

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

COMPENDIO
DE LA
PRUEBA JUDICIAL

anotado y concordado por
ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Tomo II



RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Tucumán 2644 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CAF Santa Fe

Arturo M. Bas 284 - Tel. (0351) 428-4418 - X5000KLF Córdoba

CAPÍTULO XXII

DEL TESTIMONIO DE TERCEROS

167. Qué se entiende por testimonio judicial

Desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos, sea en un proceso o en diligencias procesales previas; lo último cuando se recibe anticipadamente o para futura memoria (véase núm. 208).

Procesalmente hablando, no toda declaración es un testimonio, pues, para que lo sea, es indispensable que se haga a un juez, para fines procesales. Suelen distinguirse las declaraciones procesales según el sujeto que las haga, en *confesiones* cuando proviene de una de las partes del proceso en que deben considerarse como pruebas, y *testimonios* cuando son de otras personas. Pero en el derecho contemporáneo se acepta la figura jurídica del testimonio de parte con fines probatorios y se habla de confesión propiamente dicha sólo cuando es desfavorable a esa parte o favorable a su adversario. Es decir, en un sentido lato se habla de testimonio, como lo hace Carnelutti³¹⁸, para comprender tanto el de las partes como el de terceros, y el testimonio de la parte puede contener o no una confesión. Pero en un sentido estricto y restringido, se limita el concepto de testimonio a la declaración de terceros en el proceso civil, laboral y contencioso-administrativo; en el penal se admite el de la parte civil o lesionada con el delito.

Los peritos no se limitan a narrar, sino que dictaminan, por lo

³¹⁸ CARNELUTTI, *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, núm. 320.

cual es incorrecto hablar de testimonio de perito para referirse a su dictamen³¹⁹.

167)a. La prueba de testigos es siempre admisible, no obstante la opinión de los jueces al respecto (ARG, SFE, 201), salvo que la ley establezca de modo expreso lo contrario: por ejemplo, BRA, 400, veda esta prueba cuando el hecho ya está probado por documento o confesión de parte y cuando sólo por documento o confesión de parte puede ser acreditado. ESP, 637, no permite testimonios para corroborar hechos confesados judicialmente.

168. Objeto del testimonio de terceros

El testimonio puede versar sobre hechos pasados o que existan en el presente, es decir, en el momento de rendirse la declaración, pero cuya existencia haya comenzado antes; la percepción del hecho y su acaecimiento deben ser siempre anteriores al testimonio, pero aquél puede subsistir en el momento de la declaración. Ese hecho puede ser anterior al proceso u ocurrir durante éste.

Hay testimonio aunque el testigo diga no conocer el hecho; también a pesar de que tenga interés en el proceso y resulte parcial o sospechoso, e igualmente, aunque el testigo no haya percibido el hecho sobre el cual declara. Estos son requisitos para su eficacia probatoria y no para su existencia (véanse núms. 187 y 188). El contenido de la declaración determina la utilidad y eficacia del testimonio, pero no su existencia.

En principio, el objeto del testimonio son los hechos; pero inevitablemente el testigo emite opiniones sobre la identificación de éstos (si era animal o vegetal), ciertas calidades del objeto (qué clase de animal o vegetal), o sobre las condiciones en que se encontraba una persona (como su ebriedad o la ira manifiesta), o sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, o sobre lo que dedujo de lo observado o percibido; es decir, opiniones que complementan la narración de sus percepciones y son inseparables de éstas.

En cambio, si el juez permite al testigo exponer simples suposiciones o dar conceptos que sólo corresponde a los peritos, su decla-

³¹⁹ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, ed. cit.; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963; t. I, ps. 208 y 213.

ración no deja por esto de ser un testimonio, pero carecerá de valor probatorio, salvo que sea testimonio técnico.

Algo similar ocurre con los juicios o conceptos jurídicos; en ocasiones el testigo califica jurídicamente el hecho, por ejemplo, de arrendamiento o de compraventa; pero siempre estará narrando el hecho. Si el testigo define mal el hecho que quiere representar, el juez debe aislarlo del juicio jurídico emitido por aquél y rectificar su definición, lo mismo que sus consecuencias jurídicas (véanse núms. 28 y 31). Pero no hay que confundir las cuestiones jurídicas con las normas de derecho. Éstas no son objeto de prueba testimonial, como regla general; pero se exceptúan los casos de la costumbre y la ley extranjera (en Colombia la ley acepta la prueba de ambas por medio de testigos; C. de P. C., arts. 188-190).

En cambio, las cuestiones de puro derecho, entendidas como principios o máximas abstractas, nunca son objeto de testimonios, ni de prueba judicial de ninguna clase (véase núm. 31).

169. El testimonio técnico

Muy interesante es el problema de la admisión y la naturaleza del testimonio técnico, es decir, del que rindan aquellas personas que conocen el hecho en virtud o con el auxilio de sus conocimientos científicos o técnicos especiales y que, por consiguiente, fundamentan su narración en esos conocimientos además de sus percepciones, por lo cual emiten conceptos calificados.

Estos testigos exponen principalmente conceptos personales, basados en deducciones sobre lo percibido, que son el resultado de sus especiales conocimientos sobre la materia. Debido al error de creer que los testigos no pueden emitir conceptos, ha tenido dificultades la aceptación de esta clase de testimonios; pero actualmente los admite la doctrina y el inciso final del artículo 227 del C. de P. C. colombiano los acepta, cuando dice que son admisibles las preguntas que tiendan a "provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones [...] cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o

artísticos sobre la materia"; así lo ha reconocido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, en varias ocasiones.

La primera dificultad que se presenta en el estudio del testimonio técnico consiste en determinar cuándo existe. Unos creen que se caracteriza por el lenguaje técnico; pero también un testigo común puede emplear este lenguaje sin tener verdaderos conocimientos sobre la materia, bien sea porque repita palabras que oyó o leyó, o porque se trate de vocabulario técnico muy conocido (como ocurre con ciertos nombres de enfermedades y de drogas). Por lo tanto, deben considerarse las cualidades técnicas y científicas del testigo, que hayan servido para la mejor percepción y narración del hecho, y no el lenguaje que utilice.

La segunda dificultad radica en resolver si debe admitirse o no el testimonio técnico cuando no existe norma legal que lo autorice ni prohíba. Creemos que sí, como ha ocurrido en Italia³²⁰.

En tercer lugar, es indispensable precisar hasta dónde puede extenderse el juicio técnico del testigo, sin exceder los límites de la prueba testimonial e invadir el terreno de la peritación técnica. Este punto está tratado correctamente por Scardaccione, quien explica que la misión del juicio técnico como objeto del testimonio, sin que produzca una mutación del contenido de la prueba testimonial, en peritación irregular, debe guiarse por el criterio de circunscribirlo a la narración de los hechos percibidos y a las deducciones técnicas que de éstos haga el testigo, sin extenderse a los juicios de valor, que excedan los límites del juicio técnico sobre sus percepciones. Es ésta también la jurisprudencia italiana contemporánea. Adherimos al anterior concepto y para su mejor entendimiento damos estos ejemplos: un arquitecto puede dar un buen testimonio acerca de si una edificación presentaba, en una fecha determinada, detalles que implicaran una amenaza de inestabilidad o de derrumbamiento, por haberlos observado correctamente gracias a sus especiales conocimientos técnicos sobre la materia, pero si expone además su concepto sobre las causas que no pudo observar, de estos defectos de construcción, estaría dando una apreciación subjetiva, que escaparía al objeto del testimonio y que corresponde a la prueba de peritos; un médico puede ser un testigo

³²⁰ SCARDACCIONE, Aurelio, *Le prove*, Torino, 1965, núm. 79.

fehaciente de que una persona, en ciertos días, presentaba síntomas observados por él, de determinada enfermedad y de los efectos que entonces producía esa enfermedad, pero sobre las causas que la produjeron y que no percibió, sólo puede opinar como perito.

Como se puede apreciar en los ejemplos anteriores, el testimonio técnico no es solamente posible, sino en muchas ocasiones conveniente o indispensable para probar por ese medio un hecho determinado, sin necesidad de recurrir al dictamen de peritos, como las causas de la muerte de una persona que fueron conocidas por la observación directa de un médico o la clase de enfermedad que padeció y la calidad de grave para excusar el incumplimiento de una citación a absolver interrogatorio o para pedir una restitución de términos, o para estar imposibilitado para ejecutar actos conscientes de voluntad en esos momentos. Esa calidad de técnico o científico del testigo indudablemente da más fe en esos casos, porque sus conocimientos especiales forman parte de la llamada razón de la ciencia del dicho y le dan mayor credibilidad a la narración. Se trata de una modalidad que, lejos de desvirtuar su naturaleza, le otorga un mejor fundamento a su valor probatorio, siempre que los conocimientos técnicos capaciten al testigo para una mejor percepción o un mejor conocimiento de los hechos, lo mismo que para su descripción más adecuada, sea que utilice o no un lenguaje técnico para esto. Por estas razones no hace falta ley que los acepte.

Si el testigo no es un experto en la materia y sin embargo utiliza un lenguaje técnico o emite juicios técnicos, se tratará de testimonio mientras se limite a describir lo percibido por él y no emita juicio de valor; pero el mérito probatorio de su testimonio será menor, precisamente porque tal circunstancia le resta credibilidad a sus afirmaciones.

Admiten el testimonio técnico, entre otros, Alsina, Prieto Castro, Profeta, Carnelutti, Florian, Gorphe, Denti³²¹.

³²¹ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 26, 27 y 30, nota 223; *Rivista di diritto processuale*, 1929, I, ps. 176 y 159; *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. II, núm. 288; FLORIAN, *La prueba penal*, Bogotá, 1967, núm. 172; GORPHE, *Crítica del testimonio*, Madrid, 1962, ps. 149-152; DENTI, *Testimonianza tecnica*, en *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 18; ALSINA, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, ps. 394 y 351-352.

170. Características del testimonio de terceros

El testimonio, como hecho o acto jurídico, da indefectiblemente a quien lo escuche o lea, la idea de otro hecho: el que constituye su objeto; es, pues, siempre una declaración representativa y un medio de representación personal o subjetiva³²².

El testimonio puede ser también objeto de prueba, por ejemplo, cuando se reconstruye un proceso o se investiga el delito de falsedad o de perjurio de un testigo, y entonces, como también lo enseña Carnelutti, funciona, no como hecho representativo, sino como hecho por probar o como indicio de la presencia del testigo en el lugar donde declaró. Pero esto no significa que pierda su condición de hecho representativo en cuanto a su propio contenido.

El testimonio es un medio de prueba, que forma parte del grupo de las indirectas, personales e históricas.

Es prueba indirecta, en el sentido de que no se identifica con el hecho por probar, que es su objeto, por lo cual el juez llega a conocimiento de éste de manera mediata a través de la narración del testigo, de la cual lo induce, y no directamente o en forma inmediata por su propia percepción, porque él percibe únicamente el testimonio (primera acepción del concepto de prueba directa o indirecta, véase núm. 117).

Es prueba histórica, porque con ella se reconstruyen o reproducen hechos pasados o que todavía subsisten, pero cuya existencia data desde antes de producirse el testimonio, como antes lo explicamos, y representa una experiencia del sujeto que declara. También este carácter de prueba histórica es indiscutible, por corresponder a la función representativa que en el proceso desempeña³²³.

Como el testimonio es una declaración consciente de una persona, es un acto jurídico y no un simple hecho jurídico.

³²² CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 21, 22 y 26; SILVA MELERO, ob. cit., p. 213; GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, ps. 12 y ss.; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, 1961, p. 154; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 189.

³²³ GENTILE, Francesco Silvio, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 283; SCARDACCIONE, *Le prove cit.*, p. 211; DENTI, Vittorio, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Universidad de Pavia, 1959, núm. 23, p. 92.

171. Testimonio de terceros y confesión

Cuando la declaración provenga de quien no es parte (principal o secundaria, inicial o interviniente) en el proceso en donde ocurre o se presenta como prueba, o de quien sea parte si no resulta en ese proceso desfavorable a quien la hace o favorable a su adversario, existirá un testimonio (en sentido general y amplio). Igualmente, el carácter desfavorable del hecho declarado no es por sí solo determinante de la confesión, porque si el declarante no es parte en el proceso donde se aduce como prueba, se tratará de un testimonio. Solamente en un sentido estricto y limitado se restringe la noción de testimonio a la declaración de quien no es parte en el proceso en que se presenta o se rinda.

No es posible identificar las nociones de declaración procesal y de testimonio, pues también la confesión es una declaración procesal; pero no toda declaración procesal es testimonio ni es confesión, porque algunas veces será lo primero y otras, lo segundo. Existen también declaraciones fuera del proceso, no destinadas a producir efectos procesales, que no constituyen testimonio, pero que pueden ser confesiones extrajudiciales. Es decir, la declaración procesal es el género; el testimonio y la confesión son las especies.

172. Transformación del testimonio de terceros en confesión y viceversa

Una confesión judicial provocada y rendida bajo juramento puede convertirse en testimonio judicial cuando se aduce como prueba en otro proceso en que no es parte el confesante, pero para hacerlo valer contra un tercero que no fue tampoco parte en el primer proceso, se necesita la ratificación. Por ejemplo: el interrogatorio absuelto por A en un proceso tramitado entre éste y B, será un testimonio no controvertido y ratificable en otro proceso entre C y D, o entre B y un tercero cuando quien lo aduce es aquél; pero será un testimonio judicial controvertido, que no necesita ratificación, si se aduce contra B en otro proceso que éste siga con un tercero.

Un testimonio judicial puede convertirse en confesión judicial, si es trasladado a otro proceso seguido con ese testigo, en el cual el hecho declarado resulta perjudicial a éste o favorable a la parte contraria.

173. Naturaleza jurídica del testimonio de terceros

Mucho hemos adelantado sobre este tema, en los números anteriores. Contemplamos aquí el testimonio en su acepción restringida, separado de la confesión. Sus características son:

- a) Es un acto jurídico, conscientemente ejecutado;
- b) es un acto procesal;
- c) es un medio de prueba judicial;
- d) es una prueba indirecta, personal, representativa e histórica;
- e) consiste en una narración de hechos, entendidos éstos en la forma amplia que expusimos al estudiar el objeto de la prueba en general, y
- f) es una declaración específica (una especie del género amplio de las declaraciones), de simple ciencia (son pertinentes para el testimonio las razones aducidas para negarle a la confesión judicial el carácter de acto de voluntad, pero tienen todavía mayor fuerza)³²⁴.

La declaración de verdad es un acto puramente declarativo, en cuanto no persigue determinados efectos jurídicos (no es renuncia o adquisición u otorgamiento de un derecho, ni persigue la extinción de una obligación y ni siquiera otorgar una prueba), sino que consiste en la simple exposición de la verdad respecto a ciertos hechos. Por este aspecto podría suponerse que el testimonio es una declaración de verdad. Pero para rechazar esta conclusión basta pensar en que ésta implica la exclusión de toda posibilidad de error y de falsedad en la declaración del testigo. Luego, es una simple declaración de ciencia.

174. Nuestra definición

Podemos entonces formular la siguiente definición: en sentido estricto, *testimonio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza.*

³²⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Declaración de parte y confesión*, en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, Madrid, 1966, núm. IV, y *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Zavallá, Buenos Aires, núm. 195.

Los demás requisitos lo son para la validez y la eficacia probatoria del testimonio, y no para su existencia (véanse núms. 187-189).

175. Naturaleza jurídica de la declaración extraprocesal de terceros

Las declaraciones hechas por terceros fuera de procesos y de diligencias procesales previas, en las cuales se relatan hechos con el fin de que otras personas los conozcan, son actos extraprocesales, aunque no sustanciales; por lo demás, tienen la misma naturaleza de simple declaración de ciencia o conocimiento, que le corresponde al testimonio judicial (véase núm. 173).

Por otra parte, sólo en un sentido muy amplio puede calificarse de testimonio el acto por el cual una persona declara extraprocesalmente lo que sabe de un hecho cualquiera, como cuando el padre de familia adelanta una investigación privada sobre la conducta de su hijo y oye las declaraciones que sobre el particular le hacen sus otros hijos u otras personas. En estricto sentido, es testimonio únicamente el que se rinde a un juez en proceso o en diligencias procesales³²⁵. Sin embargo, en ciertos procedimientos administrativos es posible que la ley autorice al funcionario para recibir declaraciones con fines de prueba, lo mismo que en los llamados procesos de policía; se tratará entonces de verdaderos testimonios de naturaleza procesal, aunque no puedan ser calificados de judiciales.

176. Quién es testigo y en qué momento se adquiere esta calidad

Suele decirse que la palabra testigo viene de la latina *testis*, que designa a la persona que da fe, o de *testando*, que quiere decir narrar o referir.

Para la gran mayoría de los autores, la noción de testigo tiene un sentido estricto y restringido: comprende únicamente a quienes son llamados a rendir testimonio en un proceso en que no son partes principales ni secundarias o transitorias, en el momento de hacerlo³²⁶. Sin

³²⁵ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 32, p. 152.

³²⁶ ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 388-389; PONTES DE MIRANDA, *Co-*

embargo, Carnelutti habla de testigo en sentido amplio, para abarcar a la parte y al tercero, y de testigo en sentido estricto, para excluir a la parte³²⁷. Nosotros preferimos hablar de dos clases de declaraciones judiciales: la del testigo y la de las partes, e inclusive de dos clases de testimonios: de parte y de terceros; pero reservamos la denominación de testigos a éstos.

Muy conocidas son las máximas romanas: *nemo idoneus testis in re sua intelligitur*, *nemo testis in re sua auditur*, *nemo in propria causa testis esse debet* y *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*.

Significan que nadie puede tener la calidad procesal de testigo en su propia causa; pero, como varias veces lo hemos dicho, en el derecho moderno es corriente hablar de testimonio de parte, en sentido amplio, y de confesión únicamente cuando de tal testimonio se deducen hechos desfavorables al declarante³²⁸ (o favorables a la parte contraria, agregamos nosotros). Sin embargo, se continúa separando la calidad procesal de testigo y de parte en el proceso civil o laboral (en el penal se admite el testimonio de la parte civil, en algunas legislaciones).

