlocutorios y de fallos dictados en juicios especiales.
- d) Pruebas en segunda instancia de juicios ordinarios conforme al decreto extraordinario 243 de 1951 (hoy artículo 361 del Código de Procedimiento Civil)
- e) Pruebas decretadas en los últimos tres días del período petitorio, o artículo 752 del Código de Procedimiento Civil.
- f) Las que puede considerar el superior en el caso del 598 ibídem (hoy artículo 84 del Código Procesal del Trabajo)

---

<sup>5</sup> **MORALES M, Hernando. PARDO, Hernando A. J. La Torre.** Obras citadas e indispensables consulta que resulta ser comun en la materia.

h) Admisibilidad de pruebas en concurrencia con inspección ocular o con motivo de ella.<sup>6</sup>

La enumeración anterior es naturalmente limitativa de los muchos casos de incidencias del derecho procesal en la eficacia de una prueba, vamos a considerarla sumariamente.

Es interlocutorio o de mera sustentación el auto que decreta la práctica de una prueba o que ordena tener algo como prueba?

En otras palabras, la cuestión es si puede calificarse de distinta manera al auto que ordena la práctica de la prueba, absolución de posiciones, por ejemplo, o como tal se tengan una ya practicada o hecha, un documento acompañado a la demanda, y el auto que niega la solicitud de practicarlas? será interlocutorio el que niega la verificación de una prueba ya presentada ya hecha?

"La importancia de esta diferencia consiste, en los autos interlocutorios pueden ser revisados por el superior del juez que los dicta, mediante el recurso de apelación, mientras que los de sustentación sólo permiten la impugnación ante el mismo juez, por medio del recurso de reposición" 7

---

<sup>6</sup> Gaceta Judicial LXXXVJJJ, N° 2198, pág 263, Fallo de junio 26 de 1958.

<sup>7</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado Procesal Civil, Parte General, tomo III, de los actos procesales, Pág 291 Editorial Temis, Bogotá 1963 por Devis Echandia.

Punto concreto que no se han puesto de acuerdo los autores de doctrina, o expositores, ni los jueces entre sí. La Corte Suprema anota esta discrepancia en una sentencia<sup>8</sup>. De aquellos, Atanio J. Pardo<sup>9</sup>, consideran la sustentación el auto que decreta una prueba. En cambio Hernando Morales<sup>10</sup> y Devis Echandia<sup>11</sup> lo tienen por interlocutorio, razonadamente.

En este último sentido, la sentencia de la corte ya citada. Parece difícil de sentir de sus razones e ineficaz la replica.

Los auto interlocutorios, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de algunas de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba o a la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas .

Los autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro límite o trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, dentro o fuera del juicio.

Como se observa de su lectura es interlocutorio el auto que decreta la práctica de cualquier prueba, como es la de denegación del recibimiento de la prueba.

---

<sup>8</sup> Gaceta Judicial LXIII, Nos. 2057 - 2058, pág 910. Fallo de la Sala de Negocios Generales de Enero 28 de 1948.

La Ley no dice

"La denegación del recibimiento a prueba o de la práctica de cualquiera de ella, pues no reproduce la preposición de cuando agrega" o la práctica de cualquiera de ellas. No dice de denegación de la práctica.

La corte también usa el argumento gramatical en esta otra presentación dialéctica.

a) La disposición del numeral 2º. de tal Art. constituye gramaticalmente examinada, una proposición cuyo objeto sujeto es éste. Los autos interlocutorios. A este sujeto se le atribuyen estas acciones: la de terminar la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes la de resolver o determinar la admisión de la demanda la de terminar o resolver la denegación del recibimiento a pruebas, la de resolver o determinar la práctica de cualquiera de ella.

Predicándose a esos atributos de un solo sujeto la proporción puede descomponerse en tantas otras cuantas son las acciones que al sujeto se le atribuyen. Y entonces, sin quebrantarlo del pensamiento esencial que tuvo el legislador, puede decirse son autos interlocutorios los que resuelven o determinan la práctica de una prueba cualquiera.

