

## NUEVAS ORIENTACIONES DE LA PRUEBA EN GENERAL Y DEL DOCUMENTO Y DE LA PERICIA EN PARTICULAR

Por: **DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**

### I.- ASPECTOS GENERALES

Toda decisión judicial debe fundarse en hechos regular y oportunamente allegados al proceso, según lo consagra el principio denominado NECESIDAD DE LA PRUEBA. De esto mismo se deduce, entonces, la prohibición para que el juez emita resoluciones judiciales con base en su conocimiento privado, puesto que constituye garantía para las partes el conocer los elementos de convicción que el juzgador encontró suficientes para estructurar su fallo.

Sin embargo, excepcionalmente el propio legislador releva o exonera a las partes y al juez de la necesidad de esa demostración para tener por establecidas judicialmente algunas circunstancias fácticas que servirán de apoyo a la resolución judicial. Así, se habla de hechos notorios, de negaciones y afirmaciones indefinidas, de hechos legalmente presumidos, etc., los cuales a pesar de no haber sido aportados al expediente, sin embargo sirven de respaldo a la decisión judicial, pues, legalmente están exentos de prueba.

De otra parte, bien vale la pena resaltar, desde este mismo momento, que al juez se le tiene como depositario o conocedor del derecho, es decir, de las consecuencias jurídicas que consagran las normas legales positivas. En otros términos, en virtud del aforismo *iura novit curia* tales consecuencias jurídicas no requieren ser probadas, como sí resulta imperativo que las circunstancias fácticas base de dichos efectos jurídicos constituyen el objeto de la prueba.

Conforme a profesores de introducción al derecho, toda norma jurídi-

ca bien elaborada tiene dos partes, a saber: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Dicho de otra forma, la primera parte se le conoce con el nombre de *fattispecie* (en Italia), o *tatbestand* (en Alemania), en tanto que la segunda también se le llama genéricamente sanción. Según KELSEN <sup>(1)</sup>, la estructura lógica de las normas de derecho puede resumirse así: "en determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción".

Si toda norma jurídica bien elaborada está integrada por las dichas dos proposiciones parciales: supuesto de hecho y consecuencia jurídica; con base en lo dicho atrás, la actividad probatoria no debe ocuparse sino de la primera, dado que demostrados los hechos se impone la necesidad para que el juez aplique el derecho, ya que bien puede asimilarse este razonamiento a lo que ocurre en las actividades físicas en donde a determinadas condiciones se sucederán ciertas consecuencias, o, lo que es igual, que al estar dada la causa, indefectiblemente se producirá el efecto. De ahí que históricamente se afirme que del hecho nace el derecho: *ex facto oritur jus*; o, como prefieren verlos otros, a manera de un silogismo, en donde el supuesto fáctico normativo constituiría la premisa menor, la afirmación de las partes o hecho concreto sería la premisa mayor, en tanto que la sanción o consecuencia aplicada por el juez representa la conclusión.

El comentarista MUÑOZ SABATE <sup>(2)</sup>, categóricamente sostiene que "el problema de los hechos se centraliza procesalmente en el problema de la prueba: *o provare o socombere*" (o probar o sucumbir). Más adelante, este mismo autor <sup>(3)</sup>, afirma que "el conocimiento de los hechos que constituyen el caso concreto se adquiere en el proceso a través de las afirmaciones vertidas por las partes, pero dado que en la mayor parte de las veces tales afirmaciones discrepan en el modo como ocurrieron los hechos, los mismos se convierten en *hechos controvertidos*, y se hace entonces necesaria una labor histórica-crítica para averiguar lo que en realidad sucedió".

En nuestro sentir, los acontecimientos fácticos consagrados en las normas jurídicas constituyen la previsión que de los mismos hace el legislador, de manera general y abstracta, en tanto que el hecho concreto no es otra cosa que el acontecimiento particular o individual que ha tenido

1. Citado por GARCIA MAYNEZ EDUARDO en Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa S.A., México, 1985, pág. 169.

2. MUÑOZ SABATE, Luis. *Técnica Probatoria*, Editorial Praxis S.A., Barcelona, 1983, pág. 17.

3. Ob. cit., pág. 28.

ocurrencia en el mundo fenomenológico, el cual debe ser trasladado al proceso mediante la utilización de los llamados instrumentos o medios probatorios para que, una vez decantados allí, el juez se vea en la necesidad de efectuar la adecuación típica de los mismos y concluir si se acompañan o no a la referida previsión hecha por el legislador. Si dicho juicio deviene positivo, correlativamente deberá aplicarse el efecto jurídico previsto en la norma legal; si, por el contrario, resulta negativo, será negada la pretensión y no podrá aplicarse el susodicho efecto, consecuencia o sanción.

Las pruebas deben estar destinadas a establecer en autos los hechos en que descansan las pretensiones y excepciones de las partes. O, como lo sostiene el Profesor HERNANDO MORALES (4): "Si el proceso versa únicamente sobre las pretensiones aducidas por el demandante y las excepciones del demandado, que a su turno descansan en los hechos que sustentan las unas y las otras, la prueba que es el complemento en la trilogía, petición, afirmación y prueba, lógicamente tiene que estar destinada a acreditar esos hechos y no otros". Posteriormente al referirnos al concepto de impertinencia de la prueba, ahondaremos sobre este tópico.

Sobre el llamado supuesto de hecho y la prueba, con gran acierto el Profesor ANDRES DE LA OLIVA (5), enseña que "el enjuiciamiento final a que tiende el normal desarrollo del proceso suele exigir una reconstrucción de hechos o, para decirlo en términos clásicos, un **juicio de hecho**, sobre el cual proyectan las normas aplicables, determinando así el pronunciamiento definitivo del órgano jurisdiccional sobre el objeto u objetos del proceso. Las normas **se aplican** a unos hechos o éstos **se absumen en** unas normas, deduciéndose una consecuencia jurídica, más o menos compleja, que el tribunal asume y convierte en contenido esencial de la sentencia. Cabe asegurar que ningún proceso prescinde de aquel **juicio de hecho**, incluso si la reconstrucción de lo que se ha llamado 'pequeña historia del proceso' no es posible, en el sentido de que los hechos en cuestión permanecen inciertos o dudosos. En tal caso, el **juicio de hecho** estará constituido por la implícita declaración jurisdiccional de que no se ha adquirido certeza, ni positiva ni negativa sobre los hechos relevantes". Así pues, para el Profesor Español, como para nosotros, la materia de la prueba está constituida fundamentalmente por los hechos, dado que establecidos éstos en el proceso,

4. *Nuevas Orientaciones de la Prueba*. Autores Varios, Compilación de Sergio Dunlop Rudolffi, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pág. 26.