La calidad procesal de testigo se adquiere desde el momento en que el juez dicta la providencia que ordena la recepción del testimonio, sea oficiosamente o a solicitud de parte³²⁹, y en el proceso penal también cuando una persona se presenta espontáneamente a declarar y el investigador o el juez la acepta como tal. Una vez citado para este fin, adquiere el deber especial de testimoniar y el derecho a gozar de cierta protección policial en los procesos penales, cuando se tema que puede ser víctima de atentados.

Cuando en el lenguaje ordinario se dice que existen testigos que no han sido llamados a declarar en un proceso civil o penal, en realidad se trata de personas que no han sido citadas como testigos en esc

mentarios ao Código do Processo Civil, Río de Janeiro, 1958, t. III, p. 383; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1959, t. III, p. 138; GUASP, *Derecho procesal civil*, 1962, p. 375; SCARDACCIONE, *Le prove*, ed. cit., p. 212; COUTURE, *Estudios cit.*, t. II, p. 189; etc.

³²⁷ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 32, ps. 150-151.

³²⁸ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 85, 98-99, 232-239.

³²⁹ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 117.

proceso y que podrían serlo; pero mientras no se produzca esa citación son apenas posibles testigos, pero no tienen la calidad procesal de tales.

Si la providencia que dispone recibir el testimonio es revocada o anulada, o si, en el proceso civil, la parte que solicitó la prueba desiste de ella antes de su recepción y el juez no la decreta de oficio, el tercero pierde su condición de testigo. Una vez rendida la declaración no puede renunciarse a la prueba, y, por lo tanto, ya la calidad de testigo no se pierde por voluntad de la parte que lo adujo.

El concepto de testigo privado nos parece inaceptable en el campo del derecho procesal, aun cuando se use en el lenguaje común. Existen los llamados testigos instrumentales, de documentos públicos o privados, que son estructuralmente diferentes y actúan fuera del proceso, pero que se convierten en testigos judiciales cuando concurren al proceso a declarar sobre la autenticidad del documento y de las firmas que en él aparecen (véase núm. 182).

Las personas que hacen declaraciones en investigaciones privadas e inclusive a detectives o agentes de la policía en ejercicio de sus funciones, no tienen el carácter procesal de testigos³³⁰; pero sí cuando se trate de policía judicial aunque esto debiera prohibirse.

Es un error exigir que el testigo tenga conocimiento de los hechos fuera del proceso o antes de él, para que exista testimonio³³¹. Es una modalidad que no afecta su naturaleza.

176)a. Ver núm. 194)a.

177. El deber jurídico de testificar

Existe un deber para con el Estado de rendir testimonio sobre el conocimiento que se tenga sobre los hechos que interesan a cualquier proceso.

Se trata de un verdadero deber jurídico, porque existe coercibilidad para su cumplimiento mediante sanciones, puede emplearse la fuerza

³³⁰ CARNELUTTI, *cita anterior*, ob. cit., t. II, núm. 141; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1934, t. I, p. 456; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, p. 207.

³³¹ SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 208.

para obtener la comparecencia del testigo y su incumplimiento constituye un ilícito.

Examinaremos a continuación sus diversos aspectos:

a) *Naturaleza*. Es un deber de derecho público hacia el Estado³³².

b) *Sujetos de este deber*. El deber de testimoniar recae sobre todas las personas que están sometidas a la jurisdicción nacional, es decir, quienes se encuentren en el territorio del Estado, sean nacionales o extranjeras (éstas, inclusive si son transeúntes, mientras permanezcan en el país).

177.b)a. Ver núm. 194)a.

c) *Efectividad o coercibilidad del deber de testimoniar*. El deber de testimoniar está garantizado, precisamente, por sanciones, que el Estado consagra en la ley procesal y que pueden ser de varias clases:

- 1) Multas sucesivas por el desobedecimiento de cada citación;
- 2) penas privativas de la libertad o el arresto disciplinario, por el desacato al juez, y
- 3) una combinación de las primeras y las segundas, bien sean acumuladas o sucesivamente, imponiendo el arresto en caso de reincidencia.

A las anteriores sanciones se agrega un medio coercitivo eficaz, que consiste en la conducción por la fuerza del testigo renuente al despacho del juez, que es una aplicación del principio general de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba, en virtud del cual los documentos, las cosas y las personas deben ponerse a disposición del juez si son necesarios para verificar los hechos del proceso (véase núm. 13); pero una vez en presencia del juez, el testigo debe gozar de absoluta libertad para contestar el interrogatorio sin violencia alguna, ni el empleo de drogas ni otros medios de coacción psicológica o moral, salvo la aplicación de multas o inclusive de arresto para el

³³² FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 39, 63 y 65, y GLASSER: FITTING; ALIMENA; ALBERICI; ULLMAN; WALLTERG y MAYER, citas de FLORIAN; LIEBMAN, *Manuale de diritto processuale civile*, Milano, 1959, t. I, p. 168; REIMUNDÍN, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 334; GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 378.

caso de negarse a responder o de hacerlo en forma evasiva (véase núm. 188).

177.c)a. Cuando el testigo no comparece a la audiencia señalada a efectos de tomarle declaración, puede ser que su ausencia sea:

1) Con causa justificada (siquiera sumariamente dentro de un breve plazo que se determina en cada código): se lo exonera de sanción y se señala nueva audiencia para oírlo: COL, 225; COS, 310; PAR, 184; URU, 386; VEN, 361; ESP, 654.

2) Sin causa justificada: además de convocarlo para otra audiencia (GUA, 147), se le impone multa (ARG [NAC, 436; BUE, 434]; BOL, 456; COL, 225; ECU, 244; PAR, 183; sin admitir excusa no alegada antes de la hora de la audiencia; de no concurrir a la segunda, señalada en defecto de aquella, se le impone duplo de la multa y es llevado por la fuerza pública; VEN, 357); o se lo conduce por la fuerza pública (ARG [NAC, 436; BUE, 434; CBA, 287]; BOL, 456; BRA, 412; COL, 225; COS, 310 y 323; ECU, 244; PAR, 183; ESP, 643), deteniéndoselo hasta que declare (CHI, 380; URU, 382).

d) *Objeto*. Es el conocimiento que sobre los hechos tiene el testigo, en razón de sus percepciones, juicios y deducciones, y no esos hechos que son objeto del testimonio; deber que se descompone en sus aspectos formal y sustancial que en el punto siguiente explicaremos³³³.

e) *Contenido o extensión del deber de testimoniar*. El deber de testimoniar se descompone en:

- 1) Deber de comparecer, a menos que por motivos de salud o de dignidad del cargo que se desempeñe, la ley lo autorice a declarar en su propia casa u oficina o por escrito;
- 2) deber de prestar el juramento, si la ley lo exige, como sucede en nuestros procesos de toda clase;
- 3) deber de someterse a cualquier otra formalidad establecida en la ley;
- 4) deber de responder al interrogatorio, sin evasivas y en forma clara;

³³³ FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 101, 101 bis y 139.

- 5) deber de decirle al juez lo que el testigo considere que es la verdad;
- 6) deber de comunicarle al juez todo lo que sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio, inclusive los juicios y deducciones que tenga sobre tales hechos y que sean necesarios para determinarlos o para aclarar y precisar la narración;
- 7) deber de prestar la persona física del testigo para ser fotografiada o examinada e inspeccionada, por ejemplo, para establecer una lesión que afirme haber recibido o sus capacidades visuales o auditivas, o sus condiciones psíquicas mediante el concepto de psiquiatras o psicólogos, y
- 8) deber de prestar los documentos y las cosas que tenga en su poder y que se relacionen con el objeto de su testimonio, a menos que gocen de reserva legal, pues en el último caso la exhibición debe ser voluntaria³³⁴.

Los cuatro primeros corresponden al aspecto formal y los cuatro últimos al aspecto sustancial del deber de testimoniar.

f) *El especial requisito del juramento*. Como una garantía de la veracidad del testimonio, se suele exigir el requisito del juramento previo: es un requisito formal para el debido cumplimiento del aspecto sustancial o de fondo de declarar todo lo que se sabe y nada más que esto, tal como cree que es la verdad.

En el derecho contemporáneo se rechaza la inclusión de fórmulas religiosas en el juramento de los testigos, porque debe respetarse la libertad de conciencia y, además, la finalidad coercitiva no se modifica, pues se basa en la sanción penal por el perjurio y en la fuerza moral del acto más que en las creencias religiosas del testigo.

Hay que distinguir la declaración falsa de la equivocada. Ésta no implica perjurio, cualquiera que sea su causa e inclusive cuando signifique una crasa ignorancia o un descuido inexcusable³³⁵. La buena fe del testigo debe presumirse, pero no la verdad de su declaración, es decir, la correspondencia de lo narrado con la realidad, porque lo

³³⁴ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 36 y 126 a 139; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale de diritto processuale civile*, ed. cit., t. II, ps. 168-169; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, p. 210.

³³⁵ FLORIAN, ob. cit., núm. 101 bis.

- 5) deber de decirle al juez lo que el testigo considere que es la verdad;
- 6) deber de comunicarle al juez todo lo que sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio, inclusive los juicios y deducciones que tenga sobre tales hechos y que sean necesarios para determinarlos o para aclarar y precisar la narración;
- 7) deber de prestar la persona física del testigo para ser fotografiada o examinada e inspeccionada, por ejemplo, para establecer una lesión que afirme haber recibido o sus capacidades visuales o auditivas, o sus condiciones psíquicas mediante el concepto de psiquiatras o psicólogos, y
- 8) deber de prestar los documentos y las cosas que tenga en su poder y que se relacionen con el objeto de su testimonio, a menos que gocen de reserva legal, pues en el último caso la exhibición debe ser voluntaria³³⁴.

Los cuatro primeros corresponden al aspecto formal y los cuatro últimos al aspecto sustancial del deber de testimoniar.

f) *El especial requisito del juramento*. Como una garantía de la veracidad del testimonio, se suele exigir el requisito del juramento previo: es un requisito formal para el debido cumplimiento del aspecto sustancial o de fondo de declarar todo lo que se sabe y nada más que esto, tal como cree que es la verdad.

En el derecho contemporáneo se rechaza la inclusión de fórmulas religiosas en el juramento de los testigos, porque debe respetarse la libertad de conciencia y, además, la finalidad coercitiva no se modifica, pues se basa en la sanción penal por el perjurio y en la fuerza moral del acto más que en las creencias religiosas del testigo.

Hay que distinguir la declaración falsa de la equivocada. Ésta no implica perjurio, cualquiera que sea su causa e inclusive cuando signifique una crasa ignorancia o un descuido inexcusable³³⁵. La buena fe del testigo debe presumirse, pero no la verdad de su declaración, es decir, la correspondencia de lo narrado con la realidad, porque lo

³³⁴ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 36 y 126 a 139; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale de diritto processuale civile*, ed. cit., t. II, ps. 168-169; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, p. 210.

³³⁵ FLORIAN, ob. cit., núm. 101 bis.

último depende de circunstancias objetivas y subjetivas, como más adelante veremos.

Cuando la ley exige la formalidad del juramento, como sucede en Colombia, el juez no puede excusarla ni las partes pueden renunciar a ella, porque se considera que el juramento garantiza el deber de veracidad.

No puede exigirse juramento a las personas que por su poca edad y falta de maduración mental no pueden apreciar las responsabilidades del acto, ni a los incapaces por otras causas, naturalmente, si no pueden declarar, tampoco se les puede exigir juramento.

El artículo 227 del Código de Procedimiento Civil colombiano dice, con buen acierto, que el juez exige al testigo "juramento de decir lo que le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndole sobre la responsabilidad penal en que incurra quien jura en falso". No se exige juramento ante Dios ni fórmula alguna de contenido religioso.

177.f)a. Ver núm. 205)a.

g) *Momento en que surge el deber de testimoniar.* En el proceso civil o laboral, mientras no se cumpla la citación para el acto, no se hace exigible el deber de testimoniar ni puede hablarse de incumplimiento o de rebeldía; en el proceso penal, en cambio, la ley impone el deber de presentarse a declarar ante la autoridad competente, desde el momento en que se tiene conocimiento de un ilícito y sin necesidad de una previa citación.

178. Excepciones al deber de testimoniar

No obstante que el deber de testimoniar tiene carácter general, como en el número anterior lo vimos, hay algunas excepciones respecto de ciertas personas que contemplan los diversos aspectos de dicho deber (de comparecer o de declarar), salvo el de veracidad que nunca puede ser excusado si se rinde declaración. Toda excepción al deber de declarar necesita expresa consagración en la ley.

a) *Por la dignidad del cargo.* Entre las causas objetivas que excusan la comparecencia al despacho del juez, pero no el deber de testimoniar,

está la dignidad de ciertos cargos, quienquiera fuere la persona que los desempeñe. Esta excusa es renunciable.

178.a)a. Muchas y diferentes son las excepciones al deber de comparecer ante el juez para prestar testimonio, fundadas todas en impedimentos físicos o en razones funcionales o jerárquicas. Obviamente este derecho es renunciable por el testigo, quien puede siempre comparecer personal y espontáneamente (GUA, 154).

Dichas excepciones son:

1) Presidente de la República: ARG (NAC, 455; BUE, 455; SFE, 215); BOL, 449; BRA, 411; COL, 222; COS, 312; CHI, 361; ECU, 247; GUA, 154; MEX, 359; PAR, 203; PER, 484; URU, 396; VEN, 360.

2) Vicepresidente de la República: ARG (NAC, 455; BUE, 455); BOL, 449; BRA, 411; ECU, 247; PAR, 203.

3) Ministros del Poder Ejecutivo: ARG (NAC, 455; BUE, 455; CBA, 306; SFE, 215); BOL, 449; BRA, 411; COL, 222; COS, 312; CHI, 361; ECU, 247; GUA, 154; MEX, 359; PAR, 203; URU, 396.

4) Secretario General de la Administración: ECU, 247.

5) Secretarios y Subsecretarios de Gobierno: ARG (NAC, 455; BUE, 455); GUA, 154.

6) Consejeros de Estado: COL, 222.

7) Procurador General de la República: BRA, 411.

8) Jefes de Oficina de la Administración Pública: ARG (NAC, 455; BUE, 455 –librado al criterio del juez–); PAR, 203.

9) Gobernadores o Presidentes de Estado: ARG (NAC, 455; BUE, 455; SFE, 215); BRA, 411; COL, 222; COS, 312; CHI, 361; ECU, 247 (Prefectos); VEN, 360.

10) Intendentes Municipales: ARG (NAC, 455; BUE, 455; SFE, 215); CHI, 361; ECU, 247 (Alcaldes); MEX, 359.

11) Jefes Políticos: URU, 396.

12) Senadores: ARG (NAC, 455; BUE, 455; SFE, 215); BOL, 449 (sólo el Presidente del Senado); BRA, 411; COL, 222; CHI, 361; MEX, 359; PAR, 203; URU, 396; VEN, 360 (sólo activos y durante el lapso de inmunidad).

13) Diputados o Representantes: ARG (NAC, 455; BUE, 455,

SFE, 215); BOL, 449 (sólo el Presidente); BRA, 411; COL, 222; COS, 312 (sólo estando en sesiones); CHI, 361; ECU, 247; MEX, 359; PAR, 203; URU, 396; VEN, 360 (sólo activos y durante el lapso de inmunidad).

14) Magistrados y Jueces: ARG (NAC, 455; BUE, 455; CBA, 306; SFE, 215); BOL, 449; BRA, 411; COL, 222; COS, 312; CHI, 361; ECU, 247; GUA, 154; MEX, 359; PAR, 203; URU, 396; VEN, 360.

15) Fiscales: ARG (NAC, 455; BUE, 455); BOL, 449; COL, 222; CHI, 361; URU, 396.

16) Miembros del Supremo Tribunal Militar: BRA, 411.

17) Miembros del Tribunal Superior Electoral: BRA, 411.

18) Arzobispos y Obispos: ARG (NAC, 455; BUE, 455 –sólo Obispos–; CBA, 306; SFE, 215); BOL, 449 (sólo Arzobispos); COL, 222; COS, 312; CHI, 361; ECU, 247 (añade “Cardenales”); PAR, 203 (refiere a prelados); PER, 484 (sólo dentro de sus respectivas diócesis); URU, 396 (refiere a prelados); VEN, 360.

19) Párrocos: CHI, 361 (dentro de la parroquia); PAR, 203 (clero en general).

20) Religiosos y novicios: CHI, 361.

21) Agentes diplomáticos nacionales: COL, 222; ECU, 247.

22) Agentes diplomáticos extranjeros: ARG (NAC, 455; BUE, 455); BOL, 449; BRA, 411 (sólo en caso de países que tengan reciprocidad); COL, 223 (y de persona de su comitiva o familia); CHI, 361; GUA, 153 (no se extiende la excepción a los miembros del cuerpo consular); PER, 485; VEN, 360.

23) Rectores de Universidades: ARG (NAC, 455 y BUE, 455: de Universidades nacionales solamente); ECU, 247.

24) Gerentes generales de algunos Bancos oficiales: ARG (NAC, 455; BUE, 455: directores); ECU, 247.

25) Militares: ARG (NAC, 455 y BUE, 455: sólo oficiales superiores); BOL, 449 (sólo el Comandante de las Fuerzas Armadas); CHI, 361 y ECU, 247 (sólo Generales); COS, 312 y MEX, 359 (sólo Generales con mando); VEN, 360 (sólo Jefes militares con mando de armas); ARG (CBA, 306; SFE, 215) y PAR, 203 (militares desde el Grado de Coronel); URU, 396 (idem, sólo que en servicio activo).

26) Enfermos: CHI, 361.

27) Mujeres, siempre que por estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia: CHI, 361.