## 5.2. OPORTUNIDAD Y TERMINO PARA PRESENTAR PRUEBA

Todos estos enunciados los resuelven la ley y en caso de duda los ha resuelto la jurisprudencia con el criterio de que en el medio probatorio en cuestión vaya a tener o haya tenido la oportunidad de ser conocido por el adversario y por tanto de que éste impugne la prueba misma o la providencia que la autoriza. Ya sabemos que en ello consiste el fundamental principio llamado de contradicción y publicidad de la prueba.

La ley de procedimientos civiles, ha dicho la Corte Suprema, determinar en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar pruebas. Al mismo tiempo generalmente les fija su valor. Esas normas son de origen público, su cumplimiento obligatorio para el juez y las partes.

Dentro de esos principales principios, como cuestión fundamental e ineludible, están consagrados los de contradicción y publicidad, base y fundamento de la lealtad entre las partes contendientes y de la igualdad de derechos en el litigio, pupés ninguna de las partes puede existir ni prueba oculta, ni prueba que por lo menos en principio, no pruebe impugnarse.  
12.

---

<sup>9</sup> PARDO J. Antonio. Tratado de Derecho Procesal. Tomo II  
Pág 151. Universidad de Antioquía 1956.

<sup>10</sup> MORALES, Hernando. Ob c.it, pág 426 yss, parte general,

Estos principios y apreciaciones inspiran el artículo 597 del Código Judicial (hoy Art. 183 del Código de Procedimiento Civil), que por tanto es institucional, no casuista. Es la consagración del principio de que no haya prueba que valga, es decir, que preste mérito ante el juzgador, sino ha pasado por la oportunidad procesal de ser conocida por el adversario y discutida o debatida por él aunque de hecho no lo haya sido y significa también que no hay prueba secreta. En cualquiera hipótesis del 597, que corresponden a cuatro ordinales, se observa la aplicación práctica del principio de contradicción o de que se dé la oportunidad de debatir la prueba.

Para estimar el mérito de la prueba, estas han de formar parte del proceso:

- a) Por haberse acompañado a los escritos de la demanda (hoy artículo 75 ordinal 10 del Código de Procedimiento Civil), o de excepciones (hoy artículo 98 del Código de Procedimiento Civil) o a las contestaciones respectivas (hoy artículo 92 ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil).
- b) Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el juez y las partes.
- c) Por haberse pedido dentro de los términos no señalados

al efecto y practicando antes de la citación para sentencia cuando se requiere tal finalidad y de no antes de proferirse la correspondiente decisión (hoy Artículo 183 del Código de Procedimiento Civil).

d) Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el juez tenga esta facultad (Artículo 180 del Código de Procedimiento Civil).

Si no se llenan en su caso esas condiciones o circunstancias no se le puede dar mérito a la prueba, no es estimable como tal. En otras palabras esa prueba no conformaría parte del proceso. Lo decían ya los antiguos con este aforismo: *quod non est in actis; non est de hoc mundo*. O sea, con traducción libre. lo que no está en el proceso es como si no hubiera sucedido. Quizas los hechos llamados notorios sean una excepción al principio, aunque en realidad su notoriedad los hace presentes. Que sean hechos notorios, será objeto de una lesión posterior.

### 5.3. DECRETO DE PRUEBA SIN PETICION DE PARTE

Doctrinamente esta hipótesis no tiene importancia. Dentro del sistema dispositivo de pruebas como el civil nuestro, por con-

traste con el probatorio en la rama del trabajo y en el penal, las partes tienen la iniciativa probatoria. Ellas conocen la historia y documentos del negocio y en su interés privado radica el estímulo de la prueba. Pero excepcionalmente la Ley confiere al juez facultades de pedir pruebas, es decir, iniciativas probatorias, solo que la práctica de la prueba se queda sometida al principio de contradicción y publicidad. A veces el juez pide la prueba por propia iniciativa buscando el hecho; tal el artículo 825 para el discernimiento del guarda a los incapaces y en general en los juicios de jurisdicción voluntaria.