5. **DE LA OLIVA, Andrés y FERNANDEZ, Miguel Angel**. *Lecciones de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, 2ª. Edición, Barcelona, 1984, pág. 221.

de contera el juez deberá aplicar la sanción consagrada en la norma legal de contenido material invocada por las partes. (Art. 177 del C. de P.C. colombiano).

Sentado como está que solo los **hechos controvertidos**, siempre y cuando no gocen de exoneración legal para su acreditamiento, son los que constituyen materia de demostración, ahora conviene señalar que tales acontecimientos se trasladarán del mundo sociológico en que tuvieron ocurrencia al mundo del proceso, mediante los llamados medios probatorios. Estos no son otros que los instrumentos, de variada índole, que se utilizan para transportar los hechos, con miras a arraigarlos en el expediente, para que así decantados el juez los aprecie conforme a sistemas de valoración bien conocidos, concluya si se amoldan a la previsión legal y, por ende, acceder o nó a las pretendidas consecuencias jurídicas que consagran las normas sustanciales pretendidas por los litigantes.

A propósito de las pretensiones formuladas por las partes, son éstas, precisamente, las que mantienen el interés de acreditar legal y oportunamente los hechos previstos por tales disposiciones de contenido material. Se habla, pues, de la carga que soportan los litigantes en materia de pruebas, y, se dan varias fórmulas o criterios para determinar cuál de ellas tienen el interés de aportar tal medio demostrativo. En términos generales y simplistas se sostiene que quien pretenda el efecto jurídico de una norma sustancial, tendrá también el interés de demostrar los hechos constitutivos del supuesto fáctico de tal disposición normativa. A su vez, que esta institución de carga de la prueba sirve de orientación al juez cuando le instruye en el sentido de que si el litigante, por cuenta de quien corría el interés demostrativo o carga de la prueba, no lo satisfizo, indefectiblemente le sobrevendrá una decisión desfavorable. O, como sabiamente y de manera sencilla lo expone el doctor LINO ENRÍQUE PALACIO<sup>6</sup>: "Cualquiera de las partes que afirma la existencia de un hecho al cual asigna determinadas consecuencias jurídicas, debe, ante todo, alegar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma o normas invocadas en apoyo de su postura procesal".

Finalmente, antes de adentrarnos en el señalamiento concreto de lo que constituyen las actuales tendencias en materia de pruebas, bien vale la pena recordar que la última parte de la actividad probatoria, talvez la más importante, al menos desde el punto de vista utilitarista, está dada por lo que se ha denominado apreciación de la prueba o valoración de la prueba,

6. PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, págs. 327 y 328.

como que es en ella en donde se concreta positiva o negativamente todos los esfuerzos probatorios. Sobre este tópico, se tiene por averiguada la existencia de varios sistemas, o, mejor, criterios de valoración, que podemos sintetizar así:

a) **Prueba tasada legalmente:** Se determina por el legislador un número clausus de medios probatorios, al igual que el procedimiento y el valor o alcance demostrativo de los mismos. Se trata de un sistema apriorístico que es oponible al juez y a las partes, dado que la ley no permite actuar por fuera de sus rígidos lineamientos. Para VITTORIO DENTI<sup>7)</sup> "..., no hay duda de que el conjunto de las reglas probatorias que figuran bajo el nombre de 'pruebas legales', mientras por un lado ha permitido un cierto grado de racionalización de la investigación judicial frente a los métodos primitivos de prueba, presentó después una garantía contra la decadencia de la costumbre judicial, hasta el punto de convertirse en una expresión de la desconfianza respecto de los jueces que se encuentran todavía en el origen de la actitud actual de una gran parte de la clase de los profesionales del derecho".

b) **Apreciación de la prueba en conciencia:** Se faculta al juzgador para que decida con arreglo a su fuero interno; es un sistema eminentemente subjetivo; varíale por ende según la formación personal del juzgador, debido a la relatividad que se predica de cada ser humano. A más que, conceptos tales como el del bien y el del mal, el de lo plausible y el de lo repudiable, y, otros similares, son mutables de acuerdo con la formación intelectual de los sujetos, del lugar o lugares y de los momentos históricos en que nos encontremos. No tienen aplicación en este sistema la lógica, la experiencia ni los razonamientos. De consiguiente, su control es supremamente difícil y por lo mismo mal podría revisarse los fallos en conciencia por Jueces Superiores, desde luego que cada instancia vendría a constituir aplicación de conciencias distintas, autónomas e independientes. En esta forma de apreciar las pruebas, resulta imposible exigir que se utilicen tales o cuales medios probatorios, o, que éstos se hubieren procesado con o sin determinados formalismos, de donde, en los fallos en conciencia bien puede el juzgador tener en cuenta alguno o algunos medios probatorios, decidir con prescindencia de éstos y aún en abierta contradicción a los mismos.

c) **Sana crítica o persuasión racional:** Varios aspectos caracterizan este sistema; pero sintéticamente podríamos decir que se basa en libertad de los medios de prueba; en que el valor de los mismos demostrativos no

7. VITTORIO DENTI. *Estudios de Derecho Probatorio*; Editorial Ejea, Buenos Aires, 1974, págs. 81 y 82.

depende del arbitrio legislativo sino que se le defiere al juzgador quien no tiene libertad absoluta o ilimitada para ello, sino que habrá de encontrar ciertas limitantes en la lógica, la experiencia, los postulados que rigen, el área del saber humano que interesa al proceso; y, la apreciación en conjunto y *a posteriori* de todos los instrumentos que se hubieren incorporado legal y oportunamente al proceso con miras a lograr la convicción del juez. El Profesor JUAN F. COLOMBO C.<sup>8)</sup>, citando al gran procesalista EDUARDO J. COUTURE, nos recuerda que según este gran Maestro: "La sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; ... pero que son estables y permanentes en cuanto los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia".

Algunos<sup>9)</sup> quieren ver como sistemas autónomos de apreciación de las pruebas otros criterios de valoración, teniendo en cuenta distintos puntos de vista, que en nuestro sentir no constituyen singulares maneras de apreciar las pruebas, tales como los llamados de libre convicción o, el sistema de contraprueba.

## II.- MODERNOS CRITERIOS ORIENTADORES DE LA PRUEBA EN GENERAL

Son varios los aspectos que las doctrinas y las legislaciones contemporáneas vienen recomendando y dando aplicación, en cuanto toca con los aspectos generales de la prueba. De parte nuestra, tan solo abordaremos, muy sucintamente, los que parecen tener mayores repercusiones y recepción legislativas. Por ello, no aparecerá lo que muchos autores divulgan y que constituyen nuevas orientaciones en materia probatoria. Nos limitaremos, pues, a lo siguiente:

### **Progresiva atenuación del Régimen de la Apertura Legal**

En las últimas décadas resultan notorias las tendencias doctrinarias y legislativas a morigerar el estricto régimen de la prueba legal o prueba tasada, para irle dando cabida y, en algunos casos, prevalencia, a la formación libre del convencimiento del juez; es decir, lograr una persuasión racional o conforme a las reglas de la sana crítica.