Todos ellos declaran:

a) Mediante informe escrito (BOL, 449; CHI, 362; ECU, 247; MEX, 359; PAR, 203; PER, 485 —sólo los diplomáticos—) efectuado bajo juramento y dentro del plazo fijado al efecto por el juez (BOL, 449; CHI, 362; ECU, 247) salvo casos urgentes (MEX, 359). En estos casos la parte contraria a la oferente de la prueba puede presentar su pliego de preguntas (BOL, 449).

b) Oralmente, en el lugar de residencia o de cumplimiento de la función (BRA, 411; COS, 312; PER, 483; VEN, 360). En CHI, 362, los jueces no pueden declarar sin permiso del Superior.

b) *Por enfermedad o impedimento físico.* Es una excusa únicamente para comparecer al despacho del juez, que a diferencia de la anterior, no necesita expresa consagración en la ley, porque para el testigo representa una fuerza mayor.

178.b)a. Si el testigo no comparece a la audiencia señalada, puede justificar su ausencia:

a) Por enfermedad o impedimento demostrado *antes* de la audiencia: ARG (NAC, 436; BUE, 434); BOL, 453.

b) Por ser nula la citación: ARG (NAC, 435; BUE, 433); PAR, 186; URU, 383.

c) Por no haberse respetado el intervalo previsto entre la fecha de notificación y la de la audiencia: ARG (NAC, 435; BUE, 433); PAR, 186; URU, 383 (salvo caso de urgencia).

Si el testigo se halla impedido de comparecer por enfermedad comprobada, el juez debe concurrir a donde se encuentre a efectos de interrogarlo allí: ARG (NAC, 436: va el Secretario; BUE, 434; SFE, 214); BOL, 450; COL, 220; COS, 312; ECU, 246: “los gastos de traslación del personal del juzgado serán de cargo de quien solicitó la prueba”; GUA, 155; MEX, 358; PAR, 200 (va el Secretario); PER, 483; VEN, 354; ESP, 655.

Si es anciano (algunos CPC exigen más de sesenta años en tanto que otros más de setenta) el juez se traslada también al lugar donde se encuentra: MEX, 358; PER, 483; URU, 387; ESP, 655.

c) *Por el lugar de la residencia del testigo.* Cuando una persona

no está obligada a comparecer al despacho del juez, no obstante residir en el lugar del proceso, obviamente tampoco puede estarlo para viajar a otra ciudad o población para rendir el testimonio que se le haya pedido. Las demás personas tampoco están obligadas, en principio, a viajar a otro lugar, salvo que la ley procesal lo exija (lo cual es conveniente), y entonces se libra despacho al juez de su residencia para que declaren allí, con iguales formalidades. Sin embargo, conviene autorizar (como ocurre en Colombia en los procesos civiles y laborales), para que la parte que pide la prueba o la contraria, soliciten al juez que ordene recibir la declaración en su despacho, cuando se trate de personas residentes en otro lugar del país, pagando el costo.

Las personas residentes en otro país no pueden ser obligadas en ningún caso a venir a Colombia para prestar testimonio (los arts. 5º y 193, C. de P. C. y 246, C. de P. P., regulan este caso); declaran ante los jueces locales o ante un agente diplomático de Colombia. El acta debe ser autenticada como los documentos otorgados en el exterior (art. 259, C. de P. P.). Si se recibe ante autoridad extranjera, sus formalidades se rigen por la ley local, pero su autenticación por el artículo 259.

178.c)a. Si el testigo reside fuera de la ciudad asiento del tribunal que lo solicitó, debe comparecer ante él si su domicilio se halla dentro de la competencia territorial de aquél (ARG, SFE, 206) o dentro de un cierto radio establecido en cada caso (ARG, NAC, 426: 70 Km.) o si se le abonan los gastos de traslado, etcétera (ARG, CBA, 291; COL, 231; ECU, 248).

Caso contrario, declara ante el tribunal que corresponda a su domicilio (CHI, 371; GUA, 156). A este efecto, se acompaña pliego en el acto de ofrecimiento (ESP, 656) y se autoriza a alguna persona para diligenciar la rogatoria del caso: ARG (NAC, 453 y BUE, 451 —exigen que sean abogados o procuradores de la matrícula del tribunal requerido—; CBA, 291); COS, 313; CHI, 371; PAR, 202; PER, 488.

Obviamente, las partes pueden asistir al acto e interrogar al testigo (ARG, SFE, 205), teniendo el juez exhortado las más amplias facultades (COS, 313; ECU, 240; PER, 489) salvo en ARG, SFE, 100.

d) Por incapacidad: Es apenas natural que los incapaces estén

eximidos de comparecer y de testimoniar, puesto que su declaración carece de valor.

La regla general en lo civil es la habilidad para el testimonio, de toda persona mayor de doce años; la inhabilidad es la excepción, limitada a los casos acabados de mencionar. En lo penal no hay límite de edad y el juez aprecia la capacidad del impúber. Más adelante volveremos sobre estas inhabilidades (véase núm. 194).

178.d)a. Ver núm. 194)a.

e) *Por el carácter perjudicial de la declaración para quien la hace o para ciertos parientes suyos.* Se refiere al deber de declarar, pero no al de comparecer; por tanto, la persona citada debe presentarse ante el juez, y, una vez que se le formule el interrogatorio, puede alegar estas excusas para abstenerse de responder las preguntas que estén en el caso que la norma contempla.

El parentesco hace presumir sospechoso el testimonio, pero no impide recibirlo; si se alega surge la excusa legal para no testimoniar. En el proceso penal, correccional o de policía no existe impedimento por este motivo, pero no puede obligarse a los parientes del sindicado o imputado que declaren contra éste, dentro del grado civil de consanguinidad o de afinidad que señale la ley.

f) *Por razón del secreto profesional.* Este tema del secreto profesional fue examinado cuando tratamos de las pruebas ilícitas.

El secreto se extiende a varias actividades: 1º) abogados, consejeros técnicos, contadores (creemos que también los notarios); 2º) médicos, farmacéuticos, enfermeros y laboratoristas; 3º) confesores religiosos y directores de conciencia o consejeros espirituales, si son ministros de cualquier culto.

178.f)a. Ver núm. 194)a.

g) *En virtud del carácter de juez de la causa.* Es natural que el juez no puede ser testigo en la causa que juzga; para deponer como tal debe declararse impedido y hacerlo ante el juez que lo sustituya.

179. La remuneración o indemnización al testigo

Como el deber jurídico de testimoniar no puede conducir a que el testigo asuma los gastos que su cumplimiento le traiga, en las legislaciones suele incluirse alguna norma que les otorga derecho a recibir una remuneración o indemnización por el tiempo empleado y que les permite atender al transporte y alojamiento cuando deben viajar a otra ciudad. Esto se justifica cuando el testigo es pobre o de escasos recursos, y en los procesos civiles y laborales, debe pagarlos la parte que pide el testimonio³³⁶. Al testigo llamado oficiosamente por el juez lo debe remunerar el Estado.

Cuando la ley procesal autorice a la parte contraria pedir que el testigo residente en otro lugar se traslade a la sede del juez, debe consignar previamente la suma que éste señale para transporte, hotel y permanencia.

179)a. Aunque el testimonio es un servicio público (BRA, 419) y, por ello, no pierde su derecho a remuneración el asalariado que deja su tarea habitual para concurrir al tribunal que lo citó (BRA, 419), todo testigo tiene derecho a solicitar del juez de la causa (COL, 221; BRA, 419; COS, 311; CHI, 381; GUA, 158; PER, 486; ESP, 644), aun verbalmente (ARG, SFE, 219) y antes de declarar (VEN, 362) o hasta los quince días siguientes al de la audiencia respectiva (ESP, 644; CHI, 381, entiende renunciado este derecho si no se ejerce en el plazo de veinte días contados desde la fecha de la declaración), que la parte interesada (ESP, 644) lo indemnice según el tiempo que haya empleado en el transporte y la declaración (COL, 221, agrega que si el testigo necesitó trasladarse desde otro lugar, han de reconocérsele también los gastos de alojamiento y alimentación). ARG (SFE, 206) exige que el interesado consigne el importe indemnizatorio antes de la respectiva audiencia. Por supuesto, de no haber acuerdo de los interesados en cuanto al monto, es fijado por el juez sin forma de juicio y sin recurso alguno (CHI, 381), teniendo en cuenta las circunstancias del caso y ordenando apremiar a la parte para que lo abone como gasto del pleito.

³³⁶ GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 370; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 409-410; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 266; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 149.

180. Sujetos del testimonio

Puede hablarse correctamente de sujeto declarante y de sujeto destinatario del testimonio. Este último es el juez³³⁷.

181. Distintas clases de testimonios y de testigos

De lo expuesto en los números anteriores se deduce que existen varias clases de testimonios y de testigos.

a) Tomando el concepto en un sentido impropio, se habla de testigos procesales o judiciales y extraprocesales o extrajudiciales o privados, según que se trate de declaración procesal (en un proceso o en diligencia procesal previa para futura memoria), o de declaración hecha a particular. Entre quienes utilizan esta clasificación podemos citar a Carnelutti³³⁸. Por nuestra parte consideramos que los segundos no son verdaderos testimonios, ni sus autores verdaderos testigos en sentido procesal (véase núm. 175).

b) Desde un punto de vista amplio, pero rigurosamente procesal, puede hablarse de testimonio de parte y de terceros; en sentido estricto la noción de testimonio se limita al segundo. En cambio, la denominación de testigo debe limitarse al tercero que es citado para que declare en un proceso o en una diligencia procesal previa, en oposición al concepto de parte declarante. En el proceso penal se acepta el testimonio de la parte civil, pero es sospechoso de parcialidad.

182. Los llamados testigos instrumentales y actuarios extraprocesales, los actuarios procesales y los que firman a ruego

Existe una clase de testigos, no procesales, que intervienen en ciertos actos jurídicos extraprocesales, sean o no de carácter sustancial, como los matrimonios, la denuncia civil de nacimiento de personas, el otorgamiento de escrituras públicas y de documentos privados, cuya

³³⁷ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 32, ps. 151-152; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., 1962, p. 382.

³³⁸ CARNELUTTI, *Sistema*, t. II, núm. 288; *La prueba civil*, ed. cit., núm. 32, p. 152.

naturaleza jurídica es muy distinta de la de los testigos procesales que hemos estudiado hasta ahora y cuyas funciones también difieren, porque no son un medio de prueba sino una solemnidad.

En efecto, el testigo procesal es un órgano del proceso, un auxiliar de la justicia, y tiene por función suministrar una prueba informándole o narrándole al juez lo que cree que sabe de ciertos hechos. Los testigos instrumentales o actuarios son ajenos al proceso y desempeñan el exclusivo papel de dar fe con su presencia o su firma de que el acto extraprocesal ha sido celebrado, es decir, se agota en ese momento su actividad de testigos del acto y si posteriormente son llamados a declarar en un proceso sobre esa intervención, adquieren la nueva condición de testigos procesales; es en virtud de esta condición y no de aquélla como prestan el servicio informativo propio de todo testigo procesal.

Son instrumentales cuando intervienen como testigos presenciales de un acto documentado, sea escritura pública o documento privado como una solemnidad especial que la ley exige, para dar fe de su firma, pero no de su contenido o de las declaraciones consignadas en él. Son *actuarios* cuando concurren a una diligencia para dar fe de ella, y de que lo relatado en el acta respectiva corresponde a lo ocurrido y observado, como a la autopsia hecha por médicos legistas fuera de diligencia judicial, a la denuncia del nacimiento de una persona o a la celebración de un matrimonio. La circunstancia de que ese documento y esa acta puedan ser más tarde aducidos como prueba en un proceso, no le otorga carácter procesal al acto ni al testigo instrumental o actuario³³⁹.

Una especie de actuarios instrumentales la forman los llamados *testigos a ruego*, que suplen la firma del otorgante, cuando éste no puede o no sabe firmar, y en tal caso, si se trata de un documento público, el funcionario que interviene (notario, juez, alcalde, inspector de policía, etc.) da fe del mandato otorgado, para esa firma. Si el documento es privado, será necesario probar la autenticidad de la firma

³³⁹ LARRAÑAGA y DE PINA, *Derecho procesal civil*, México, 1954, p. 278; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 380; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 26 y 43; DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, pp. 191-192.

del testigo rogado y la veracidad del mandato que a éste le otorgó la persona por quien firma, para que se considere documento auténtico, bien sea por reconocimiento que el segundo haga ante un notario o juez o por confesión judicial del mismo; también puede probarse por testimonios, cuando se trate de proceso ejecutivo. La prueba del mandato es necesaria aun cuando se trate de un instrumento que goce de presunción de ser auténticas las firmas que en él aparecen, como una letra de cambio o un pagaré o cheque, porque esa presunción no se extiende al mandato para firmar a nombre del aceptante, girador o endosante.

Existen los llamados testigos procesales de abono, que con su declaración suplen la ratificación del testimonio de quien falleció después de rendirlo. Sobre la ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso, se contemplan los supuestos en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

182)a. Ver núm. 209)a.

183. El testimonio de oídas, sobre hechos antiguos, la fama pública y el rumor público

Cuando lo que se relata no es el hecho que se investiga o se pretende demostrar, sino la narración que sobre éste han hecho otras personas, el testimonio se llama de oídas o *ex auditu*. Objeto de estos testimonios es la percepción que *ex auditu* tuvo el testigo, es decir, el hecho de la narración oída, y no el hecho narrado por esos terceros. Pueden tener diferentes grados, según que el testigo narre lo que personalmente oyó o lo que otra persona le dijo haber oído a una tercera persona, y así sucesivamente. En este sentido se habla de testimonios *ex auditu proprio* y *ex auditu alieno* o *auditu auditus*.

No deben desecharse en forma absoluta los testimonios de oídas, porque no siempre es posible tener la prueba original, sea de testigos que hayan percibido los hechos o de confesión o de la percepción directa del juez mediante las inspecciones judiciales o de documentos emanados de las partes, y entonces puede ser útil recurrir a aquellos testimonios, no obstante su escaso mérito probatorio, como elementos complementarios. Pero cuando existen esos otros medios se debe pro-

curar su recepción, en vez de la de testimonios de oídas³⁴⁰. Suelen ser necesarios para la prueba de la fama y el rumor públicos.

183)a. Ver núm. 209)a.

184. Fundamento del mérito probatorio del testimonio

En este punto examinaremos cuáles son las razones para que judicialmente se le otorgue valor y fe al testimonio de terceros, como medio de prueba de los hechos controvertidos o investigados en un proceso, es decir, como medio apto para formar el convencimiento del juez sobre tales hechos.

No creemos que exista en realidad una propensión natural a decir la verdad, como algunos opinan³⁴¹, ni que deba presumirse de manera general y abstracta; sino una mayor probabilidad de que haya buena fe, cuando se declara judicialmente, si el testigo es capaz y no tiene antecedentes de perversión, deshonestidad o falso testimonio, en razón de la solemnidad del acto, la responsabilidad que implica, el sentido de honor y honradez que frecuentemente existe, el temor a la sanción del perjuicio y la ausencia de circunstancias que hagan sospechosa la declaración (como parentesco, amistad íntima o enemistad con una de las partes e interés económico en la suerte del proceso). En esas condiciones es lógico presumir la sinceridad del testigo, si por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que expone, aparece que pudo tener conocimiento de los hechos que narra.

Es decir, no es una presunción general y abstracta de sinceridad, sino particular y concreta, porque depende de que en cada caso se reúnan esas condiciones³⁴². Pero esto no significa que necesariamente haya de otorgársele crédito al testimonio, si las reúne, porque para ello es indispensable examinar las razones de su dicho y los múltiples factores que pueden conducir, de buena fe, a equivocaciones en la

³⁴⁰ FRAMARINO, *Lógica de las pruebas*, Bogotá, 1964, t. I, ps. 102 y 117.

³⁴¹ BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núms. 15 y 271; CONCHA, José Vicente, *Elementos de pruebas judiciales*, Bogotá, 1893, p. 91.

³⁴² GORPHE, *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, Cap. V, 145. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1940, t. II, p. 218 y nota 57; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 207-208; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, 1961, ps. 152-153.

percepción, en el recuerdo, en las deducciones o en el juicio que sobre los hechos se haya formado, y en el relato que los reconstruye. Es decir, el examen de la sinceridad del testigo no concluye la crítica de su testimonio, pues, como veremos adelante, queda pendiente el análisis, más delicado y difícil, de las condiciones objetivas y subjetivas de su percepción, su juicio, su memoria y su capacidad de hacer un buen relato sin deformar lo que quiera decir.

185. Importancia y necesidad práctica de la prueba testimonial

No sólo hay suficiente fundamento jurídico y psicológico para admitir la prueba de testigos como uno de los medios utilizados en el proceso para llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos, sino que tanto desde un punto de vista teórico como práctico, existe una verdadera necesidad de recurrir a ella, en la mayoría de los procesos.

Esa necesidad práctica del testimonio puede presentarse unas veces porque no se dispone de medios diferentes, a pesar de tratarse de actos jurídicos, por haber fracasado la confesión y el no haberse dado cuenta de ellos en un documento; otras veces, porque su naturaleza de simples hechos jurídicos o de sucesos naturales transitorios, hace imposible el verificarlos mediante un reconocimiento directo del juez y no permite que sean objeto de documentación; aún más, porque el documento que pudo existir se perdió o destruyó; en fin, porque se trate de desvirtuar, aclarar o precisar el contenido de un documento y es el único medio posible, a falta de confesión³⁴³.