#### 5.4. PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA DE JUICIOS ORDINARIOS

Antes del Decreto en cuestión, la segunda instancia de un juicio ordinario era una réplica o duplicación de la primera procesalmente hablando, con prescindencia, como es natural, de trabar la litis, ya consumada pero con audiencia final, del bien probado, una finalidad es unir los hechos con el derecho. El término probatorio podría producirse a solicitud de parte y en las mismas condiciones en la primera instancia: Según los Artículos 746 y 758 del Código Judicial (hoy Artículos 402 Inc. 2° y 361 Inc. final), (Código de Procedimiento Civil), diez días para pedir la prueba y 30 para practicarlas.

Es explicable que en el simple recurso de apelación no puede haber pruebas sobre los mismos hechos que autorizó el inferior ni contra prueba, iniciativas de otras, porque en ese remedio se concede por el temor que la factibilidad o la fragilidad humana no se presta ex-abrupto, como dicen los expositores, a conseguir el ideal de la perfección de la justicia.

Los segundos ojos puedan que vean mejor que los primeros. Es un remedio más contra el error del juez que el de las partes y entonces el magistrado de apelación se fija solamente en cual era la causa probada cuando sentenció el primer juez para decidir y juzgó bien o mal.

## 6. EL JURAMENTO

### 6.1. Definición

Juramento significa, la afirmación o negación de una cosa poniendo por testigo a Dios, en sí mismo o en sus criaturas. El juramento se dice que es un llamado solemne a la conciencia, con una invocación, expresa o no, a Dios, a una divinidad o a la que se tiene por sagrada.

Judicialmente el juramento se utiliza de dos maneras:

- a) Como formalidad previa para citar diligencias, y
- b) Como medio de prueba

El juramento como medio de prueba se encuentra reglamentado por los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil. El primero se consagra el juramento estimatorio y en el segundo el juramento legal, que puede ser desisòrio y supletorio, según que al diferirlo se presenta decidir con él la existencia o modalidades de uno o varios hechos objeto del proceso.

La fórmula del juramento según el caso, serán las siguientes:

"Para los testigos: \_¿A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume Usted ante Dios, y ante los hombres, jura Usted decir la verdad y nada más la verdad, en la declaración que va a rendir? \_

"Para los peritos: \_¿A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume Usted ante Dios y ante los hombres, jura Usted proceder fielmente en las investigaciones que se le confían, hacer todo lo que esté en su poder para llegar al conocimiento de la verdad, sin otro fin que el de hacerla conocer y declararla ante la justicia sin exageraciones, ni reticencias y sin ambigüedades ni eufemismos? . -

"Para los interpretes: \_¿A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asumen Usted ante Dios y ante los hombres, jura Usted explicar o transmitir fielmente las preguntas que va hacer interrogada por su conducto y transmitir fielmente las respuestas? . -

## 6.2. TESTIMONIOS DE TERCEROS

El testimonio es la narración efectuada por una persona a otra

de hechos sobre los cuales afirma tener conocimiento. Pero desde el punto de vista judicial, es un medio de prueba que consiste en el relato de hechos atinentes al proceso, efectuado ante el funcionario que corresponda y con las formalidades legales, por persona ajena al juicio.

Es una de las llamadas pruebas históricas debido a que el juez o funcionario no obtiene conocimiento de los hechos en forma directa, sino indirecto, a través del relato.

En el testimonio la confesión resulta de un relato hecho por parte interesada. Tomando el testimonio en sentido más amplio, queda comprendida en él, la declaración de parte a la cual puede estar o no incorporada a la confesión; por eso para distinguir, el Código de Procedimiento Civil, a referirse a él habla indistintamente de testimonio de terceros o de declaración de terceros.

En el testimonio se pueden distinguir cinco etapas en la formación y declaración de parte:

1<sup>a</sup>) LA PERCEPCION, es un proceso físico, a pesar de que comúnmente se cree que es mental, porque, por extensión, se acostumbra otorgarle un significado que comprende los efectos que origina, tales como la imagen mental, la cual tiene lugar

cuando un estímulo determinado está físicamente presente delante del sujeto.