Paralelamente se ha ido abandonando todo criterio basado en un sabor

8. *Nuevas Orientaciones de la Prueba*, Autores Varios, Compilación de **SERGIO DUNLOP RUDOLFFI**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pág. 175.

9. **COLOMBO, Juan F.** Ob. cit., pág. 178.

religioso, para sustituirse por criterios científicos y objetivos que permitan un análisis racional, producto de la inteligencia, de la sana lógica y de la experimentación. Así, el llamado juramento decisorio, especialmente desde la reforma llevado a cabo en Alemania en 1933, ha ido desapareciendo de las diversas legislaciones procesales, para ser sustraído por el interrogatorio que de manera libre y técnicamente se le hace a las partes y que genéricamente se conoce con el nombre de "interrogatorio de parte".

La crisis del sistema de prueba legal o tasada y su reemplazo por el de la libre apreciación, lo pone de presente MUÑOZ SABATE <sup>(10)</sup>, cuando escribe: "Donde tal vez pueda descubrirse con mayor profundidad el desnivel que separa al juez del historiador es al hablar de la prueba legal o prueba tasada, que aunque no subsiste con la misma exageración de otras épocas, todavía se le encuentra en casi todos los ordenamientos positivos..., nuestro momento actual es de prueba libre, más sin embargo, todavía tenemos poderosas razones para mirar al pasado". Un poco mas adelante este mismo autor agrega que "hasta el momento presente creemos que donde el progresismo se ha apuntado mas éxitos ha sido en el campo de las hipervaluaciones. La confesión ya no es *regina probatorum* ni los documentos públicos resisten invencibles la prueba de su simulación".

#### **Apreciación en conjunto de las Pruebas**

Tangencialmente anotábamos atrás que la apreciación conjunta de los instrumentos de prueba es otro de los aspectos que reflejan criterios de sana crítica, puesto que se ha convenido que el análisis aislado de cada elemento demostrativo, puede llevar a conclusiones disímiles y hasta contradictorias a las que se llegaría cuando se interpretan unos medios por otros, a manera de un haz. De tal suerte que cada instrumento obra como complemento de los otros y permite la desestimación de uno o varios, como consecuencia del miramiento unitario del conjunto que todos integran.

#### **Mantenimiento de Documentos Ad-Substantiam**

La pureza absoluta de un determinado sistema de regulación probatoria es difícil de lograr; de consiguiente, con alguna frecuencia se encuentran vestigios de los sistemas que se quieren erradicar. Así, en ciertos casos, las legislaciones exigen ciertas pruebas documentales para efectos demostrativos de los actos o negocios jurídicos, los que a su vez son constitutivos de elementos básicos o esenciales de la figura *juris* que ellos contienen. Se habla en estos eventos del documento **ad-substantiam actus o**

10. Ob. cit., págs. 89 y 90.

*ad-solemnitatem*, para dar a entender que sin los mismos el acto o negocio no nace a la vida jurídica o degenera en otro distinto del querido. Normalmente de menor talante. Por ello, las normas de sana crítica respetan lo que disposiciones sustanciales exigen como elementos integrantes de la figura jurídica de derecho material.

#### **Enumeración ejemplificativa de los medios de Prueba**

Mención especial merece lo atinente al señalamiento de los medios de prueba, en tratándose del sistema de persuasión racional o de sana crítica. En efecto, la taxatividad o enumeración rígida de los medios de prueba, no se acompasa con la libertad probatoria, bien utilizada y razonada, que se predica del juez en este sistema. Así las cosas, se impone la libertad de medios de prueba, aunque normalmente se haga una enumeración ejemplificativa o enunciativa de los mismos, facultándose al juez para que utilice cualquier otro medio nuevo que pudiere aparecer en la praxis judicial, como efecto de los avances tecnológicos y científicos producto de las investigaciones humanas. (Art. 175 C.P.C.).

#### **Nuevos medios de Prueba no Regulados Legalmente**

Se habla genéricamente de los medios de prueba no legislados, para evidenciar las arduas polémicas que sobre instrumentos demostrativos novedosos, o, nuevos métodos utilizados con respecto a medios ya conocidos se presentan en las épocas modernas. Son bien conocidas las discusiones originadas en la utilización probatoria de las fotografías, las grabaciones magnetofónicas, los video-cassetes, las reproducciones fotostáticas de documentos, los informes originados en entidades públicas o privadas, etc.

Quienes se oponen al aprovechamiento de estos nuevos instrumentos, o, métodos nuevos de investigación, lo hacen fundamentalmente basados en aspectos de seguridad para las partes, lo que se traduce en la garantía procesal de saber, a ciencia cierta, con qué medios probatorios se le juzgará eventualmente, bajo qué procedimientos y, lo que es más importante, con qué fuerza demostrativa. Otros, a su vez, piensan que en verdad el aporte de la ciencia y de la técnica, no es que haya generado incremento en el número de medios probatorios, sino que simplemente facilita y mejora los modos de averiguación, producción y apreciación de los instrumentos tradicionales. Por último, están quienes creen ver en estas nuevas producciones de la ciencia y de la técnica típicos nuevos medios probatorios, que aunque similares en algunos casos a los tradicionales, presentan una fisonomía estructural autónoma, que los individualiza e independiza de los

de antaño; y que, por esta razón, su producción y evaluación deberán ser igualmente propias.

Durante el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal, llevado a cabo entre el 22 y 28 de mayo de 1983 en la ciudad de Rosario, la primera ponencia del certamen se denominó "Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna". En esa ocasión el ponente nacional doctor JORGE WALTER PEIRANO <sup>(11)</sup>, sostuvo: "En cuanto a ejemplo de progreso en el terreno de la apreciación probatoria, hoy ya es moneda corriente hablar del sistema científico de valoración de las pruebas, conforme al cual toda prueba puede y debe ser sopeada merced a la utilización de elementos y datos científicos. Buena muestra de tal sistema es lo acontecido con la prueba hematológica que ha pasado a servir de prueba afirmativa de la existencia de nexo biológico entre dos o más personas",