186. Peligros de la prueba testimonial.

Testimonios falsos y equivocados

No obstante los grandes progresos que en el presente siglo se han conseguido en la difícil materia de la crítica y la valoración del testimonio, gracias al aporte que le prestan la psicología general y la especial del testimonio y la psiquiatría forense, y a la libertad del juez

³⁴³ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 25 y 26; COUTURE, ob. cit., t. II, ps. 87-188; EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 75; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 36-63; DELLEPIANE, ob. cit., p. 152; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1959, p. 162.

para adelantar su estudio sin sujeción a reglas abstractas y rígidas de una tarifa legal totalmente inepta para esta clase de prueba, sigue siendo éste un medio lleno de riesgos y peligros, de difícil apreciación, debido al doble problema que el juzgador afronta en la complicada tarea de asignarle en cada caso, el mérito probatorio que debe corresponderle: la posibilidad de que el testigo declare de mala fe, sustituyendo o alterando la verdad con invenciones personales o sugeridas por otros, y la probabilidad, aun mayor, de que incurra en equivocaciones de buena fe³⁴⁴. Por otra parte, es imposible prescindir del testimonio en la función de administrar justicia, inclusive en el terreno de los actos jurídicos y pese a la generalización del documento.

He aquí el inevitable dilema: necesidad del testimonio como prueba judicial y peligros inherentes a él. Ni podemos prescindir de aquél, ni eliminar éstos.

Pese a lo anterior, creemos que no es el testimonio el medio de prueba que mayores peligros presenta, porque el documento privado cuando no goza de autenticidad y en ocasiones a pesar de ésta, la confesión misma que puede prestarse a fines ilícitos, los indicios que son de difícil apreciación generalmente y el dictamen de peritos, ofrecen también problemas y riesgos que no son inferiores a aquéllos.

186)a. Ver núm. 206)a.

187. Requisitos para que exista procesalmente un testimonio

Son requisitos para que exista procesalmente un testimonio los siguientes:

1º) *Debe ser declaración personal*. Es decir, no se puede rendir un testimonio por conducto de un mandatario o apoderado, ni de un representante legal o convencional.

³⁴⁴ GORPHE, *De la apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 361-365, y *Crítica del testimonio*, Madrid, 1962; CARNELUTTI, *Il testimonio, questo sconosciuto*, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1967, ps. 105-112, y *La critica della testimonianza*, en *Rivista de diritto processuale civile*, 1929, t. 1, ps. 170-177; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., núms. 139, 160 y 161; SICARD, *La preuve en justice*, Paris, 1960, núm. 311; ALTAVILLA, *Psychologie judiciaire*, Paris, 1950, 174-175.

2º) *Debe ser declaración de un tercero, a menos que se tome en el sentido genérico que incluye el testimonio de parte.* Es decir, en sentido estricto, el testimonio es un acto de una persona que no es parte (procesalmente hablando) en el proceso en que va a ser considerado como prueba.

3º) *Debe ser un acto procesal.* Es decir, es indispensable que ocurra en un proceso o en una diligencia procesal previa como testimonio anticipado o para futura memoria (véanse núms. 175-176).

Cuando un médico o cualquier persona da un certificado de hechos que le constan o suscribe un escrito en el cual relata su conocimiento sobre hechos, y se aduce tal prueba al proceso, a pesar de su apariencia de documento en realidad se trata de testimonio extraprocesal, ningún mérito probatorio tendrán esos certificados o escritos y para que adquieran el carácter de testimonio procesal será indispensable oírlos con las formalidades de éstos, sin que sea suficiente el reconocimiento bajo juramento de la autenticidad de la firma, aun cuando agreguen que es cierto el contenido.

4º) *Es necesario que la declaración verse sobre hechos, entendidos en su más amplia acepción* (véanse núms. 169-170).

5º) *Los hechos sobre que verse deben haber ocurrido antes de la declaración.* Es decir, el hecho puede ser presente, pero debe haber acaecido antes; o dicho de otra manera, objeto del testimonio pueden ser los hechos permanentes y los transitorios, sea que éstos hayan desaparecido o que todavía subsistan; pero unos y otros deben haberse originado antes (véase núm. 168).

6º) *Debe tratarse de una declaración representativa.* Este requisito es de la esencia del testimonio, pues de otra manera no sería la narración de un hecho ni serviría para darlo a conocer al juez y contribuir a formar su convencimiento sobre su existencia o inexistencia y sus características.

7º) *Debe tener significación probatoria.* Este requisito se deduce de los anteriores: puesto que debe ser un acto representativo de un hecho, realizado con fines procesales y dirigido a un juez o funcionario investigador, para llevarle el conocimiento de hechos, debe tener necesariamente una significación probatoria, aunque en ocasiones, debido

a deficiencias intrínsecas o extrínsecas, llegue a carecer de valor o de eficacia probatoria.

8º) *Que el testigo no se encuentre en estado de inconsciencia en el momento en que declare* por causa de violencia, drogas u otras causas, como ocurre en la confesión.

188. Requisitos para la validez del testimonio

En el número anterior examinamos los requisitos para que exista procesalmente un testimonio. En éste estudiaremos los necesarios para que tenga validez jurídica procesal. Si se cumplen los primeros, el testimonio existe procesalmente, pero, sin embargo, puede carecer de validez. Veamos cuáles son los segundos:

1º) *La previa admisión u ordenación del testimonio, en forma legal.*

2º) *La legitimación para pedir y rendir el testimonio*³⁴⁵. Es decir, la petición debe venir de quien es parte en el proceso y el testimonio debe ser de quien ha sido citado o admitido como testigo. En lo penal basta lo último.

3º) *La recepción del testimonio por el funcionario legitimado para ello.* Ordinariamente el funcionario legitimado para admitir u ordenar el testimonio lo es también para recibirlo. Sin embargo, es frecuente en los procesos escritos y en ocasiones en los orales, que el juez de la causa comisione a otro funcionario para la recepción de esta prueba, y entonces éste tendrá también tal legitimación (pero no la de ordenar o admitir otros testimonios). En lo penal estas funciones corresponden principalmente al instructor; pero las tiene también el juez de la causa.

En la práctica judicial colombiana se ha acostumbrado violar esta formalidad, tanto en el proceso civil como en el laboral y penal. Para evitar esta corruptela debe exigirse que sean recibidos en audiencia pública, presidida por el juez, cuya presencia es indispensable, y exigir a éste que interrogue primero al testigo sobre los hechos y la razón de la ciencia de su dicho (véanse núms. 205-206).

Si la parte interesada logra probar (con certificación del juez o

³⁴⁵ GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 377.

testimonio del subalterno o de terceros que hayan presenciado la diligencia) que el juez no estuvo presente, debe declararse su nulidad de plano o simplemente el juez debe ordenar su repetición³⁴⁶. En todo caso, en el momento de valorarlo el mismo juez o el superior, debe negarle valor probatorio, si esa informalidad aparece comprobada.

El firmar el juez el acta de recepción del testimonio, diciendo que la hizo él, sin ser cierto, constituye el delito de falsedad intelectual o ideológica en documento público. El delito se deduce de las normas penales sobre falsedad.

Además del juez, pueden interrogar al testigo los apoderados de las partes.

4º) *La capacidad jurídica del testigo*. Es indispensable que el testigo goce de capacidad para el acto. Hay incapacidad natural y por ministerio de la ley.

Los incapaces absolutos carecen de capacidad para rendir el testimonio; así el demente, el sordomudo que no puede darse a entender por escrito. En cambio, los incapaces relativos son generalmente hábiles para testimoniar, en todos los procesos. En lo civil, laboral, fiscal y contencioso-administrativo, son hábiles los mayores de 12 años, sin distinción de sexo; en lo penal, son hábiles los impúberes de cualquier edad, pero es obvio que el juez debe exigir aptitud de discernimiento³⁴⁷. El interdicto por disipación, el quebrado o concursado, son testigos hábiles en todos los procesos, pese a su incapacidad relativa. En este aspecto se diferencia fundamentalmente la capacidad para confesar y para testimoniar.

188,4º)a. Ver núm. 194)a.

5º) *La habilidad o aptitud mental o síquica del testigo para el caso concreto o capacidad concreta*. No basta que el testigo goce de la capacidad general para el acto, que en el punto anterior estudiamos. Para que su testimonio sea válido, es necesario además que no esté afectado de inhabilidad o ineptitud síquica o mental, para el caso con-

³⁴⁶ ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, p. 365.

³⁴⁷ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 42; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 227-228; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 31, y *La critica della testimonianza*, cita anterior.

creto y en el momento de su deposición. Una persona, ordinariamente capaz, puede sufrir de transitorio desequilibrio mental o síquico, bien sea por enfermedad, o por el efecto de ciertas drogas, o por encontrarse en estado de embriaguez por el exceso de consumo de bebidas alcohólicas, o por un choque emocional intenso, o por otras causas. Como es obvio, el testimonio que se preste en esas condiciones es absolutamente nulo³⁴⁸.

6º) *Inhabilidad o incapacidad física total para rendir el testimonio.* Si en el momento de recibirse el testimonio la persona está en absoluta incapacidad física, por motivo de un accidente o una enfermedad u otra causa, permanente o transitoria, para comunicarle al juez, de manera inequívoca, su conocimiento sobre los hechos que se investigan o sobre los cuales se le interroga, el juez debe abstenerse de practicar la diligencia, a pesar de que ese testigo goce de plena capacidad mental, pues el testimonio sería nulo.

Si el testigo no puede hablar, pero sí oír o leer las preguntas y contestarlas por escrito, el testimonio es válido. Si no puede oír pero sí leer las preguntas y contestarlas oralmente o por escrito, la diligencia es perfectamente válida. Pero aun cuando pueda leer u oír las preguntas, su testimonio será nulo si el juez no puede conocer sus respuestas, inequívocamente, por cualquier medio: oral, escrito e inclusive por señas, como, por ejemplo, afirmando o negando con la cabeza, siempre que no le quede al juez la menor duda sobre el significado, de lo cual deberá dejar clara constancia (véase núm. 205).

7º) *Debe ser un acto consciente, libre de coacción.* Al testigo se le exige que diga "toda la verdad", o mejor dicho, todo lo que cree que es la verdad sobre los hechos preguntados, pero salvo el estímulo que para el cumplimiento de este deber jurídico representa el juramento y la sanción penal para el caso de perjurio, es ilícito el empleo de medios de coacción física, psicológica o moral y de drogas para obligarlo a declarar, y con mayor razón para que lo haga en un sentido determinado (véanse núms. 13 y 117.m). El testimonio así obtenido es absolutamente nulo³⁴⁹. Pero si la coacción condujo al testigo a un

³⁴⁸ GUASP, *Derecho procesal*, ed. cit., p. 376; FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 41 y 44.

³⁴⁹ GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 222; FLORIAN, ob.

estado de inconsciencia, se tratará de testimonio inexistente, tal como ocurre con la confesión.

La prueba de la violencia o uso de drogas o la coacción moral sobre el testigo, sea por el juez o por una de las partes o un tercero, debe ser aducida en las oportunidades ordinarias, porque no existe incidente para ello. No puede proponerse incidente de nulidad por este motivo, pero es un hecho nuevo que da lugar a que se otorgue término probatorio en la segunda instancia y el juez puede usar de las facultades oficiosas para decretar careos y otras pruebas si lo considera conveniente.

8º) *Debe estar precedido de juramento en legal forma.* En los códigos modernos subsiste este requisito para el testimonio de terceros, excepto cuando se trata de menores que no han alcanzado cierta edad. Por consiguiente, el juramento del testigo es necesario y no facultativo, salvo la excepción mencionada, debiéndose prestar antes y no después del acto. Es un requisito esencial para la validez del testimonio; pero si se omite no hace falta incidente de nulidad, sino basta negarle valor probatorio en la sentencia o en el auto en que deba valorarse³⁵⁰. Si es prueba importante, el juez debe ordenar de oficio su repetición, antes de resolver.

188.8º)a. Ver núm. 205)a.

9º) *Debe cumplir las demás formalidades procesales de tiempo, modo y lugar.* La violación de estos requisitos implica la invalidez del testimonio, pero no es menester declarar su nulidad, sino basta negarle mérito en el momento de valorarlo y ordenar su repetición.

cit., t. I, núm. 156, y t. III, núm. 161; SENTÍS MELENDO, *La tortura*, en su libro *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, 1954, t. I, ps. 559-573; CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, parte segunda, *Prueba ilícita*, ps. 167-170; ALTAVILLA, *Psychologie e judiciaire*, París, 1959, ed. castellana, Bogotá, 1971, parte segunda, Cap. IV; CARNELUTTI, *Rivista de diritto processuale civile*, 1935, ps. 62-63, y 1961, p. 625.

³⁵⁰ SICARD, *La preuve en justice*, ed. cit., núm. 393, p. 271; GORPHE, *Crítica del testimonio*, ed. cit., ps. 330-332; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, 1963; ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 135, y *Derecho probatorio*, Bogotá, 1962-1963, p. 212; GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, *Manual práctico de la prueba civil*, Bogotá, 1951, p. 336.

Si se le da eficacia probatoria, se incurre en error de derecho, acusable en casación por la causal primera. Lo mismo ocurre en el caso anterior³⁵¹.

10) *Ausencia de otros motivos de nulidad del proceso, que puedan viciar los testimonios recibidos.* Pero no toda nulidad del proceso vicia las pruebas (véase núm. 93).

189. Requisitos para la eficacia probatoria del testimonio

De la existencia y validez jurídica de un testimonio no se deduce necesariamente su eficacia probatoria; por el contrario, muchos testimonios válidos carecen de fuerza probatoria respecto a los hechos que se narran en él, debido a diversas causas, cuyo estudio haremos en este número.

1º) *La conducencia del medio.* No obstante haberse admitido la prueba testimonial por una providencia ejecutoriada y estar practicada con todos los requisitos necesarios para su validez, si al momento de valorarla o apreciarla encuentra el juez que es legalmente inconducente para el hecho por probar, por requerir prueba solemne o documento *ad probationem*, debe negarle mérito probatorio.

2º) *Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales versa el testimonio.* Puede suceder que cuando el testigo rinda su declaración se encuentre en perfecto uso de sus facultades mentales y tenga clara conciencia de sus actos, pero que en el momento de haber podido percibir los hechos estuviera afectado por una incapacidad mental absoluta o relativa, motivada por enfermedad, por traumatismo, por haber ingerido bebidas alcohólicas o usado drogas perturbadoras de la razón o de la conciencia, etcétera. En este caso el testigo es hábil para declarar y el testimonio es válido, no es nulo, pero carecerá de mérito probatorio, es decir, será completamente ineficaz como prueba, porque no puede darse fe a su percepción.

3º) *Ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden, que afecten gravemente la percepción.* Si el testigo ha sufrido perturba-

³⁵¹ Véanse citas de jurisprudencia, por error de derecho en la apreciación de los testimonios, al tratar de la casación, en el t. III, núm. 139, de nuestro *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, 1972.

ciones psicológicas o de otro orden en el momento de ocurrir los hechos sobre los cuales declara, o las está sufriendo cuando rinde la declaración, sea que alteren su capacidad para percibirlos o para apreciarlos o juzgarlos o para recordarlos y narrarlos, aun cuando no alcancen a inhabilitarlo para declarar ni a viciar de nulidad su testimonio, el juez tiene libertad para apreciar su eficacia o su mérito probatorio, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede negárselo total o parcialmente.

Si estas perturbaciones existen en el momento de presentarse el testigo a rendir su declaración y el juez las observa, lo lógico es que aplaze la diligencia para cuando hayan cesado; pero si, por no ser esto posible o por otro motivo, recibe el testimonio, debe dejar constancia clara de las circunstancias que observe, para tenerlas en cuenta en el momento de valorarlo, y la parte interesada puede exigirle que lo haga. Si en esta hipótesis el juez no deja la constancia, o si las perturbaciones existieron en el momento en que el testigo pudo tener conocimiento de los hechos, es necesario probarlas para que se tengan en cuenta para su valoración, a menos que aparezcan del mismo relato del testigo. Puede suplirse la falta de constancia del juez en la diligencia, con una certificación posterior suya.

4º) *Que el testigo no adolezca de falta total o de defectos del respectivo órgano de percepción.* Si este órgano receptor no es apto para el conocimiento del hecho objeto de su testimonio, éste no puede dar seguridad alguna. Como se trata de circunstancias relacionadas con la manera cómo el testigo puede tener conocimiento del hecho sobre el cual se le interroga, éste es hábil para declarar y el testimonio es perfectamente válido, no obstante que el juez, al apreciar su mérito, encuentre que debe negárselo totalmente o le otorgue apenas una relativa credibilidad. Al juez le corresponde apreciar si el defecto del órgano pertinente es grave o no, y en caso afirmativo, debe negarle todo valor al testimonio; cuando estime que es un defecto relativo o leve, pero lo suficiente como para alterar o perturbar la fidelidad de la percepción, apreciará el mérito de convicción que le merece el testimonio, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, especialmente la manera cómo los hechos ocurrieron y cómo el testigo pudo cono-

ciones psicológicas o de otro orden en el momento de ocurrir los hechos sobre los cuales declara, o las está sufriendo cuando rinde la declaración, sea que alteren su capacidad para percibirlos o para apreciarlos o juzgarlos o para recordarlos y narrarlos, aun cuando no alcancen a inhabilitarlo para declarar ni a viciar de nulidad su testimonio, el juez tiene libertad para apreciar su eficacia o su mérito probatorio, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede negárselo total o parcialmente.

Si estas perturbaciones existen en el momento de presentarse el testigo a rendir su declaración y el juez las observa, lo lógico es que aplaze la diligencia para cuando hayan cesado; pero si, por no ser esto posible o por otro motivo, recibe el testimonio, debe dejar constancia clara de las circunstancias que observe, para tenerlas en cuenta en el momento de valorarlo, y la parte interesada puede exigirle que lo haga. Si en esta hipótesis el juez no deja la constancia, o si las perturbaciones existieron en el momento en que el testigo pudo tener conocimiento de los hechos, es necesario probarlas para que se tengan en cuenta para su valoración, a menos que aparezcan del mismo relato del testigo. Puede suplirse la falta de constancia del juez en la diligencia, con una certificación posterior suya.