2<sup>a</sup>) LA FIJACION, al llegar a la corteza cerebral, la impresión puede irradiar a otros centros o no irradiar. Si no se irradia, pasa al inconsciente. Si se irradia, puede producir la concentración. El término inconsciente es genérico. En él quedan incluidos tanto el consciente como el preconscious.

3<sup>a</sup>) LA CONSERVACION, los hechos o estímulos no irradiados, no concentrados y los inhibidos, al ser almacenados determinan lo que se conoce como el Aprendizaje inconsciente, que da lugar en gran parte a los reflejos condicionados, cuyo estudio adelante con éxito notorio la moderna psicología.

4<sup>a</sup>) LA EVOCACION, en el momento en que el testigo pretende relatar los hechos percibidos por él y fijados y conservados su inconsciente, los extrae de manera voluntaria al plano del consciente mediante un proceso que recibe el nombre de catexis.

5<sup>a</sup>) LA DECLARACION, depende básicamente de que el testigo quiera declarar aquello que ha percibido, fijado conservado, y evocado, pero también de que pueda, pues no basta la simple

## 7. DOCUMENTOS

### 7.1. Definición

Es cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo. Pero en materia probatoria debe tenerse en cuenta que participa de una naturaleza intrínsecamente representativa, en virtud de la cual debe representar por sí mismo y sin que sea necesario ningún proceso de indiferencia o alusión.

El Art. 251 del Código de Procedimiento Civil, define el documento todos escrito impreso, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográfica, discos, grabaciones, cupones, etiquetas, sellos, y en general todo mueble objeto que tenga carácter representativo. En efecto todo documento declarativo, es representativo, por servir de medio de representación a la exteriorización del acto humano.

Hay dos clases de documentos que son:

Documentos representativos simples, estos se clasifican a su vez en narrativos y no narrativos. Los narrativos simples con-

tienen exteriorización o manifestación externa de actos humanos. Los representativos simples no narrativos, pueden ser instrumentales si son escritos, o no instrumentales en el caso contrario. Estos pueden ser gráficos.

Desde el punto de vista jurídico, los documentos pueden ser públicos y privados, auténticos o no. El documento público es otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

El documento privado es que no reúne los requisitos, para ser documento público.

## CONCLUSION

Para poder iniciar un proceso civil se exige la iniciativa de la parte interesada, que es quien pone en movimiento el poder jurisdiccional mediante un memorial peritorio llamado demanda.

Observada en legal forma las pretensiones invocadas el juez del conocimiento le da curso para llevarlo a su final, sin descuidar lógicamente esa parte del proceso como es el período probatorio.

El funcionario cuando lo considere necesario puede ordenar de oficio que se practiquen ciertas pruebas que esclarezcan más las controversias, ese comportamiento es oficioso dirigido exclusivamente a buscar la verdad.

Probar es demostrar a otra la verdad de algo. Para hacerlo se acostumbra usar unos medios habitualmente considerados como aptos y suficientes.

## BIBLIOGRAFIA

CACERES, Libia E. Práctica civil y comercial Tomo I.  
Ediciones librería del Profesional, Bogotá.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría de la Prueba Judicial.  
Editorial Temis. Santa fé de Bogotá 1981.

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Editorial  
Temis. Santa Fé de Bogotá 1981.

LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio. Reformas al Código de Pro-  
cedimiento civil Colombiano. Editorial ABA. Santa Fé de Bo-  
gotá 1984.

MORALES MOLINA, Hernando. Derecho Procesal. Ed Temis.  
Santa Fé de Bogotá. 1990.

PARRA QUIJANO, Jairo, profesor de la Universidad Nacional  
y Externado de Colombia. Los documentos. Ediciones  
Librería del Profesional Tomo III, Santa fé de Bogotá.

TORRES ARTEAGA, NOrge. Código de Procedimiento Civil.  
Editorial Temis. Santa fé de Bogotá 1988.