Algunas de las conclusiones adoptadas en el referido XII Congreso Argentino de Derecho Procesal <sup>(12)</sup>, casi todas ellas aplicables a los llamados nuevos medios de prueba no legislados, son:

a) Técnicamente no se trata de nuevos métodos confirmatorios, sino de típicos métodos probatorios nuevos, que bien pueden procesarse conforme a la pruebas reguladas tradicionalmente;

b) Para la operancia de los nuevos métodos probatorios, casi siempre se requiere la **colaboración** de las partes, pues, sólo pueden practicarse mediante la participación de los sujetos pasivos de las mismas;

c) Se requiere la complementación de tales nuevos medios, especialmente en lo relacionado con la autenticidad;

d) En sede penal es en donde más utilización han tenido los nuevos medios de prueba, pero en virtud de la tendencia a unificar el derecho procesal, bien pueden encontrar plena aplicación en el proceso civil;

e) Las pruebas científicas, como nuevos métodos probatorios, se concretan fundamentalmente con la llamada "**inspectio coporis**", y generalmente constituyen una mixtura entre el reconocimiento judicial y la prueba pericial;

11. Ponencias Generales, Informes y Comunicaciones, págs. 5 y 6.

12. Ob. cit., págs. 30, 31 y 32.

f) La expresión "*nemo tenetur edere contra se*" (según la cual nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario), en materia de pruebas científicas no tiene aplicación en el moderno Derecho Procesal Civil;

g) La negativa infundada de las partes a colaborar con la práctica de los nuevos métodos probatorios, le acarreará consecuencias desfavorables.

El procesalista uruguayo ADOLFO GELSI BIDART<sup>(13)</sup>, con respecto a los medios de prueba no legislados, los subdivide en medios materiales y en medios personales; entre los primeros resalta las grabaciones, los videos, la pericia como complementación de otros medios, y, los informes oficiales e informes privados. En cuanto a los medios personales no previstos legalmente, nos presenta los informes de asesores técnicos y algunos específicamente referidos a las partes como la prueba hematológica, los retratos hablados, sueros de la verdad, detectores de mentiras y similares. A manera de conclusiones agregó que, en el derecho del Uruguay, podría decirse:

"1. Aún sin expresa disposición pueden admitirse en la actualidad los medios de prueba no previstos expresamente en la legislación procesal civil, siempre que exista la posibilidad de adaptar las reglas procesales a los mismos, para los diversos aspectos del procedimiento probatorio (analogía).

"Sería conveniente, para evitar problemas de interpretación, una norma genérica disponiendo la posibilidad de utilizar otros medios probatorios además de los expresamente indicados, aplicando analógicamente a su disponibilidad, pertinencia, iniciativa, diligenciamiento y apreciación, las reglas previstas por la ley para los reglamentos en ella.

"Es una nueva ley de procedimientos tales problemas podrían solucionarse como sucede —Guasp— mediante una reglamentación mas abstracta, similar —añadimos— a la que ya existe para algunos (v.gr. pericia)".

Por su parte el Código de Procedimiento Civil colombiano, sobre medios de prueba, en su artículo 175, establece:

"Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judi-

13. XII Congreso Argentino de Derecho Procesal, Ob. cit., págs. 40, 41, 42 y 43.

cial, los documentos, los indicios y **cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.**

“El juez practicará las pruebas no previstas en este Código **de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio**”. (Hemos subrayado).

De igual manera, el Código Procesal Civil y Comercial para la Nación Argentina, en su artículo 378, sobre medios de prueba, dispone:

“La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley **y por los que el juez disponga**, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

“Los medios de prueba no previstos **se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez**”. (Hemos subrayado).

Los comentaristas FENOCHIETTO y ARAZI<sup>(14)</sup>, indican en relación con el artículo que se acaba de transcribir, que “Varias han sido las clasificaciones doctrinarias de los medios de prueba. Desde un punto de vista hay que distinguir las pruebas ‘nominadas’, enumeradas en los distintos Códigos de las ‘innominadas’, es decir los instrumentos no previstos”. Posteriormente agregan que: “con relación a las pruebas no previstas ni en los llamados Códigos de fondo ni en los procesales, en su diligenciamiento se aplicarán ‘por analogía las disposiciones de las que sean semejantes’ (art. 378, parr. 2 CPN). Así ocurre de ordinario, por ejemplo, con las fotografías, que se asimilan en su ofrecimiento a la prueba documental.

“El precepto prevé, de esta manera, la posibilidad de ofrecer una variedad de pruebas técnicas, científicas cuyo enunciado resulta casi imposible y su único obstáculo es la improcedencia manifiesta (art. 364, CPN) y que ‘no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso’ (art. 378, parr. 1., CPN)”.

Destacan estos autores la opinión de CARNELUTTI en el sentido de que resulta inevitable la limitación de los conocimientos del juez en comparación con el inmenso campo del saber humano, lo que trae consigo para

14. FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO y ARAZI ROLAND. *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

el juzgador que las reglas de experiencia le sean insuficientes y por lo mismo la necesidad de auxilios técnicos sobre aspectos vinculados con la 'cientificidad de la prueba', pues para la valoración de éstas se requieren conocimientos que están más allá de su cultura como hombre medio.

El modelo de Código Procesal Civil para Iberoamérica, Anteproyecto de 1988, en su artículo 136, establece:

"136.1. Son medios de prueba los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hechos.

"136.2. **También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley**". (Hemos subrayado).

Códigos recientes como el de Procedimiento Civil de Venezuela (1985) y el Código Judicial de Panamá (1987), acogen el sistema moderno de enumeración meramente ejemplificativa de los instrumentos probatorios, permitiendo la utilización de nuevos medios, no prohibidos por la ley y que resulten útiles para el esclarecimiento de los hechos controvertidos procesalmente. El primero de los Estatutos mencionados en su artículo 395, dispone:

"Son medios de prueba admisibles en juicio aquéllos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

"Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez".

El Libro II (Procedimiento Civil) del Código Judicial Panameño, en su artículo 769, establece:

"Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los

medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.

“Puede asimismo emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares.

“Es permitido, para establecer si un hecho puede o nó realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o electromagnética.

“En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica”.

Puede verse con gran facilidad que estos Estatutos consagran positivamente las modernas tendencias de aplicar los métodos técnico-científicos a los medios tradicionales de prueba, a su vez permiten el aprovechamiento de los nuevos instrumentos de verificación para acreditar objetivamente los hechos que interesan al proceso.

Cabe resaltar que esta misma orientación fue consignada legislativamente desde 1932 por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios de los Estados Unidos Mexicanos, cuando a voces de su artículo 289, prescribe:

“La ley reconoce como medios de prueba.

“I. Confesión;

“II. Documentos públicos;

“III. Documentos privados;

“IV. Dictámenes periciales;

“V. Reconocimiento o inspección judicial;

“VI. Testigos;

“VII. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en

general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia;

“VIII. Fama pública;

“IX. Presunciones;

“X. Y demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

#### **Apreciación de las Pruebas Conforme a las Reglas de la Sana Crítica**

En punto tocante a la apreciación de las pruebas, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, determina:

“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Con respecto al mismo tema, el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, ordena:

“Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

Las dos disposiciones normativas que se acaban de transcribir son sustancialmente idénticas, Sin embargo, nos parece más diáfano el Código Colombiano al recalcar que las pruebas deben apreciarse “en conjunto”, a más de que en el mismo Estatuto se da a entender que el juez deberá apreciar todas la pruebas producidas, bien para fundar en ellas su decisión o para desestimarlas. Por el contrario, la norma legal argentina releva al juez de consignar su apreciación respecto de aquellas probanzas que no le sirven para estructurar su fallo.