4º) *Que el testigo no adolezca de falta total o de defectos del respectivo órgano de percepción.* Si este órgano receptor no es apto para el conocimiento del hecho objeto de su testimonio, éste no puede dar seguridad alguna. Como se trata de circunstancias relacionadas con la manera cómo el testigo puede tener conocimiento del hecho sobre el cual se le interroga, éste es hábil para declarar y el testimonio es perfectamente válido, no obstante que el juez, al apreciar su mérito, encuentre que debe negárselo totalmente o le otorgue apenas una relativa credibilidad. Al juez le corresponde apreciar si el defecto del órgano pertinente es grave o no, y en caso afirmativo, debe negarle todo valor al testimonio; cuando estime que es un defecto relativo o leve, pero lo suficiente como para alterar o perturbar la fidelidad de la percepción, apreciará el mérito de convicción que le merece el testimonio, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, especialmente la manera cómo los hechos ocurrieron y cómo el testigo pudo cono-

cerlos, el examen de su personalidad y el resultado que obtenga de las otras pruebas (véanse núms. 209-211).

5º) *Una capacidad memorativa normal del testigo de acuerdo con la antigüedad de los hechos.* La memoria del testigo es uno de los requisitos indispensables para su declaración, puesto que se trata de reconstruir mediante sus palabras lo que observó y dedujo o juzgó de sus observaciones (véase núm. 209). La eficacia del testimonio varía según la buena o mala memoria que tenga el testigo (lo mismo que las buenas o malas condiciones físicas y psíquicas de su percepción examinadas en los párrafos anteriores), según las características de los hechos y el tiempo transcurrido desde el momento en que pudo conocerlos. Es conveniente poner a prueba su memoria.

6º) *Que no existan otras circunstancias subjetivas u objetivas que puedan haber alterado la fidelidad de sus percepciones o de su memoria.* Aun en los casos en que no se presente ninguno de los motivos de incapacidad para percibir o recordar o narrar los hechos objeto de la prueba, que examinamos en los párrafos anteriores, pueden existir otras causas que alteren la percepción o influyan en una escasa memorización del hecho, por ejemplo, porque debiliten la atención prestada al percibirlos o la hayan dirigido hacia otro acontecimiento simultáneo.

Una crisis de histerismo o de furia puede alterar la fidelidad de la percepción o afectar el recuerdo; un acontecimiento simultáneo en otro lugar inmediato puede desviar la atención y conducir a que los recuerdos se mezclen y se hagan imprecisos o errados. Existen muchas otras circunstancias que pueden afectar la eficacia probatoria del testimonio y que el juez debe considerar con entera libertad de criterio.

7º) *Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio.* Este requisito tiene que ver con los motivos para sospechar de la sinceridad del testigo que veremos en el número 195, y su falta produce efectos diferentes en cada caso, que el juez debe apreciar libremente.

189.7º)a. Ver núm. 194)a.

8º) *Ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo y de habitualidad como tal.* Naturalmente, no todo antece-

dente de deshonestidad del testigo afecta en igual grado la eficacia de su testimonio. Por ejemplo, los que consistan en haber incurrido antes en perjurio o falsedad, lo mismo que el hábito de mentir en sus relaciones sociales y familiares, tienen mayor significación psicológica y moral que los pequeños hurtos y otros delitos de diferente naturaleza. Del estudio de la personalidad del testigo y de las circunstancias subjetivas y objetivas en que obtuvo el conocimiento de los hechos, debe deducir el juez la credibilidad que le merezca su testimonio; no pueden sentarse reglas absolutas. Como en materia de enfermedades y de enfermos puede decirse que es más importante el testigo que su testimonio³⁵².

La circunstancia de que el testigo actúe como tal habitualmente, hace sospechar posible interés ilícito.

189.8º)a. Ver núm. 194)a.

9º) *Que el testimonio contenga la llamada "razón del dicho" o mejor razón de la ciencia del dicho del testigo.* Se trata de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho. Es indispensable que el testigo explique *cuándo, dónde y de qué manera ocurrió el hecho, y cuándo, dónde y cómo lo percibió o conoció*³⁵³.

Nuestro legislador le otorga al juez civil, laboral, penal, etcétera, un amplísimo campo de libertad de criterio, para valorar el mérito de los testimonios, así haya varios, de acuerdo con el hecho y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió, pero le exige tener en cuenta las explicaciones que cada uno dé sobre la manera cómo pudo tener conocimiento de los hechos y sobre estos mismos (véase núm. 209). Es éste el criterio moderno para su apreciación.

El tiempo, modo y lugar en que el testigo adquirió ese conocimiento pueden coincidir con el tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, si el testigo estuvo presente entonces; pero es frecuente que

³⁵² CARNELUTTI, *Il testimonio, questo sconosciuto* citado.

³⁵³ ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 398 y 448; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 90-92, 138 y 171; GORPHE, *Crítica del testimonio*, ed. cit., p. 41; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, ed. cit., t. III, núms. 21, 82 y 86.

sean distintos, porque puede haber adquirido su conocimiento después, en otras circunstancias personales que nada tengan que ver con las que rodearon el hecho mismo, por ejemplo, por haberlo confesado extrajudicialmente una de las partes o ambas, por narración de otra persona (testimonio de oídas), por haberlo deducido de otros hechos relacionados con el primero, o porque posteriormente tuvo relación directa con él debido a que era un hecho permanente o que todavía subsistía. Por esta razón, para la eficacia del testimonio es indispensable que aparezcan en forma clara, exacta y completa, tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho narrado, como las mismas circunstancias del conocimiento que de éste tuvo el testigo. Las primeras no son suficientes. Un testigo puede decir cuándo, dónde y cómo ocurrió un hecho, por estar inventándolo, porque otra persona se lo dijo, o porque tuvo conocimiento directo y personal en el momento de ocurrir o posteriormente si el hecho aún subsistía. Además, es indispensable que en virtud de tales circunstancias haya sido posible adquirir ese conocimiento, es decir, que entre aquéllas y éstas exista concordancia y no desacuerdo desde los diversos puntos de vista psicológico, lógico y físico. Sin embargo, esta concordancia es indispensable, pero no suficiente, para la eficacia del testimonio, porque a pesar de ella pueden existir muchas causas de error o puede tratarse de una falsedad hábilmente preparada³⁵⁴.

189.9º)a. Ver núm. 206)a.

10) *Que no aparezca imposible ni improbable la ocurrencia del hecho en esas circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone.* Hay razón de la ciencia del dicho si el testigo explica cuándo, cómo y dónde ocurrió el hecho y tuvo conocimiento de éste; pero tales circunstancias pueden resultar en desacuerdo con la naturaleza, los efectos y las características del hecho afirmado, es decir, puede que no exista concordancia desde el punto de vista físico o lógico entre aquéllas y éste, en cuyo caso resultará imposible o improbable que efectivamente haya ocurrido.

³⁵⁴ GORPHE, *Crítica del testimonio*, Madrid, 1962, ps. 48 y 100; MONTAIGNE, cita de GORPHE, ob. cit., p. 50; FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 138 y 155 a 169; CARNELUTTI, *Il testimonio, questo sconosciuto* citado.

La misma deficiencia habrá si el hecho narrado resulta contrario a otro notorio, o a máximas generales de experiencia (véanse núms. 36-38), porque entonces al juez le parecerá imposible o al menos inverosímil.

La razón del dicho puede ser buena o mala. No es suficiente que exista. Para que el testimonio sea probatoriamente eficaz debe contenerla y parecerle al juez clara, precisa, completa y convincente física y lógicamente³⁵⁵.

11) *Que los distintos hechos contenidos en su narración no aparezcan contradictorios entre sí.* Significa este requisito que el testimonio debe aparecer consistente o armónico, no sólo relacionando los hechos narrados con la razón de la ciencia del dicho, sino a aquéllos entre sí. Sin embargo, las contradicciones entre los detalles o circunstancias secundarias no privan de eficacia al testimonio, si pueden explicarse suficientemente por la dificultad de apreciarlas en su totalidad en el momento de la percepción, o de memorizarlas y recordarlas, principalmente cuando la declaración se recibe después de un tiempo relativamente largo y sin que durante éste el testigo haya tenido motivo para precisar sus recuerdos y mantenerlos en orden. Pero las contradicciones sobre detalles importantes y entre varios hechos relevantes dejan al descubierto no solamente graves deficiencias en los fundamentos del testimonio (percepción, juicio, memoria, capacidad de reproducción y de narración), sino una ausencia de sentido crítico para precisar y ordenar esas percepciones y sus recuerdos que es una de las cualidades más necesarias en todo buen testigo³⁵⁶.

12) *Que si hay varias declaraciones del mismo testigo, no existan graves contradicciones entre ellas.* Puede suceder que el testigo haya declarado en diligencia judicial previa o en otro proceso y también que en el mismo se lo llame a ampliar su testimonio o a careos (esto es frecuente en el proceso penal; pero puede ocurrir también por solicitud de parte u oficiosamente, en el proceso civil o laboral). En tal caso, la concordancia o armonía entre las varias declaraciones es tan

³⁵⁵ GORPHE, *Crítica del testimonio*, ed. cit., p. 348.

³⁵⁶ ALTAVILLA, *Psychologie judiciaire*, Paris, 1959, p. 229; GORPHE, ob. cit., ps. 334 y 349; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, ed. cit., t. III, núm. 85.

necesaria, para la eficacia de la prueba, como la que debe existir en una misma, y el criterio para aplicar es igual³⁵⁷.

13) *Que haya claridad y seguridad en las conclusiones del testigo y que no sean vagas ni incoherentes.* Cuando se trate de testimonios sobre hechos antiguos, no puede exigirse al testigo una narración precisa y segura, y, por el contrario, lo natural es que incurra en inexactitudes, pues una exagerada fidelidad de la memoria es sospechosa³⁵⁸. En los demás casos el juez debe ser exigente en este requisito. Si el testigo no está seguro de lo que dice, menos puede estarlo el juez de lo que aquél diga.

14) *Que no haya contradicciones graves con los testimonios de otras personas o con pruebas de otro orden, que merezcan similar o mayor credibilidad.* Es lo normal que la prueba testimonial provenga, en cada proceso, de diferentes personas, y lo excepcional que exista un solo testimonio. En el primer caso se presenta el problema de la concordancia o discordancia entre ellos.

La prueba testimonial debe ser examinada en conjunto, respecto de cada hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar. Si los diversos testimonios resultan acordes, su fuerza probatoria se robustece, siempre que cada uno de ellos reúna los requisitos para su validez y eficacia, que estamos estudiando; los malos testimonios siguen siendo una mala prueba, sin que la cantidad mejore la calidad. Si los varios testimonios están en desacuerdo, es indispensable examinar la calidad subjetiva de cada testigo y los requisitos para la validez y la eficacia de cada uno, para luego hacerles una buena crítica de conjunto sin que el mayor número deba prevalecer, por esa sola razón, sobre la minoría, pues "los testigos se pesan y no se cuentan" (véase núm. 211).

No debe exagerarse, sin embargo, el requisito de la concordancia de los diversos testimonios, hasta exigir que aparezca en todos los detalles; porque es contrario a la sicología y a la experiencia que diversas personas capten un mismo acontecimiento con absoluta fidelidad, como si su cerebro y sus sentidos fueran máquinas de fotografiar. Por el contrario, los pequeños desacuerdos y los diferentes vacíos en

³⁵⁷ ALTAVILLA, ob. cit., ps. 228-230; FLORIAN, ob. cit., t. II, núm. 170; GORPHE, ob. cit., ps. 37-39 y 326-327.

³⁵⁸ GORPHE, ob. cit., p. 313; ALTAVILLA, ob. cit., 108 y 338.

las narraciones, son más bien signos de espontaneidad y sinceridad en los testimonios. Pero cuando los desacuerdos recaen sobre la existencia del hecho, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, o sobre aspectos importantes de él, es indispensable definir a quiénes se les otorga crédito y a quiénes no, o si es del caso el rechazarlos todos. Tiene aplicación aquí la antigua máxima de que los "testigos se pesan y no se cuentan", a que se refieren muchos autores y que responde a principios elementales de sicología y de lógica; es decir, en la balanza de esta decisión deben tenerse en cuenta las cualidades personales de cada testigo y las condiciones propias de su testimonio o su valor intrínseco, y no su número³⁵⁹. También puede el juez ordenar de oficio careos, para despejar sus dudas, si la ley le permite decretar pruebas de oficio.

Cuando los testimonios estén en desacuerdo con otros medios de prueba allegados al proceso, le corresponderá al juez determinar en definitiva la credibilidad que le merezcan aquéllos y éstos, según las circunstancias de cada caso, la clase de pruebas y el mérito que cada una le merezca.

15) *Que no exista una cosa juzgada ni una presunción de derecho en contrario.* Este caso equivale a una imposibilidad jurídica del hecho narrado por los testigos. Igual conclusión procede en materia de confesión (véase núm. 136, 9).

16) *Que lo dicho por el testigo no exceda el objeto propio del testimonio.* Hemos visto que si bien el objeto del testimonio son los hechos en general, no es posible separarlos del juicio que el testigo se haya formado sobre ellos, ya que además de percibirlos, debe apreciarlos, identificarlos y someterlos a crítica o discernimiento para poder asegurar que los conoce y reproducirlos en su narración (véase núm. 168). Pero cuando el testigo emite juicios de valor o conceptos referentes a las causas o efectos de los hechos conocidos por él, basados en simples deducciones personales, excede la función que le corresponde a la prueba testimonial; si emite conceptos técnicos o científicos (con excepción de los que califican la percepción si se trata de testigos

³⁵⁹ GORPHE, ob. cit., ps. 39-40 y 48; FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 156 y 171; SICARD, *La preuve en justice*, ed. cit., núms. 428, 283; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 343.

técnicos; véase núm. 169), invade el campo propio del perito. En ambas hipótesis sus conceptos carecen de valor probatorio.

17) *Que se haya ratificado o abonado en debida forma, si era necesario.* Si fue recibido en otro proceso o extraprocesalmente, sin audiencia de la parte contra quien se aduce, carece de valor si falta este requisito, como vimos al tratar de la prueba trasladada (véanse núms. 88-89).

18) *Que se hayan cumplido las demás formalidades para su recepción aun cuando su falta no conlleve la nulidad del testimonio.* Pueden ocurrir otras informalidades de menor gravedad que, aunque no conducen a la nulidad de la diligencia, sí le restan eficacia probatoria al testimonio. Florian³⁶⁰ menciona el hecho de que se permita al testigo presenciar u oír la declaración de otro anterior a la suya o leerla en vez de hacer una narración oral. Otra es la de haberse usado preguntas sugestivas que le quiten espontaneidad a la narración y den la impresión de que el testigo se limita a guiarse por lo que en ellas se detalla (véase núm. 206). También el hecho de que no se copien en la diligencia sus respuestas, tal como las dicta el testigo.

Al juez le corresponde determinar, en cada caso, hasta qué punto estas informalidades le quitan al testimonio su eficacia probatoria.

190. Limitaciones a la conducencia del testimonio como medio de prueba en materia civil o comercial y sus razones o causas

Los autores suelen enunciar tres causas o razones para esta restricción de la eficacia probatoria del testimonio en lo civil y comercial: 1ª) la cualidad del testigo; 2ª) la naturaleza del hecho por probar o su valor; 3ª) sus relaciones con la prueba documental. En el derecho contemporáneo se rechazan la mayoría de estas limitaciones³⁶¹ y por ello las dos últimas fueron reducidas a cuando se exige prueba documental *ad solemnitatem*.

a) *Limitaciones en razón de la calidad del testigo.* Estas restric-

³⁶⁰ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 136-137.

³⁶¹ GORPHE, *Crítica del testimonio*, Madrid, 1962; CARNELUTTI, *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. II, núm. 313, p. 497; DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, p. 200; GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 296.

ciones se refieren a la prohibición de recibir testimonio a ciertas personas, en razón de que desempeñan un cargo público y respecto a los asuntos que manejan, por ejemplo, porque se relacionan con la defensa nacional o con el secreto legal de ciertas patentes cuyo archivo o trámite conocen, o por virtud del secreto profesional que los ampara³⁶². En un sentido amplio, pueden incluirse en este grupo los casos de inhabilidad absoluta del testigo que examinamos atrás.

190.a)a. Ver núm. 194)a.

b) *Limitaciones en razón del contenido del testimonio; naturaleza del hecho y valor.* Examinaremos por separado las dos hipótesis.

1) *Por la naturaleza del hecho o del acto jurídico.* Son los casos en que la ley exige un medio de prueba solemne o simplemente le niega valor probatorio al testimonio. Ejemplos de limitaciones por motivo de una solemnidad *ad substantiam actus*, son los casos de la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles y el documento para la opción o la promesa de contrato y el contrato de seguros, etcétera (véase la lista en el núm. 257). Esta prueba solemne no puede ser suplida por confesión, ni por testimonio³⁶³.

Sin embargo el testimonio es apto para probar ciertos hechos relacionados con estos contratos solemnes; así, se puede probar con testigos el error material contenido en el documento público o privado exigido *ad substantiam actus* y los vicios del consentimiento que pueden haber existido en el contrato solemne (es decir, el dolo, el error o la violencia), lo mismo que la ilicitud de su objeto o de su causa, porque son circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, salvo en casos excepcionales.

Similar al anterior es el caso de la falsedad material o formal del documento público o privado, esto es, cuando se ataca la autenticidad de la firma o se alega que se consignó dolosamente lo no

³⁶² CARNELUTTI, *Sistema*, cita anterior; LIEBMAN, *Manuale*, ed. cit., ps. 163-165; FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 95-99.

³⁶³ RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 166; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 142; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 418; RICCI, ob. cit., t. I, núms. 167-168; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 141; GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., p. 315; SICARD, *La preuve en justice*, ed. cit., ps. 423-424.

convenido, porque son casos de fraude o dolo para cuya demostración es conducente la prueba de testigos³⁶⁴. También puede probarse la autenticidad del documento por testigos que presenciaron su firma (véase núm. 278).

Cuando en el documento no se expresa la causa del contrato solemne, para establecer en qué consiste es conducente recurrir a la prueba de testigos³⁶⁵. Cuando a pesar de que el documento exprese la causa del contrato, una de las partes o un tercero alega que no existe o que es otra, se tratará de un caso de simulación, y por lo tanto, de la eficacia probatoria del testimonio contra la prueba documental (*contra scriptum*).

Cuando se quiera probar la procedencia del dinero con que se pagó el precio convenido y su propiedad, el cumplimiento del contrato o su incumplimiento, la renuncia al derecho que de él emana cuando implique un hecho unilateral, la ocurrencia de la condición suspensiva o resolutive pactada o establecida en la ley, que son hechos distintos del contrato, aun cuando tengan relación con éste, pueden establecerse por medio de testigos, porque no están comprometidos en la exigencia de la solemnidad del escrito³⁶⁶. También sirven los testimonios para interpretar o aclarar el verdadero contenido del documento o contrato (*secundum scriptum*) y otras circunstancias relacionadas con aquél, que no signifiquen reformarlo o adicionarlo.

En cambio, la prueba de las reformas introducidas al contrato solemne, de su novación y de su resolución por mutuo acuerdo, exige la misma solemnidad documental.

En materia de estado civil. La eficacia probatoria de los testimonios está restringida también en materia de estado civil. En efecto, tiene eficacia en procesos de investigación o impugnación de paternidad o maternidad legítimas o extramatrimoniales, lo mismo que de nulidad de matrimonios por violencia y otros motivos; pero, en cambio, cuando la ley exija necesariamente la partida del estado civil expedida por determinada clase de funcionarios, no se puede probar el estado civil con testimonios aducidos como prueba supletoria, sino que es indis-

³⁶⁴ BONNIER, ob. cit., t. I, núms. 138 a 140, ps. 229 a 234.

³⁶⁵ RICCI, ob. cit., t. I, núm. 170, ps. 423-425; ROCHA, ob. cit., p. 424.

³⁶⁶ RICCI, ob. cit., t. I, núms. 181, 182 y 197.

pensable presentar copia de la partida o folio del estado civil o certificado expedido con base en testimonios u otras pruebas. Son conducentes también los testimonios en procesos de divorcio, separación de bienes o de cuerpos, suspensión o privación de la patria potestad o de la guarda o custodia de hijos.

II) *En consideración al valor.* Esta limitación se basa en el criterio de que a mayor valor, mayor exigencia en la prueba, y actualmente ya no se justifica, ni siquiera limitada a los actos jurídicos convencionales, únicos a los cuales se aplicaba. Algunos países conservan esta restricción que en el derecho moderno no se justifica. Otros la suprimieron, como Colombia, pues gracias al nuevo Código de Procedimiento Civil, sólo se exige al juez considerar como indicio grave la falta de todo escrito, si las circunstancias del caso y la calidad de las partes no justifican esa omisión (C. de P. C., art. 232).

c) *Naturaleza y prueba del pago.* Desde un punto de vista puramente teórico no existe razón jurídica para aplicarle a la prueba del pago de la prestación de origen contractual, la limitación legal que en materia de testimonio rija para demostrar el contrato, porque se trata de un hecho jurídico unilateral, que si bien es consecuencia de éste, ocurre posteriormente y no implica una nueva convención, ni una reforma o adición a lo pactado.

La naturaleza jurídica del pago ha sido objeto de intensa controversia y existen varias teorías sobre el particular. La llamada teoría tradicional, lo considera como un acto jurídico bilateral y negocial, para algunos un contrato y para otros un convenio de naturaleza similar³⁶⁷. Según esta teoría debe regir para la prueba del pago la misma limitación que para la prueba del contrato.

Otra teoría considera el pago como un simple acto jurídico unilateral, es decir, como un acto unilateral que produce el efecto jurídico de extinguir la obligación que pesa sobre el deudor, quien, por lo

³⁶⁷ MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 1892-1898, t. II, núm. 320; LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, t. IV, núm. 43; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 1912, t. II, núm. 294; RICCI, ob. cit., t. I, núms. 178-179; SPOTA, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1968, t. I, vol. 3, núm. 2151, p. 844.

tanto, no es libre de ejecutarlo o no, sino, por el contrario, tiene el deber de pagar y puede ser obligado a ello³⁶⁸.

Puede decirse que en el derecho contemporáneo se acepta generalmente la última teoría y nosotros la acogemos. De ella se deduce que la prueba del pago, cualquiera que sea su valor, debe ser libre, sin ninguna restricción para los testimonios. Lo mismo cabe decir de la prueba de la procedencia del dinero con que se pagó y de la oferta de pago y su rechazo por el acreedor.

d) *La prueba de la compensación, la novación, la remisión o renuncia al derecho por el acreedor y la transacción.* Tal como ocurre con la prueba del pago, la de los otros modos de extinción de las obligaciones no debe estar sujeta al límite de valor para la eficacia del testimonio; pero quienes la limitan para el pago aplican igual criterio a esos otros medios³⁶⁹. Si se trata de contrato solemne, la novación y transacción que lo reformen exigen igual solemnidad.

191. Limitación a la conducencia del testimonio para reformar, adicionar o desvirtuar documentos

Cuando se utilizan testigos para probar que el contrato incluía condiciones o cláusulas que en el documento no aparecen o para establecer posteriores que lo adicionen o que dejen sin efecto algunas de las estipulaciones iniciales, se trata de probar contra el escrito (*contra scriptum*). Debe dejarse al juez en libertad para apreciar los testimonios sobre hechos anteriores, coetáneos o posteriores al documento, de acuerdo con "los principios de la ciencia de las pruebas"; si bien el documento hace plena prueba entre las partes, por lo que corresponde la carga de probar en contrario a quien le impugna o alega que ha sido adicionado o reformado, esta prueba puede consistir en testimonios sobre hechos anteriores, coetáneos o posteriores al documento, que el juez debe apreciar libremente, aplicando las reglas de la sana crítica,

³⁶⁸ CHIOVENDA, *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, 323; CARNELUTTI, *Prova testimoniale del pagamento*, en *Studi sul processo civile*, 1925, t. I, ps. 229 y ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, 1936, núm. 109; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, núm. 84, ps. 228-229.

³⁶⁹ RICCI, ob. cit., t. I, núm. 198, ps. 488-489.

sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. El caso de la simulación estaba incluido en esa hipótesis³⁷⁰ (véase núm. 192).

Esto es más claro si la ley dejó al juez en libertad para fijar el valor probatorio de los testimonios o solamente consagra un indicio grave en contra de quien alegue que no se dejó constancia documental, ni principio de prueba escrita, cuando se trata de probar obligaciones originadas en contrato o convención, a menos que las circunstancias lo hayan impedido o que el valor del acto o la calidad de las partes lo justifiquen. Si la obligación o el pago no tienen origen convencional o contractual, el indicio no opera. Es decir, que puede demostrarse contra lo dicho por las partes y aun en proceso entre ellas, utilizándose prueba testimonial e indiciaria basada en testimonios, siempre que ésta sea lo suficientemente convincente para desvirtuar el indicio que a favor de la veracidad del documento consagra la ley por la ausencia de escrito que constituya siquiera un principio de prueba.

192. El caso de la prueba de la simulación

Para nosotros es clara la procedencia de los testimonios para probar contra lo dicho en documentos públicos o privados y por tanto para demostrar la simulación del acto documentado o su falsedad. De esta manera se acaba con las injustas distinciones que antes se hacían según que el litigio fuera entre partes (entonces se exigía contra escritura o confesión) o con terceros. También podrá probarse con testigos la reforma o adición de los contratos documentados no solemnes; pero la de los solemnes exige la misma prueba documental que para su celebración (escritura pública o privada, según fuere el caso), salvo que se trate de hechos accesorios, como el plazo para pagar el precio o entregar el bien, los intereses y el lugar del pago, que admiten cualquier prueba.

Se habla de simulación cuando las partes contratantes consignan en el documento declaraciones que, total o parcialmente, no corresponden al convenio que realmente celebran; hay en este caso una disparidad, absoluta o relativa, entre la voluntad real secreta y la aparente

³⁷⁰ SCARDACCIONE, ob. cit., ps. 227-228; SCIALOJA, *In tema di limite della prova testimoniale*, en *Foro italiano*, 1960, t. I, p. 449.

pública. Por ejemplo, se dice en un documento que el dueño de un inmueble lo vende por un precio determinado a otra persona, cuando en realidad se trata de una donación (simulación relativa porque la voluntad de transferir el dominio existe, pero a título diferente), o de venta, pero por un precio inferior o superior (simulación relativa, en ese punto), o se dice vender el inmueble, cuando se trata de un traspaso ficticio (simulación absoluta).

Suele decirse que en la simulación existen dos contratos: el aparente o público y el verdadero o secreto. Creemos que en la simulación existe un único contrato: el verdadero, que consta en el pacto secreto u oral; el documento público disfraza el contrato, dándole una falsa apariencia, total o parcialmente. Existen dos documentos o uno y un convenio verbal, pero un solo contrato³⁷¹.

Para la prueba de la simulación se aplican las conclusiones adoptadas en el número anterior, ya que se trata de probar contra el documento.

193. Los casos del principio de prueba por escrito, de imposibilidad física o moral y de destrucción o pérdida del documento público o privado

Las limitaciones *ad valorem* a la prueba testimonial, estudiadas en los números anteriores, no tenían aplicación cuando existía un principio de prueba por escrito (o una confesión parcial que hiciera las veces de tal), o había existido imposibilidad física o moral para obtenerlo, o había existido prueba documental pero había desaparecido.

Aunque al derogarse las limitaciones al testimonio, no tienen interés, por este aspecto, las mencionadas excepciones, sí lo conservan para los casos de documentos *ad probationem* consagrados en la ley; también lo conservan las nociones de principio de prueba escrita y los

³⁷¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Revista de la Universidad Nacional*, agosto-septiembre de 1938; *Simulación, nulidad e inexistencia* (nuestro primer trabajo jurídico, siendo estudiante de 4º año de derecho); CÁMARA, Héctor, *La simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1944; GUERRERO, Mario, *La simulación en el derecho civil colombiano*, Bogotá, 1957; MUÑOZ SABATÉ, Luis, *La prueba de la simulación*, Barcelona, 1972, ps. 163-420; además los tratados generales de derecho civil.

casos de pérdida o destrucción del documento público o privado que se haya otorgado y de imposibilidad física o moral para obtenerlo, pues en ellos desaparece el indicio mencionado.

1ª) *Cuando existe un principio de prueba por escrito.* Se trata de un acto escrito del demandado o de su representante, "que haga verosímil el hecho litigioso". Es decir, para que exista principio de prueba escrita se deben reunir los siguientes requisitos:

a) *Que provenga de la parte a quien se opone o de su representante o causante.* Puede provenir de un apoderado o representante legal (de los padres mientras tienen la patria potestad, por ejemplo), o contractual (como el gerente de una sociedad en pleito con ésta) de la parte a quien se opone el escrito; o del causante en proceso contra el heredero.

Es interesante el caso en que una persona escribe el dictado de otra. Entonces, si se prueba con testigos esa circunstancia, debe ser admitido como principio de prueba escrita contra ésta, y al contrario, no contra la primera, como lo ha dicho la jurisprudencia francesa³⁷².

La confesión judicial incompleta hace las veces de principio de prueba por escrito, y de ahí que pueda completarse con testimonios, cuando aquéllos por sí solos no bastan.

Cuando una parte está formada por varias personas, es suficiente la confesión incompleta o el principio de prueba escrita que emane de una de ellas, en razón de que la verosimilitud que aquélla da al hecho es indivisible.

En estos casos hay que tener en cuenta que la declaración expresa o la actuación procesal del apoderado sólo puede tener valor de confesión y, por lo tanto, de principio de prueba escrita, cuando estaba facultado para confesar o cuando lo hace en la demanda, en el escrito de excepciones previas y en sus respuestas (véase núm. 136, 2).

b) *Que el escrito goce de autenticidad o ésta se pruebe.* La autenticidad puede probarse con testigos³⁷³, peritos o confesión judicial.

³⁷² SICARD, Jean, *La preuve en justice*, Paris, 1960, núms. 346-347, acoge esta doctrina y cita sentencias de 6 de diciembre de 1933, marzo de 1923 y 29 de enero de 1930.

³⁷³ BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 168; ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, p. 424; ALCALÁ-ZAMORA Y

Si el documento es manuscrito, no hace falta que esté firmado, siempre que se presuma o se pruebe su autenticidad (véanse núms. 263 y 271).

c) *Que el escrito haga verosímil o probable el hecho alegado.* No puede exigirse que el escrito contenga el contrato, ni que convenza por sí solo, porque entonces existiría su prueba documental y no un simple principio o comienzo de prueba escrita. Basta que se refiera al contrato o lo mencione (pero esto no es necesario), o que sea una consecuencia de éste o un antecedente, o que de otra manera lo haga suponer lógicamente porque entre ellos exista un nexo de causalidad. Los testimonios completarán la certeza. Claro Solar pone el ejemplo de la oferta por escrito de venta o compra, que hace verosímil su conclusión³⁷⁴. Un escrito cualquiera puede constituir un principio de prueba, no importa la forma, la ocasión y el propósito al extenderse: cartas, telegramas, registros y papeles domésticos, anotaciones al margen de un documento, copias de correspondencia, actuaciones judiciales, etcétera. El principio de prueba puede consistir en un solo escrito, o en la reunión de diversos escritos distintos cuando uno solo de éstos no sea suficiente por sí mismo. También lo es el contrato nulo en su forma o por faltarle condición legal³⁷⁵.

2ª) *Caso de existir imposibilidad física o moral para obtener el documento o el principio de prueba escrita.* La prohibición de probar con testimonios, contratos o convenciones de cierto valor en adelante, desaparece cuando existe imposibilidad física o moral para haber obtenido el documento o el principio de prueba escrita. Luego, con mayor razón excluye ahora el indicio adverso que hemos indicado; esta regla se basa, sin duda, en un concepto de justicia y equidad elemental, porque resultaría absurdo exigirle a una persona que presente una prueba que le es imposible obtener. Y debe aplicarse a la falta de documentos *ad probationem* que exige la ley.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los contratos solemnes

CASTILLO, Niceto, *Clínica procesal*, México, 1963, ps. 379-380; LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 104.

³⁷⁴ CLARO SOLAR, *Explicación de derecho civil*, Santiago de Chile, 1939, t. XII, núm. 2127.

³⁷⁵ Jean SICARD cita varias sentencias de tribunales, antiguos y recientes (*La preuve en justice*, París, 1960, núm. 338, ps. 238-239).

no pueden probarse por un medio distinto del exigido en la ley, de manera que para ellos esta excepción y la anterior se aplican únicamente en cuanto se trate de demostrar su simulación o adiciones y alteraciones secundarias convenidas al celebrarlos o posteriormente³⁷⁶, pero no para suplir el documento inicial, ni para reformas sustanciales como incluir o excluir un inmueble o parte de él.

La imposibilidad de obtener el escrito puede ser física o moral, como unánimemente lo acepta la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera³⁷⁷, y es importante observar que debe existir y es suficiente que exista en el momento de celebrarse el contrato; por consiguiente, no importa que desaparezca después³⁷⁸.

La prueba de la imposibilidad material debe valorarse con amplitud, sin exigir una verdadera fuerza mayor, pues basta que sea atendible o justificada, como ocurre en los casos de incomparecencia a interrogatorios y similares³⁷⁹. Es importante llamar la atención acerca de que la apreciación por el juez de instancia sobre la imposibilidad física o moral sólo es atacable en casación por error manifiesto de hecho³⁸⁰.

De los múltiples ejemplos que hemos encontrado en la doctrina y la jurisprudencia francesas, italianas y brasileñas³⁸¹, se deduce que

³⁷⁶ LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. IV, núms. 101 y 118; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 216.

³⁷⁷ BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 172; RICCI, t. II, núms. 216-231; LESSONA, ob. cit., t. IV, núms. 117-138; Corte, G. J., XLVII, núm. 1940, p. 121 y t. XC, núm. 2210, p. 322; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba*, Buenos Aires, eds. 1972 a 1981, t. II, núm. 224 y *Tratado*, t. VI, ed. cit., núm. 847.

³⁷⁸ LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 128; MATTIROLLO, ob. cit., t. II, núm. 345; casación de Roma y Tribunal de Turín, citados por el primero.

³⁷⁹ LENT, Friederich, *Trattato del processo civile tedesco*, trad. italiana, Morano Editore, Nápoles, 1962, p. 197; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1941, t. II, núm. 59, p. 282; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 64; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil. Parte general*, ed. cit., ps. 393-397; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1959, p. 236.

³⁸⁰ SICARD, ob. cit., núm. 359, p. 249, cita dos declaraciones de la Corte de Casación francesa de 1956 y 1957; GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, cita seis sentencias de la Corte de Casación italiana, entre 1942 y 1958.

³⁸¹ RICCI, ob. cit., t. II, núms. 218-219; LESSONA, ob. cit., t. IV, núms. 123-132; GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., ps. 352-367; SICARD, ob. cit., núm. 358; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, ed. cit., t. II, núm. 177.

es aceptable como imposibilidad moral toda situación familiar, social o laboral en que exista una relación afectiva o de confianza tan estrecha o una dependencia económica tan importante (como cuando se trate de cónyuges o concubinos o de padres e hijos, o de patronos y empleados o de amigos íntimos) que en razón del respeto o de la mutua confianza o de la jerarquía que exista entre las partes, la exigencia del escrito hubiera podido significar una situación penosa o anormal para sus relaciones; e igualmente los casos en que por la urgencia del servicio (como les sucede a los médicos, dentistas, abogados, etc.) o la celeridad y multiplicidad de las operaciones o la costumbre social (como en las operaciones en ferias y mercados, de depósitos en hoteles y lugares similares), podría resultar un grave inconveniente para la celebración del negocio o una notoria impertinencia exigir el escrito como medida previa o coetánea al contrato. Los accidentes imprevistos son casos de imposibilidad material. El juez debe apreciar en cada caso tanto las circunstancias objetivas como subjetivas, a fin de adoptar su decisión. Debe tenerse en cuenta la costumbre vigente para la clase de negocio y los casos análogos a los anteriores.