El proyectado Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, contiene el artículo 130 que es del siguiente tenor:

“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa; ello sin perjuicio del análisis que el tribunal deberá realizar de todos los medios de prueba, indicando expresamente cuáles de ellos fundan principalmente su decisión”.

El procesalista guatemalteco AGUIRRE GODOY <sup>(15)</sup>, informa que “El criterio más afianzado, especialmente en América, en materia de la prueba, es el de que debe hacerse de conformidad con las **reglas de la sana crítica**, sistema que ha desplazado a los de pruebas legales y de pruebas libres o de libre convicción...”

“En la legislación procesiva guatemalteca no había un precepto expreso que recogiera este criterio de apreciación de la prueba. Sin embargo, parecía ser esa la intención de le legislador el algunos supuestos. Por ejemplo el artículo 378 CECYM (Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil) decía: ‘La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca’. El artículo 427 CECYM, establecía: ‘Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de conocimiento del hecho y las demás circunstancias que en los testigos concurren o que la ley exija para casos especiales.’

“En el nuevo Código (de 1984), en el párrafo final del artículo 127 se dijo con toda claridad: ‘Los tribunales, salvo texto de ley en contrario, apreciarán el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Desecharán en el momento de dictar sentencia, las pruebas que no se ajusten a los puntos de hecho expuestos en la demanda y su contestación’ ”.

La apreciación de las pruebas conforme a los principios de la sana crítica, no significa, en lo más mínimo, arbitrariedad, capricho o discrecionalidad absolutos en el juzgador, pues como lo enseña el Profesor LINO ENRIQUE PALACIO <sup>(16)</sup>, el órgano judicial “en todo caso se halla limitado por

15. **AGUIRRE GODOY, Mario**. *Derecho Procesal Civil.*, Tomo I, Editorial Centro de producciones Universitarias Rafael Landívar, Guatemala, 1986, págs. 580 y 583.

16. Ob. cit., págs. 412 y 413.

pautas objetivas que no puede desechar sin riesgo de incurrir en arbitrariedad. De allí que no quepa compartir la opinión según la cual los sistemas de apreciación tasada y de apreciación libre de la prueba se correlacionen estrictamente con la disyuntiva, consistente en la sumisión o en la desvinculación a las reglas del derecho. Basta, a nuestro juicio, la vigencia del principio en cuya virtud los órganos judiciales deben fundar sus decisiones (art. 34. inc. 4º. del CPN) para excluir el mero voluntarismo judicial en la apreciación de la prueba...".

Agrega el Maestro argentino que se acaba de transcribir<sup>(17)</sup>, que: "Las reglas de la 'sana crítica', aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las 'máximas de experiencia', es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando, ambos respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad".

Por último, no sobra advertir que nuestro actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 50 de 1987), en su artículo 253, en materia de apreciación de pruebas, dispone que éstas "deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", en tanto que en el artículo 295 sobre apreciación del testimonio, determina que "corresponde al juez apreciar la credibilidad del testimonio, teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, entre ellos las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que haya sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración", para, finalmente, en el numeral 2º del artículo 471, recalcar como requisito formal de la resolución de acusación el deber que tiene el juez de indicar y hacer la evaluación de las pruebas allegadas a la investigación, obviamente bajo los lineamientos de la sana crítica.

#### **Pruebas de Oficio**

Se tiene por averiguado que históricamente en materia procesal han existido dos principios: el dispositivo y el inquisitivo. El primero deja a iniciativa de los particulares los actos introductorios del proceso, el señalamiento del contenido y objeto del mismo, el impulso de la actuación procesal y la proposición y aportación de medios de prueba, en tanto que el segundo, al entender que el juez es el director del proceso, le otorga facul-

17. Ob. cit., págs. 414 y 415.

tades y poderes en los aspectos que se acaban de consignar y en todos los demás que resultaren indispensables para lograr su fin cual es el dictado de la sentencia.

Como lo sostiene el Maestro DEVIS ECHANDIA <sup>(18)</sup>, "Esos sistemas son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, tanto civil como penal, y, por lo tanto, para la conformación general del procedimiento, cuyo aspecto quizás más importante es el de las pruebas, ya que de ellas depende el buen éxito o el fracaso de aquél".

Tradicionalmente, en materias de derecho privado se venía aplicando el principio dispositivo, especialmente en materias tocantes a la formulación de la demanda y a su réplica, como también a la proposición, aportación y práctica de pruebas. También se ha sostenido que el sistema inquisitivo es más propio del proceso penal y, entonces, que la iniciación de la investigación criminal y el decreto y práctica de pruebas están adscritas al juez. Modernamente y acorde con los criterios de publicización del proceso, no existe razón para que se mantenga la discriminación anterior, por lo que se han abierto camino las tesis que propugnan porque toda clase de procesos presenten caracteres inquisitivos y, como quedó visto atrás, que se le permita al juez apreciar libre, pero razonadamente, las investigaciones probatorias.

El principio dispositivo del Derecho Procesal, como bien lo pone de presente CAPPELLETTI <sup>(19)</sup>, se origina en el aforismo latino: ***judes debet judicare secundum allegata et probata apartibus***, mediante el cual se consagra la prohibición de iniciativas del juez para ir más allá de lo demandado por las partes; y, la prohibición para que el juez asuma pruebas de oficio.

La materia probatoria, como núcleo central de todo proceso, debe estar impregnada de aspectos inquisitivos. En otros términos, el juez debe estar facultado para decretar, incorporar o practicar pruebas conforme se lo dicte su propia iniciativa, originada en la necesidad de averiguar para establecer en autos los hechos materia de controversia. El juez pues, no puede seguir considerándose como un simple espectador de la actividad de las partes, sino que ha de ser un sujeto procesal actuante y dinámico

18. **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Edit. Víctor P. de Zabalía, Segunda edición, Buenos Aires, 1972, pág. 78.

19. **CAPPELLETTI, Mauro.** *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1972, págs. 112 y 133.

con miras a cumplir con la función pública de dar el derecho que le corresponda al justiciable, según la ley.