3ª) *El caso de la pérdida o destrucción del documento.* Tanto la doctrina nacional como la extranjera, aceptan la prueba testimonial, en el caso de pérdida o destrucción del documento, aun cuando no exista una norma legal que la consagre. Se incluye en esta excepción el caso de pérdida o destrucción del principio de prueba por escrito³⁸². Naturalmente en estos casos desaparece el indicio de falta de documento.

Se trata de probar dos hechos no convencionales: la existencia previa del documento o principio de prueba escrita y su pérdida o destrucción; por lo tanto, conforme a los principios generales de la ciencia de las pruebas, pueden demostrarse con testigos inclusive cuando éstos estén excluidos por la ley para probar el acto documentado. Se trata de una imposibilidad material de aducir la prueba o la solemnidad que oportunamente se produjo y por eso se aplica también a los actos solemnes (por ejemplo: cuando la escritura pública se otorgó, pero fue destruida y no existen copias).

³⁸² LESSONA, ob. cit., t. IV, núms. 133 y 144; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 222; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 175.

Varias tesis existen acerca de la causa de la pérdida o destrucción del documento:

a) *Tesis que exige la prueba de una fuerza mayor o un caso fortuito.* Este punto de vista fue consagrado en el artículo 1348, ord. 4º del C. C. francés y luego en el artículo del mismo número del anterior del C. C. italiano. Es una tesis exagerada e injusta. Los autores y la Corte colombianos aceptaron, durante la vigencia de los artículos 91-93 de la ley 153 de 1887, esta primera tesis³⁸³, nosotros la hemos rechazado³⁸⁴, y a partir del C. de P. C. de 1970 es inaceptable.

b) *Tesis que acepta la pérdida inculpable del documento.* Si las partes cumplieron la formalidad legal y pueden demostrarlo, la ausencia de culpa es razón suficiente y en legislaciones como la nuestra, que no hablan expresamente de la fuerza mayor o el caso fortuito, resulta una evidente exageración exigirlos. Es la consagrada en el artículo 2724 del actual C. C. italiano y la de Lessona³⁸⁵.

c) *Tesis que se conforma con que la pérdida haya sido involuntaria.* Es ésta nuestra opinión, y en los países que consagren la libre apreciación por el juez de las pruebas en general, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no cabe dudar de que ésta es la tesis aplicable. Creemos que si las partes cumplieron la formalidad legal exigida *ad solemnitatem* o *ad probationem*, para que la pérdida del documento les permita aducir los testimonios supletorios, es suficiente que haya sido ajena a su voluntad, sin que importe que haya mediado culpa por negligencia o falta de previsión; lo contrario equivale a sancionar prácticamente con la pérdida del derecho sustancial, la simple culpa en la custodia del documento, lo cual nos parece injurídico. En cambio, la destrucción voluntaria o el haber arrojado a sabiendas el documento a un lugar donde necesariamente debía extraviarse (como a un basurero o la caneca de papeles destinados a aquél), significa el abandono de

³⁸³ ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 429-430; BECERRA, *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, 1933, t. II, núm. 497; GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, *Manual práctico de la prueba civil*, Bogotá, 1951, p. 281; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, p. 239.

³⁸⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá, ed. cit., t. V, núm. 847; *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1972, y eds. siguientes, t. II, núm. 224.

³⁸⁵ LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 141.

la prueba y debe presumirse que se renuncia a sus ventajas y al derecho sustancial que sólo así se podía probar, si se tenía capacidad jurídica.

Debe aplicarse el máximo rigor en la apreciación de los testimonios e indicios que se aduzcan para establecer los varios hechos que concurren para que el juez considere probada la destrucción o pérdida que la parte alegue.

De no aceptarse este punto de vista, es indispensable que por lo menos se adopte el criterio intermedio y admitir como suficiente la prueba de la ausencia de culpa.

d) *Hechos que deben probarse.* De lo expuesto hasta ahora se deduce que la parte interesada debe establecer plenamente los siguientes hechos:

1º) La preexistencia del documento cuya pérdida se alegue, y su clase (si público o privado, si auténtico o no), porque se parte de la base de que fue cumplida la formalidad legal. Si consistía en una escritura pública y si además se requería su registro, o si bastaba un documento privado, pero sujeto al registro público (como en las prendas agrarias e industriales), es indispensable establecer ambos hechos; es decir, el documento y la formalidad legal del registro³⁸⁶.

2º) El hecho de la pérdida o extravío del documento, con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar. Si se trata de destrucción en un siniestro, hay que probar éste y aquélla, pero, como advierte Ricci, "no puede exigirse una prueba rigurosa de su destrucción en ese siniestro", que es casi imposible; sólo puede pedirse que resulte su posibilidad y verosimilitud³⁸⁷.

3º) La involuntariedad del suceso debe presumirse.

4º) Que no es posible obtener otra copia, si se trata de escrituras públicas o documentos protocolizados, o que constan en archivos oficiales o en procesos o actuaciones administrativas y otros casos similares, pues de lo contrario no existe el impedimento para aducirlos (certificado del notario o funcionario sobre su destrucción). Además, si el documento fue registrado, como el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados lo suple en caso de pérdida, es ne-

³⁸⁶ LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. IV, núm. 143.

³⁸⁷ RICCI, ob. cit., t. II, núm. 224.

cesario probar que también se destruyó o extravió el libro o el folio correspondiente.

5º) Lo sustancial del contenido del documento. Esto es indispensable para que el juez pueda conocerlo con la prueba supletoria que se le aduzca, con una doble finalidad: precisar que el escrito perdido se refería precisamente al derecho cuya existencia o extinción se alega y adoptar su decisión de fondo sobre él. Esto no es posible sin que los testigos digan que conocieron el escrito y que se refería a ese crédito, o, si se trata de escrituras públicas, sin que mencionen al menos su número y la notaría de su procedencia, o digan que se refería a la compraventa de tal inmueble o algo por el estilo que permita relacionar el documento con el derecho o hecho que trata de probarse; pero no es necesario que hayan leído todo el documento, ni que cada testigo deponga sobre el siniestro, la pérdida del documento, su contenido y la convención o el acto jurídico de que trataba; por el contrario, pueden ser diferentes testigos, que se complementen³⁸⁸.

Se trata de una prueba generalmente inductiva e incompleta³⁸⁹, porque difícilmente los testigos recordarán todo el contenido del documento, ni podrán dar fe del mismo, a menos que tengan una copia informal o que hayan intervenido en su elaboración e identifiquen la copia que se presentó al proceso (por ejemplo, la secretaria que hizo la copia o el fotógrafo que obtuvo su fotocopia).

6º) No hace falta probar la autenticidad del documento privado. Es ésta la tesis de Ricci y Lessona, que nosotros aceptamos, porque se trata de habilitar la prueba testimonial, probando la pérdida del documento en las circunstancias estudiadas, para darle mayor verosimilitud al contrato o acto, de manera que es aquélla y no el documento la que en ese caso debe suministrarle al juez la certeza necesaria para declarar cierto el hecho alegado³⁹⁰.

Puede establecerse la autenticidad, por ejemplo, con el testimonio de personas que lo vieron firmar, especialmente si ellas firmaron tam-

³⁸⁸ BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 175; RICCI, ob. cit., t. II, núm. 224.

³⁸⁹ LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 143; DEMOLOMBE, LAURENT y TULLIER-DIVERGIER, citas de LESSONA; RICCI, ob. cit., t. II, núm. 224.

³⁹⁰ RICCI, ob. cit., t. II, núm. 224; LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 147.

bién como testigos instrumentales, o por confesión. Si esto es posible, resulta conveniente aducir tal prueba; pero no es indispensable, pues basta que los testigos afirmen que llevaba la firma de la parte contra quien se aduce, ya que el contrato se prueba por separado.

e) *El caso de pérdida de procesos o sentencias.* En Italia y Francia se ha discutido si puede incluirse este caso en la hipótesis que estudiamos. En Colombia se acepta expresamente (decretos 1683 y 1897 de 1940 y 242 de 1951, y ahora, arts. 133 y 134, C. de P. C.). El segundo sistema es el lógico.

194. Inhabilidades e impedimentos para testificar

Sabemos que para la validez y eficacia del testimonio son necesarias la capacidad de testigo y su habilidad física, moral e intelectual. Esas inhabilidades pueden ser absolutas o relativas. Las primeras excluyen en general la recepción del testimonio de una persona en toda clase de procesos, de manera que el juez no puede admitirlo en ningún caso; las segundas se refieren a ciertos motivos que impiden, en un proceso determinado o en cierto momento, la recepción del testimonio.

Cuando el juez puede conocer la inhabilidad, debe rechazar de oficio y de plano la recepción del testimonio, aun cuando haya sido ordenada por providencia en firme, dejando la respectiva constancia. La enumeración de las causas de inhabilidad es taxativa, puesto que se trata de una materia de orden público y de excepciones al deber general de testificar.

Es mejor dejar al juez en libertad para recibir o rechazar el testimonio y, en el primer caso, para determinar su mérito como medio de prueba, tal como se hace en nuestro proceso penal.

194)a. Tiene el deber de testificar toda persona hábil (COL, 213; BRA, 405; CHI, 356; ECU, 230; PER, 449) que posea conocimiento de los hechos litigiosos en un proceso dado y sea requerido al efecto (GUA, 142; MEX, 356).

Se entiende por persona hábil la que tiene edad adecuada, probidad, conocimiento e imparcialidad (ECU, 229).

a) La *edad* mínima exigida para atestiguar válidamente difiere en los CPC, que establecen sea mayor de:

A) 12 años: COL, 215.

B) 14 años: ARG (NAC, 426; BUE, 424; SFE, 203); BOL, 444; CHI, 357; URU, 376.

C) 15 años: VEN, 343.

D) 16 años: BRA, 405; GUA, 143.

E) 18 años: ECU, 230; PAR, 184; PER, 450.

Sin embargo, algunos CPC expresamente refieren a la posibilidad de que menores (respecto de la edad autorizada en cada uno de ellos) declaren sin previo juramento y se tome su deposición como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente (por ej.: CHI, 357), o quedando al criterio del juez la valoración de tales testimonios (por ej.: ECU, 230).

b) Por falta de *probidad* (rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar), son inhábiles como testigos:

A) Los condenados (aun cuando hubieran cumplido la condena) por delitos de: falsedad de testimonio (BOL, 445; BRA, 405; ECU, 234; PAR, 207; PER, 450; URU, 406; ESP, 660); robo (ECU, 234); soborno o cohecho (CHI, 357; ECU, 234) y en general por todo delito que tenga pena corporal (PAR, 207; URU, 406).

B) Los tinterillos, mientras dure la condena (ECU, 234).

C) Los enjuiciados penalmente (ECU, 234, por infracción que merezca pena privativa de libertad, desde que se dicte el auto motivado hasta la sentencia absolutoria o hasta que hayan cumplido la condena).

D) Los sujetos a mandamiento de prisión (PER, 450).

E) Los quebrados fraudulentos (PAR, 207; URU, 406) y los deudores fraudulentos (ECU, 234).

F) Los mendigos (ECU, 234) y carentes de profesión u ocupación honesta conocida (BOL, 445; PAR, 207; URU, 406) o notoriamente vagos (CHI, 357; ECU, 234; PER, 450).

G) Las meretrices (ECU, 234) y los rufianes (ECU, 234).

H) Los que, por aparecer frecuentemente dando testimonio en otros juicios, infunden la sospecha de ser personas que se prestan para rendir declaraciones falsas (CHI, 357; ECU, 234; VEN, 343).

I) Los que no son dignos de fe, por tener mala conducta notoria (BRA, 405).

c) Por falta de *conocimiento*, son inhábiles como testigos:

A) Los privados de juicio, locos, dementes (COL, 215; BOL, 445; BRA, 405; CHI, 357; ECU, 231; PAR, 207; PER, 450; URU, 406; VEN, 343) y mentecatos (ECU, 231);

B) los toxicómanos (COL, 216; ECU, 231);

C) los ebrios consuetudinarios (BOL, 445; PAR, 207; URU, 406) y los embriagados al momento de declarar (COL, 216; CHI, 357; ECU, 232; PAR, 208 –en el momento en el cual ocurrió el hecho–; PER, 450);

D) los que carecen del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse éstos (CHI, 357; PER, 450); así, los ciegos y sordos, con relación a hechos perceptibles por la vista o el oído, respectivamente (BOL, 445; BRA, 405; URU, 406);

E) los sordomudos que no leen ni escriben ni pueden darse a entender por lenguaje convencional de signos traducibles por intérpretes: COL, 215; CHI, 357; ECU, 233 (“el sordomudo es testigo idóneo si sabe leer y escribir y si su declaración se refiere a lo que vio”); PER, 450;

F) los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o estén bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas: COL, 216.

d) Por falta de *imparcialidad*, también son inhábiles (relativamente) para declarar como testigos: quienes encuadren –entre sí– en la frondosa lista que hemos compaginado después de sistematizar todos los CPC que anotamos:

A) Ascendientes y descendientes: ARG (NAC, 427; BUE, 425; SFE, 217); BOL, 446; BRA, 405;

B) parientes consanguíneos (en diferentes grados de parentesco según cada legislación): ARG (NAC, 427; BUE, 425; CBA, 309; SFE, 217); BOL, 446; BRA, 405; CHI, 358; ECU, 237; GUA, 144; PAR, 187 y 208; PER, 452; URU, 384 y 406; VEN, 345; ESP, 660;

C) parientes por afinidad (con diferentes grados de parentesco según cada legislación): ARG (NAC, 427; BUE, 425; CBA, 309; SFE, 217); BOL, 446; ECU, 237; GUA, 144; PAR, 187 y 208

(directos); PER, 454; URU, 384 y 406 (directos); VEN, 346; ESP, 660;

D) adoptante y adoptado: PER, 452;

E) tutor o curador y pupilo: ARG (CBA, 309; SFE, 217); BOL, 446; BRA, 405; CHI, 358; ECU, 237; PER, 454;

F) marido y mujer: BRA, 405; CHI, 358; ECU, 237; PAR, 187; PER, 452; VEN, 345; aun cuando estén separados: ARG (NAC, 427; BUE, 425; CBA, 309; SFE, 217); GUA, 144; URU, 384;

G) compadres: ECU, 237; PER, 454;

H) padrino y ahijado: ECU, 237; PER, 454;

I) dependientes, criados y paniaguados con el patrón o principal: BOL, 446; CHI, 358; ECU, 237; PAR, 208; PER, 454; VEN, 345; ESP, 660. Se entiende por *dependiente* el que presta habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa (CHI, 358 y ESP, 660); por *criado*, el que vive en casa del litigante y le presta en ella servicios mecánicos mediante un salario fijo (ESP, 660);

J) interés directo o indirecto en la misma causa en la cual se declara u otra similar: BOL, 446; BRA, 405; CHI, 358; ECU, 237; PAR, 208; PER, 454; URU, 406 (extensivo a parientes); VEN, 344; ESP, 660;

K) procurador o representante por el mandante o representado: BRA, 405; ECU, 237; PER, 452;

L) abogado por el cliente: BRA, 405; ECU, 237; PER, 452; VEN, 344;

M) enemigo manifiesto o amigo íntimo: BOL, 446; BRA, 405; CHI, 358 (ambos manifestados por hechos graves); ECU, 237; PAR, 208; PER, 454; URU, 406; VEN, 344; ESP, 660;

N) deudor y acreedor: PAR, 208; URU, 406;

Ñ) donante y donatario: ECU, 237; PER, 454; ESP, 660;

O) socio por coasociado y por la sociedad: ECU, 237; PAR, 208 (salvo sociedad anónima); URU, 406 (ídem); VEN, 344; ESP, 660;

P) vendedor en causa de evicción sobre la cosa vendida: VEN, 344;

Q) testigo que tiene litigio pendiente con el contrario a su presente: BOL, 446;

R) testigo que recibió del litigante beneficios de importancia o,

después de abierto el término probatorio, dádivas u obsequios aunque fueran de poco valor: URU, 406;

S) testigo que dio recomendaciones sobre la causa, antes o después de comenzada: PAR, 208; URU, 406;

T) en general, las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (COL, 216) o que no merezcan la fe de un testigo (BOL, 447);

U) además, el juez y secretario de la causa: PER, 452; VEN, 344. Todas las inhabilidades derivadas del parentesco lo son salvo en causas que versen sobre edad, filiación, estado civil, parentesco, defunción o derechos de familia (ARG [CBA, 310; SFE, 217]; ECU, 238; GUA, 144) o sobre reconocimiento de firmas (ARG, NAC, 427; BUE, 425) o cuando hubieran sido agentes instrumentales de un acto jurídico y la declaración versare sobre éste (ARG, CBA, 310; SFE, 217).

195. Los anteriores impedimentos para declarar son hoy motivos de sospecha

Los llamados impedimentos para testimoniar fueron estudiados con los requisitos para la eficacia del testimonio (véase núm. 189). Los nuevos C. de P. C. los denominan más técnicamente motivos de sospecha, contra la veracidad del testimonio, porque no impiden recibirlo.

Estos motivos se basan en el interés presunto que el testigo tiene en el proceso, en el parentesco, en la enemistad grave o la amistad íntima o la dependencia económica del testigo respecto de una de las partes, en el carácter de apoderado o defensor de éstas, en los antecedentes deshonestos y en la habitualidad en declarar.

El juez tiene libertad para apreciar, conforme a las reglas de la sana crítica, todos los motivos de sospecha, pero debe ser muy estricto en la calificación de la enemistad grave, lo mismo que de la amistad íntima, porque no toda animadversión, ni cualquier incidente o desacuerdo entre el testigo y la parte, ni el trato amistoso y la camaradería habitual, pueden ser suficientes para afectar el testimonio.