CAPPELLETTI <sup>(20)</sup>, refiriéndose a la prohibición de juzgar *ultra probata apartibus*, enseña que en las diversas legislaciones, desde tiempos pretéritos se ha derogado dicha regla para darle paso a la iniciativa de oficio por parte del juez. Recuerda que el artículo 115, apartado 1º. del Código de Procedimiento Civil italiano, establece el principio de que "El Juez debe poner como fundamento de la decisión las pruebas propuestas por las partes o el Ministerio Público; salvo los casos previstos por la ley". Y, en una enumeración que no es completa, el mismo autor indica algunos casos en que la legislación italiana le permite proceder de oficio al juez, en materia de pruebas, así: en cuanto a máximas de experiencia y hechos notorios, los cuales no requieren prueba; ordenación de interrogatorio no formal de las partes; inspecciones judiciales sobre casos y personas y toma de reproducciones, copias y experimentos; ordenación de la consulta técnica; ordenación de informaciones escritas (pruebas de informes) a la Administración Pública; el juramento supletorio o estimatorio de las partes; la exhibición de documentos; y, prueba testimonial para ciertos casos, en especial para los previstos por los artículo 2711 del Código Civil, y 257 y 317 del Código de Procedimiento Civil. El autor citado informa que en Alemania, en Suecia, en Francia, en Hungría, en la Unión Soviética, etc., desde hace varios decenios se autoriza al juez para que tenga su propia iniciativa en materia de pruebas.

El Profesor HERNANDO MORALES <sup>(21)</sup>, recuerda una frase célebre de MAURO CAPPELLETTI cuando dijo que es cierto que el juez debe ser imparcial, pero que al decretar pruebas de oficio no se convierte en parcial. "Y que si era parcial lo sería a favor de la justicia". Prosigue el Profesor colombiano propugnando por los poderes oficiosos del juez, "especialmente tendientes a la búsqueda de la verdad dentro de los límites de las pretensiones de las partes". Esta aclaración pone de presente que la oficiosidad es independiente del derecho sustancial o material de las partes, por lo que bajo dicho criterio, tan solo ellas pueden disponer de sus derechos subjetivos consagrados por las normas sustanciales.

Con el principio que se viene comentando —pruebas de oficio—, se supera el tímido avance que de antaño habían logrado algunas legislaciones y que se denominó genéricamente "diligencias para mejor proveer" (v. gr.

20. Ob. cit., págs. 117, 118 y 119.

21. Ob. cit., pág. 19.

art. 600, Ley 105 de 1931), las cuales tan solo permitían ordenación de diligencias probatorias para aclarar puntos que juzgara oscuros o dudosos durante la segunda instancia, más ni por asomo, como hoy, se le autoriza, o, más bien se le impone para “emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar hechos alegados por las partes, y para evitar nulidades y providencias inhibitorias” (numeral 4, art. 37 Código de Procedimiento Civil Colombiano).

En cuanto atañe a la prueba de oficio los artículos 179 y 180 de nuestro Estatuto Procedimental Civil, categóricamente determinan que aquéllas pueden ser detectadas 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. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas”. Y, por su parte, el artículo 180 indica que en las oportunidades y términos para decretar y practicar pruebas, el juez podrá de oficio aplicar su iniciativa probatoria, potestad que se extiende en las instancias y para los incidentes y hasta antes de proferir su fallo.

Por considerarlo de interés para lo que se está tratando, permítasenos transcribir una de las conclusiones a que ha llegado el Profesor DEVIS E-CHANDIA <sup>(22)</sup>, a saber:

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

22. Ob. cit., pág. 112.

“Sin estas dos facultades, la justicia depende de los errores o de las habilidades de los abogados en materia de pruebas, y nó del juez; la función de éste se reduce a reconocer al vencedor, más fuerte y más capaz, en una modalidad de los duelos judiciales, que resultan diversos en cuanto a las armas empleadas, pero idénticos en cuanto al resultado absurdo e injusto”.

El Código de Procedimiento Civil de Panamá (Libro II del Código Judicial de 1987), en su artículo 782 prescribe:

“Además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.

“La resolución que se dicte es irrecurrible y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresará el juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.

“La respectiva diligencia se practicará previa notificación a las partes para que concurran a la diligencia si así lo estiman conveniente.

“Los gastos que impliquen la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

“El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente”.

Como puede verse fácilmente, las tendencias de las legislaciones mas modernas, en materia de pruebas, están dadas por el ánimo de morigerar el sistema dispositivo, para cada vez más acercarse al sistema inquisitivo, toda vez que con éste se facilita la búsqueda de la verdad, eso sí, respetando los límites de las pretensiones de las partes, pues, la institución de la congruencia no permite que el juez desborde los hechos propuestos por aquéllos. Esa verdad que se pretende encontrar mediante la utilización de

las pruebas de oficio, bien puede ser la objetiva o la subjetiva, según el punto de vista filosófico con que se le mire.

### **Igualdad de los distintos Medios de Prueba**

En los últimos decenios los comentaristas del derecho probatorio, al igual que las legislaciones en ellos inspiradas, abogan para que se acabe la discriminación de antaño en cuanto a la eficacia de los diversos medios de prueba. Dicho de otra manera, no parece racional que por el solo hecho de llamársele confesión o documento público, se crea que estos instrumentos puedan tener mayor eficacia demostrativa con respecto a otros, tales como el testimonio, la peritación, etc. Mas bien se insiste en que los beneficios atribuidos por ejemplo a la confesión, deben sufrir una atenuación hasta el punto de colocarla al mismo nivel demostrativo que cualquiera otro medio de prueba. De igual manera se observa que para establecer determinados hechos y actos constitutivos de ciertos institutos jurídicos, ya no es menester el llamado "principio de prueba por escrito, sino que bien puede dársele cabida a la prueba testimonial o a cualquiera otra para el establecimiento de tales circunstancias, claro está, sin perjuicio de que el juzgador esté bien atento a sopesar tales probanzas a efecto de concluir si las mismas son tan diáfanas y contundentes que suplen la falta de la prueba de confesión o la documental.

Al respecto VITTORIO DENTI<sup>(23)</sup>, nos informa: "Los países de *civil law* han conservado, en cambio, y aunque sea con atenuaciones limitadas, la eficacia vinculante de la confesión de la parte, mientras se ha producido un sensible aumento de la libertad de apreciación del juez en cuanto a la admisibilidad de la prueba testimonial en presencia de una obligación de preconstrucción de la prueba; típica, al respecto, es la evolución que se ha producido en Francia en el sentido de los requisitos prescritos por el artículo 1347 del Código Civil en cuanto al principio de prueba escrita que hace desaparecer los límites legales de admisibilidad de la prueba testimonial".

Cabe resaltar el contenido de nuestro artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, cuando al referirse a la limitación de la eficacia de la prueba testimonial, prescribe:

"La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

23. Ob. cit., págs. 103 y 104.

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlos, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

Lo que se acaba de transcribir presenta una clara lógica sobre lo que ha de ser la dosificación probatoria. En efecto, el requisito *ad-substantiam actus* cuando la ley sustancial exige un documento, no podrá ser sustituido por la prueba testimonial. Pero, de igual manera, el inciso dos del artículo 232, aborreció la exigencia de la prueba solemne para probar la existencia y modificación o extinción de cierto tipo de obligaciones (arts. 91 a 93 de la Ley 53 de 1887), aunque determina que la falta de documento o de un principio de prueba por escrito que contenga tales circunstancias, se mirará por el juez como un indicio grave de inexistencia de la respectiva circunstancia, salvo que por razones especiales en que pudo haber tenido ocurrencia tales actos, se justifique la inexistencia del documento, o, porque el valor y la calidad de las partes no lo requirieran. Así, los negocios que tienen por objeto la compraventa de ganados celebrados en los inmuebles donde éstos se encuentran, imposibilitan la documentación de tal acto; de igual manera, frente al peligro inminente de un conflagración, mal puede exigirse la solemnización del contrato de depósito de algunos bienes que se quieran resguardar. O, como sucede con los negocios llevados a cabo entre personas de amistad íntima, o entre quienes concurren lazos de parentesco, los cuales justifican la omisión del documento para los negocios celebrados entre tales personas.

Lejos está en considerar, con base en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, que la prueba documental continúe presentando mayor eficacia demostrativa que la testimonial. Se reitera, que tal disposición normativa entiende que uno u otro medio son igualmente idóneos para determinar los hechos por probar allí mencionados, sólo que instruye al juzgador para que sea más cauteloso y desconfiado, si se quiere, cuando, en ciertos eventos de importancia no aparece documento que los contenga, sin explicación y sin justificación al respecto.

Es bueno recordar aquí, una vez más, que la confesión ha dejado de ser la reina de las pruebas (*regina probatorum*), lo que a su vez permite aplicar su consecuencia, cual es la infirmación de aquélla. Tal infirmación de la confesión mereció expresa consagración legal en el Código colombiano, cuando en su artículo 201 determinó que: “Toda confesión admite prueba

en contrario". Así, pues, se recalca, una vez más, que la prueba de confesión teóricamente es idéntica en cuanto a su eficacia demostrativa a los restantes medios de prueba. La infirmación del medio probatorio que se viene comentando, puede llevarse a cabo a través de testimonios, de documentos públicos o privados, por peritaciones, por indicios, etc. Lo que importa es que lo aceptado por una de las partes y que le acarrea consecuencias desfavorables, resulte contrario a la realidad o, con características distintas a como en verdad tuvieron ocurrencia los hechos.

A propósito de la prueba de confesión, bien vale la pena resaltar que ésta puede ser espontánea o provocada. La confesión se provoca por el juez o por la contraparte mediante interrogatorio que se formulará a través de preguntas que no necesariamente han de tener forma acertiva, es decir que limiten su contestación a un sí o a un nó, pues, hoy es tendencia generalizada a recomendar que la respuesta sea libre o abierta, dado que con ello se ausculta en mejor grado la realidad de los hechos.

Históricamente también se afirmaba que la persona del confesante solamente podía aceptar hechos personales que le acarrearán consecuencias desfavorables. Modernamente tales conceptos se han ampliado para aceptar también confesiones respecto de hechos **ajenos** o de terceros, que perjudiquen a la parte o que al menos favorezcan a la contraria.

#### **Postulación de la Prueba y rechazo In Limine**

Se propugna porque las pruebas que se pretenden hacer valer en un determinado proceso, sean presentadas y propuestas por las partes, desde un comienzo, con el propósito de darle aplicación al principio de lealtad que se deben entre sí, a más de que se le permita al juez, desde un comienzo, llevar a cabo una verdadera participación y eficaz control en materia de pruebas. Es frecuente que los Códigos Procesales exijan que con la demanda, con la contestación a la demanda, con la formulación de excepciones y con la contestación a éstas, se acompañen los documentos y se postulen los demás medios de prueba que se utilizaron durante la instrucción del proceso.

La carga de presentar y proponer, desde los orígenes mismos del proceso, todas las pruebas que se utilizarán durante la controversia, hace posible que el juez, también desde un comienzo, cumpla con los deberes de verdadero director de la contienda procesal y por ello, antes de proferir el auto ordenador de pruebas deberá analizar si las solicitadas por las partes son conducentes, pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Así nuestro artículo 178 del Código de Procedimien-

to Civil, prescribe que "las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinente y las manifiestamente supérfluas".

Se habla entonces, de pruebas inconducentes para referirse a aquellos medios que son inidóneos desde el punto de vista legal para acreditar los hechos discutidos, bien por estar legalmente prohibidos, o por cuanto el legislador exige un medio diferente al propuesto, en tanto que la impertinencia de las pruebas se refiere a aquellos elementos demostrativos que gozando de aptitud de acreditamiento, resultan extraños al caso concreto en el cual se pretenden hacer valer, pues, su objeto difiere de la materia litigiosa. Por último, por razones de economía procesal y para cumplir con la celeridad que debe acompañar a la actividad probatoria, también se aplicará el rechazo *in limine* cuando la prueba es supérflua, esto es, inútil, por innecesaria.

### III. DE LOS DOCUMENTOS Y DE LA PERITACION

Lo dicho en los capítulos anteriores tuvo virtual ingerencia en el tratamiento que recientemente se le ha dado a la prueba documental y a la peritación.

#### *El documento*

El avance más caracterizado en relación con este medio probatorio lo presenta la circunstancia de no continuar circunscrita tal noción tan sólo a los escritos. En efecto, los diversos Códigos han resuelto agregar al escrito un sinnúmero, más o menos amplio, de elementos que también tipifican esta probanza. Así el inciso primero del artículo 251, de nuestro Código de Procedimiento Civil, dice que también son documentos los "impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, **en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo**, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares". (Hemos subrayado).

El Profesor JAIRO PARRA QUIJANO <sup>(24)</sup>, se refiere a las grabaciones, a las fotografías, al télex, al videocassette, a las conversaciones telefónicas,

24. **PARRA QUIJANO, Jairo.** Informe presentado a las II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, del 8 al 11 de agosto de 1989, págs. 28 a 60.

para recomendar su verdadera ubicación como “nuevos documentos”, a su vez para ilustrarlos sobre la correcta utilización de los mismos y su aportación a los autos. Las conclusiones que el referido Profesor PARRA QUIJANO<sup>25</sup>, extrae de su trabajo, son las siguientes:

“1. Cuando se trata de fotografías o de grabaciones magnetofónicas, puede operar el reconocimiento tácito, si la parte que las aporta afirma que en la fotografía está su contraparte o que contiene la voz de ella y ésta no desconoce el documento.

“2. En caso de que la parte contra la cual se aporta el documento lo desconozca, se podrá promover el incidente de autenticidad de que trata el artículo 275 del C. de P.C.

“3. En la propuesta de reforma del C. de P.C., se acoge este criterio cuando se dice en el art. 252 lo siguiente: “Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente o lo sucesores del causante a quien se atribuye dejaron de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 269.

“ ‘Esta norma se aplica también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen afirmándose que corresponde a ella’.

“4. Para los documentos elaborados por máquinas sin manifestaciones de individualidad, se hace necesario establecer presunciones de autenticidad con respecto al usuario de la máquina. Por ejemplo, en el caso del telefax, el télex y en general de documentos elaborados por las máquinas.

“5. Mientras no se establezcan estas presunciones y no teniendo los documentos elaborados por las máquinas manifestación de individualidad por no estar suscritos ni manuscritos, se hace necesario obtener el reconocimiento expreso”.

### **La pericia**

Se dijo atrás que las limitaciones humanas hacen que el juez, por más estudioso y versado que sea, le impidan el dominio de todas las áreas del saber humano. Por ello, según las materias litigiosas que se presenten en los procesos, el juez deberá servirse de sus congéneres que en virtud de los

25. Ob. cit., págs. 61 y 62.

especiales conocimientos técnicos, científicos, experimentales o artísticos, le puedan auxiliar para una mejor comprensión de los hechos, de las causas que los generaron y de los efectos que ellos producen, pero que con base en dicha colaboración pueda lograrse una mejor adecuación y comprensión de tales circunstancias fácticas y aplicar más certeramente el derecho.

En materia de prueba pericial, resulta notoria la idea de permitirle al juez el decreto oficioso de la misma, cada vez que según él crea necesaria su utilización. De otro lado, también es constante la recomendación para que se designen dos peritos y en ocasiones un perito tercero para que resuelva las eventuales diferencias entre los dos primeros.

El Profesor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ<sup>(26)</sup>, en su excelente trabajo *La Prueba Pericial*, después de presentar unas nociones generales sobre la prueba y los problemas que normalmente acompañan a la pericia, informa ampliamente sobre la prueba pericial en Colombia, de donde se deducen las características que reflejan este medio de prueba en el concierto internacional.

Resaltamos la posición personal del Profesor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ<sup>(27)</sup>, según la cual los informes no constituyen nuevo medio de prueba, sino un procedimiento de la pericia. En efecto, afirma: "De nuestra parte consideramos que el contenido de ese tipo de informes es técnico, y por ello conceptual, como lo es todo dictamen técnico, y por ello conceptual, como lo es todo dictamen pericial, pero producido sin el procedimiento de la pericia. Desde ese punto de vista, si la pericia es la prueba y es el resultado, y la peritación su trámite, tales informes son prueba pericial pero sin la peritación clásica que la ley señala a ese medio de prueba. En otras palabras, es una **pericia especial** con un medio probatorio o procedimiento diferente, y con un perito especial, el de las entidades oficiales".

No podemos aceptar la posición doctrinaria del Doctor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ, no solamente por cuanto en doctrina y legislaciones extranjeras es claro que los informes tipifican nuevo medio de prueba autónomo, sino porque como lo afirmábamos en otro momento<sup>(28)</sup>: "Debe ad-

26. *Rodriguez, Gustavo Humberto*. En su excelente trabajo *La Prueba Pericial*, II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, del 8 al 11 de agosto de 1989, págs. 25 a 51.

27. Ob, cit., pág. 39.

28. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Volúmen I, N°. 4, 1986, Bogotá, págs. 71 y 72.

mitirse que el tema de suyo es polémico y por lo novedoso en legislación y doctrina aún no se encuentra lo suficientemente maduro como para tener absoluta claridad sobre la naturaleza jurídica de los **informes** en la actividad probatoria.

“A pesar de lo anterior bien puede afirmarse que la clase de informes a que se contrae el artículo 199 del C. de P.C., por prohibición del mismo precepto no puede ni siquiera asimilarse a confesión, tampoco podrá calificarse como testimonio, pues, bien sabido es, que ésta clase de prueba debe provenir de terceros a la litis, en tanto que tal como se encuentra redactada la última parte de la norma en comento, dicho informe proviene de una de las partes del proceso.

“De otra parte, la prueba testimonial tiene una ritualidad específica que no permite, ni por asomo, encontrarle algún parecido con los informes. Así, para nadie resulta nuevo que el testimonio es la declaración de viva voz que hace una persona, tercero al litigio, al juez sobre hechos que interesan al proceso para desatar la controversia planteada.

“Somos conscientes que mayor dificultad presentan los llamados “**informes técnicos de entidades oficiales**”, al presentar rasgos muy similares con los de la prueba pericial, pero analizados con detenimiento aquéllos, categóricamente habrá de concluirse que son bien distintos de las peritaciones. Así, el perito es una persona natural en tanto que los informes técnicos son suministrados por entidades oficiales; el perito está considerado como un auxiliar directo y designado a propósito para que analice, estudie y concluya sobre uno o varios hechos concretos sometidos a su consideración para lo cual expresará sus puntos de vista firmes, precios, fundamentados, razones, producto de su experiencia y formación personales; las entidades oficiales a quienes se les solicita informes técnicos podrán referirse a hechos concretos o abstractos que sean resultado directo de revisar su documentación, archivos, kárdex o registros, de donde claramente emerjan aquéllos para ser transmitidos al destinatario de la prueba. Los peritos son personas perfectamente individualizables, designados a propósito de su encargo que normalmente aplican su formación y conocimiento privados para lograr mejor interpretación de los hechos puestos a su consideración y que interesan al proceso, circunstancias que pueden perfectamente alterar la imparcialidad de dicho auxiliar y de allí que se prevean los impedimentos y recusaciones, fenómenos que nada tienen que ver con la entidad informadora técnica quien como ente o institución abstracta no se avendría con los remedios procesales de la recusación o el impedimento; además, normalmente la entidad oficial técnica está llamada a perdurar indefinidamente y por ello, fuere cual fuere su representante administrativo,

siempre estará en condiciones de transmitirle al juzgador los hechos solicitados y que se encuentren compilados en sus archivos, mientras que el perito, por su condición humana, puede desaparecer y con ello la posibilidad de perderse su información y ayuda, y aún, dicha persona puede perder su capacidad mental y con ello su discernimiento y razón, extinguiéndose así la fuente de prueba.

“Lo dicho en el párrafo anterior sobre los informes técnicos rendidos por entidades oficiales, resulta válido para los informes que han rendido personas o entidades jurídicas de naturaleza privada, bien consideradas de manera amplia o restringidas a los bancos e instituciones de crédito, o cualesquiera otros que en momento dado permitan las leyes respectivas”.