Cuando una de las partes (demandante o demandada) esté formada

por varios litisconsortes o existan coadyuvantes, basta que el testigo esté en situación de sospecha, respecto a uno de aquéllos o de éstos, para que opere el motivo en relación con todos, porque no se puede ser parcial respecto de uno sin serlo de los demás³⁹¹.

195)a. Ver núm. 194)a.

196. La tacha de los testigos

Cuando un testigo está en alguno de los casos contemplados por la ley como motivos de sospecha, las partes pueden alegar el hecho por escrito antes de la audiencia en que debe recibirse u oralmente dentro de ella, aduciendo las pruebas o solicitando su práctica; si el testigo acepta el hecho, se prescindirá de otras pruebas, pero en caso contrario, se debe proceder allí mismo a practicarlas. El testimonio debe recibirse de todas maneras, y el juez apreciará los efectos del motivo de sospecha alegado y sus pruebas en la sentencia; pero si era testimonio de un incidente, lo apreciará al resolver éste.

El juez puede considerar de oficio los motivos de sospecha que aparezcan comprobados. Esto es igual en lo civil, penal, laboral, etcétera.

196.a)a. La tacha es definida en URU, 404: "es un defecto que destruye o disminuye la fe del testigo". Se trata de una impugnación que se efectúa a su declaración por hallarse aquél en alguna de las causales ya enunciadas en núm. 194.a, o, en general y más ampliamente: "todas las circunstancias que puedan inclinar al testigo a deponer a favor o en contra de una de las partes y las que hagan presumir razonablemente que no es digno de fe o que no se encuentra en condiciones de conocer los hechos sobre los que debe declarar" (ARG, SFE, 221).

b) Algunos CPC autorizan sólo la tacha del testigo *contrario* (COL, 218; COS, 326; ECU, 239; PAR, 206; PER, 459; URU, 405; VEN, 365; ESP, 660) en tanto que otros también la permiten

³⁹¹ ALLORIO, *Diritto di testimoniare e litisconsorzio*, en *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, p. 395; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1941, t. II, núm. 28, § V, p. 618; REDENTÍ, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 258; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, p. 295.

respecto de testigos convocados por el juez (COL, 218) o por la *propia parte* (ARG, SFE, 220; PER, 459: sólo por haber sido sobornado por el contrario; VEN, 365: ídem PER).

URU, 411, establece que propuesto y aceptado un testigo por una parte, no puede ser tachado por ella en *otro pleito*, salvo causa sobreviniente.

c) Las tachas se formulan por escrito (PER, 460):

1) Antes de la audiencia señalada para la declaración del testigo: BOL, 472; COL, 218; CHI, 373; PER, 460;

2) durante la audiencia: COL, 218; COS, 327; CHI, 373 (hasta tres días después); MEX, 371; PER, 460 (verbalmente, antes de que se reciba la declaración);

3) dentro del plazo de prueba: ARG (NAC, 456; BUE, 456; SFE, 222 —o en el mismo acto—); COS, 327; GUA, 162; PAR, 209; URU, 408;

4) dentro de la quinta audiencia: VEN, 364;

5) hasta cuatro días después de haber declarado el testigo: ESP, 661.

d) Se sustancia incidentalmente (MEX, 371; PER, 462) pero la proposición de la tacha no impide que se tome declaración al testigo (BOL, 447; CHI, 375; PER, 455; VEN, 364).

e) La causal de tacha debe ser probada (COS, 327; CHI, 376; ECU, 239; URU, 409; VEN, 366; ESP, 662) no admitiéndose la prueba de testigos (CHI, 378; MEX, 372; PER, 464).

f) La valoración de la tacha se efectúa:

1) Antes de la audiencia cuando se funda en la inhabilidad del testigo: ARG (NAC, 428; BUE, 426); COL, 218; CHI, 375;

2) en la sentencia de mérito: BOL, 476; BRA, 405; COL, 218; CHI, 379; ECU, 239; PER, 463.

197. La tacha de falsedad del testimonio

La tacha de falsedad del testimonio ya recibido en un proceso civil o laboral o contencioso-administrativo o fiscal no puede tramitarse allí mismo, porque se trata de un delito cuya investigación y juzgamiento corresponde a los jueces del crimen.

Hay falsedad del testimonio no sólo cuando se ha faltado a la verdad en lo expuesto, sino también cuando se ha omitido intencio-

nalmente una parte de los hechos que se conocen y esa omisión altera el sentido de las conclusiones de la declaración, e igualmente cuando el testigo narra hechos verdaderos, afirmando que los conoce, sin que esto sea cierto³⁹². Estas circunstancias deben probarse en el respectivo proceso; pero si hay declaración penal del delito, en sentencia en firme, y se lleva la copia al proceso civil o laboral o contencioso-administrativo antes de que concluya la segunda instancia, se deberá tener en cuenta tal decisión, como prejudicialidad necesaria.

197)a. Ver núm. 196)a.

198. Disponibilidad del testimonio

En un proceso dispositivo, como el anterior civil nuestro, puede hablarse de disponibilidad del testimonio, en el sentido de que las partes pueden aducirlo o no, según lo aconsejan sus intereses y la mayor o menor actividad de sus apoderados, ya que el juez no puede ordenarlo de oficio.

En los procesos con facultades inquisitivas del juez, como todos los actuales nuestros, que permiten ordenar de oficio esta prueba, esa disponibilidad le pertenece a éste, juntamente con las partes; pero en lo civil es necesario que los nombres de los testigos aparezcan mencionados en el proceso para que se citen de oficio. Para que se cumpla la anterior condición y pueda el juez decretar de oficio los testimonios, será suficiente que cualquiera de las partes o los peritos al rendir su dictamen u otro testigo al declarar den los nombres de personas que tengan conocimiento de los hechos, e inclusive que estas mismas personas comuniquen por escrito al juez que pueden servir de testigos. En las inspecciones judiciales, podrá el juez recibir de oficio el testimonio de las personas que encuentre en el lugar, sin que importe que sus nombres no hayan aparecido antes en el proceso; lo mismo ocurre en las diligencias de entrega de bienes y en las de secuestro, si hay oposición.

199. Comunidad del testimonio

Es muy frecuente leer y oír en escritos y audiencias procesales

³⁹² SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, t. I, p. 217.

que abogados y jueces se refieren a "la prueba del actor", o "la prueba del demandado", y, en materia de testimonios, a los testigos de uno y otro. Tales expresiones deben ser entendidas en un sentido exclusivamente formal, para referirse a la parte que solicitó su recepción o su práctica, pero de ninguna manera para indicar que esas pruebas deben favorecer necesariamente a esa parte. Una vez recibido, el testimonio pertenece al proceso y puede perjudicar a quien lo solicitó (véase núm. 13, 4°).

Una vez citado un testigo, la parte contraria a quien lo presentó, puede utilizarlo para que exponga sus conocimientos sobre otros hechos relacionados con el proceso o sobre circunstancias diversas de los mismos que son materia del interrogatorio inicial; es lo que suele denominarse *contrainterrogatorio*. También el juez cuando tenga libertad para decretar pruebas en general de oficio, puede interrogar oficiosamente e inclusive ordenar careos entre testigos o entre éstos y las partes. Es otro aspecto de la comunidad de esta prueba.

200. Renuncia al testimonio y desistimiento de él

Las partes pueden desistir de los testimonios que solicitaron, siempre que lo hagan antes de su recepción; pero el juez puede decretarlos de oficio si los considera convenientes³⁹³.

En sentido estricto, el desistimiento de la prueba se refiere al caso en que no ha sido practicada, y la renuncia al caso en que ya se practicó; ésta no es admisible, cualquiera que sea la clase de proceso y la jurisdicción a que pertenezca, así haya resultado favorable a quien la pidió. El hecho probado por ese medio pertenece inexorablemente al proceso (véase núm. 13, 4°, 5°).

200)a. Se considera que el oferente de la prueba testimonial desiste de ella cuando:

- 1) No activa la citación del testigo y éste no comparece a la primera audiencia señalada para su declaración: ARG, NAC, 432; BUE, 430;
- 2) el testigo no comparece a la primera audiencia señalada y la

³⁹³ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 117.

parte no requiere las medidas necesarias de compulsión: ARG (NAC, 432; BUE, 430); GUA, 147;

3) fracasada la audiencia fijada supletoriamente por motivos no imputables a la parte, no solicita nueva designación de audiencia dentro de un plazo que varía en cada código: ARG, NAC, 432; BUE, 430;

4) la parte que se comprometió a llevar al testigo a la audiencia, no lo hace sin justa causa: ARG, NAC, 434; BUE, 432;

5) la parte oferente no concurre a la audiencia y no dejó con anterioridad pliego escrito para interrogar al testigo compareciente: ARG (NAC, 437; BUE, 435; CBA, 290); PER, 482;

6) la parte renuncia al testimonio antes de ser prestado: ARG (SFE, 223: la contraria puede exigir el examen).

Se considera *desierta* la prueba cuando es inexacto el domicilio denunciado del testigo o si el juez advierte que se solicitó al solo efecto de retardar el procedimiento: MEX, 357.

201. La retractación o rectificación del testimonio

Se entiende por retractación del testimonio el acto por el cual la persona que declaró en un proceso le manifiesta luego al juez que no es cierto lo que dijo anteriormente. El testigo goza de completa libertad para retractarse y no necesita aducir prueba alguna de error, no importa que reconozca que obró con dolo en su testimonio, es decir, de que declaró falsamente a sabiendas, pues es un motivo mayor para quitarle la eficacia probatoria³⁹⁴.

Si el testigo manifiesta que incurrió en un error de memoria o de percepción o por otra causa, por lo cual se rectifica o retracta, los efectos de tal acto sobre el mérito probatorio de su testimonio varían según el alcance de esa rectificación; si manifiesta que en realidad nada le consta sobre el hecho, se elimina totalmente; si se limita a modificar sustancialmente el contenido de su declaración, debe aplicarse el criterio que rige para el caso en que el testigo incurre en graves contradicciones y ninguna credibilidad merece; si las rectifica-

³⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *Revista de derecho procesal*, Madrid, 1965, t. 1, ps. 47 y ss.; DENTI, *Nota sui vizi della volontà negli atti processuali*, en *Studio nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, 1959, núm. 93, p. 92.

ciones se refieren a circunstancias accesorias, el juez debe apreciar en conjunto su testimonio y sus aclaraciones, para fijarle el grado de verosimilitud que le merezca, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. La rectificación debe ser en nueva audiencia (o diligencia en lo penal) con las formalidades del testimonio, o puede ocurrir en la misma en que se declara, antes de que concluya.

202. Solicitud y ordenación de los testigos

Como ocurre con todas las pruebas, su solicitud por las partes está sometida a un término preclusivo. En cuanto a la forma como debe formularse la solicitud, hay tres sistemas: que el peticionario redacte, en la misma solicitud, el cuestionario o las preguntas que desea formularle al testigo; que baste expresar el nombre de los testigos para que el juez ordene su citación o les reciba testimonio (como en nuestros procesos penales y laborales); o que se indiquen sus nombres y sucintamente el objeto de la declaración (sobre las relaciones sexuales del demandado y la demandante o la madre de éste; sobre la posesión de estado civil o la material de tal predio, etcétera).

El juez decreta la recepción de los testimonios, señalando los nombres de los testigos, sin copiar el cuestionario. Dicho decreto no significa que al apreciarlos deba reconocerles mérito probatorio, pues esto dependerá de su contenido y de la personalidad del testigo (véanse núms. 60 y 66).

202.a)a. La prueba testimonial debe ser solicitada u ofrecida mediante escrito que contenga la nómina de testigos propuestos (ECU, 240; PAR, 182; PER, 465; URU, 378; ESP, 640) con los datos siguientes:

1) Nombre y apellido del testigo: ARG (NAC, 429; BUE, 427; CBA, 212 y 284; SFE, 200); BOL, 451; BRA, 407; COL, 219; COS, 305; PAR, 182; PER, 465; URU, 378; ESP, 640;

2) domicilio o residencia del testigo: ARG (NAC, 429; BUE, 427; CBA, 212 y 284; SFE, 200); BOL, 451; BRA, 407; COL, 219; COS, 305; PAR, 182; PER, 465; URU, 378; ESP, 640; o en su lugar de trabajo: BOL, 451;

3) profesión u oficio del testigo: ARG (NAC, 429; BUE, 427; SFE, 200); BOL, 451; BRA, 407; PAR, 182; PER, 465; ESP, 640;

4) estado civil del testigo: BOL, 451;

5) descripción del objeto de la prueba: COL, 219;

6) pliego de interrogatorio: ARG, SFE, 200; ECU, 240; GUA, 145; PAR, 182; URU, 378; ESP, 638. Sin necesidad de pliego: MEX, 360, salvo que el testigo se domicilie fuera del lugar asiento del tribunal, MEX, 362.

Si por las circunstancias del caso le es imposible a la parte conocer alguno de los datos requeridos, le basta con indicar los necesarios para poder individualizar al testigo sin dilaciones y obtener su citación (BOL, 451 y 380, 3º).

b) Algunos códigos limitan el número de testigos que pueden ser ofrecidos respecto de cada hecho litigioso:

1) *A cuatro*, COS, 314 (el juez puede reducir el número a dos o tres);

2) *a cinco*, ARG (SFE, 200, en juicio sumario, sumarísimo, especial y ejecutivo); GUA, 142;

3) *a seis*, CHI, 372; ECU, 241; PER, 466 (los reduce a tres en la prueba de tachas);

4) *a siete* “y no más”, URU, 397;

5) *a ocho*, ARG (NAC, 430); en este caso, si el número propuesto es mayor, el juez cita a los ocho primeros; luego, a los demás si son estrictamente necesarios;

6) *a diez*, ARG (SFE, 200: en juicio ordinario; sin embargo el juez puede admitir su ampliación si la naturaleza del asunto lo justifica); BRA, 407 (si declaran concordantemente más de tres por cada hecho, el juez puede dispensar a los restantes);

7) *a doce*, ARG (BUE, 428), salvo petición expresa y debidamente fundada que justifique el ofrecimiento de un mayor número.

No limitan el número de testigos, ARG (CBA, 312) y ESP, 645, “pero los gastos de los que excedan de seis por cada pregunta útil serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado”.

De la solicitud de prueba cabe dar traslado a la contraria (ECU, 240) a fin de que se expida acerca de las personas de los testigos ofrecidos.

203. La limitación del número de testigos y su rechazo por impertinentes o inconducentes

En principio, las partes deben gozar de libertad para aducir al proceso (cualquiera que sea su naturaleza) todas las pruebas que consideren útiles para la defensa de su causa (véase núm. 13, 17°); pero esa libertad debe estar condicionada a la pertinencia y utilidad de tales pruebas (véanse núms. 80-81). Si el número de testigos que las partes aducen en un proceso resulta excesivo, porque con los ya oídos es suficiente para adquirir la certeza que el juez necesita para resolver, resulta contrario a la economía procesal y perjudicial para la celeridad de la causa perder tiempo y trabajo en recibir los demás; esto debe dejarse al criterio del juez. No conviene fijar el número máximo en la ley. Si la impertinencia o inconducencia son manifiestas, debe rechazarse de plano el decreto del testimonio (véanse núms. 79-80).

203)a. Ver núm. 202)a.

204. La citación del testigo y sanciones por desobediencia

Una vez decretada la recepción, el testigo puede concurrir espontáneamente o a solicitud verbal de la parte interesada, a declarar en la oportunidad procesal correspondiente; pero puede citársele a solicitud de parte o de oficio. En lo penal puede concurrir sin citación previa, pero debe ordenarse por auto la recepción de su testimonio.

La citación se hace por medio del funcionario judicial que tenga esa función (el secretario personalmente o un subalterno, por comisión a un funcionario similar de otro despacho, o por conducto de la policía judicial e inclusive de la ordinaria).

204)a. Siendo admitida por el juez la prueba testimonial solicitada, cita a los testigos a una audiencia única —cuando su número lo permite— (BRA, 412; COL, 220; CHI, 380; GUA, 146; PAR, 183) y, en su caso, a la audiencia supletoria que se señale en defecto de aquella (ARG, NAC, 431; BUE, 429), a menos que la propia parte interesada se comprometa a llevarlos: ARG (NAC, 434; BUE, 432); BOL, 455.

Algunos CPC exigen que sea la parte la encargada de llevar los testigos: COS, 309; MEX, 357.

La citación se efectúa por cédula o boleta dirigida al domicilio del testigo con una anticipación que varía entre uno y tres días (ARG [NAC, 433; BUE, 431; CBA, 286; SFE, 202]; BOL, 453; COL, 224; COS, 307; ECU, 240; GUA, 146; MEX, 357; PAR, 183; URU, 381; ESP, 643) transcribiendo en ella día, hora y local donde se celebrará la audiencia, el nombre de las partes y la naturaleza de la causa (BRA, 412) y el apercibimiento que soportará el testigo en caso de incomparecencia (ARG, SFE, 203, dice: "Toda persona mayor de 14 años está obligada a declarar como testigo, so pena de sufrir la sanción establecida en el artículo 243 del Código Penal. El testigo que no comparece sin excusar su ausencia con justa causa, podrá ser conducido por la fuerza pública y mantenido en arresto hasta que preste declaración o manifieste su voluntad de no prestarla. Luego, será sometido a la justicia criminal").

Por supuesto, los testigos pueden presentarse espontáneamente, sin citación previa (URU, 381).

En caso de que el testigo trabaje en relación de dependencia, el juez debe hacer conocer la citación al patrono o superior, para que se le conceda licencia sin descuento de sus sueldos o salarios (BOL, 454; BRA, 412; COL, 224). No se requiere previa licencia en VEN, 359, donde tampoco puede excusarse el testigo de comparecer por razón de privilegio.

205. La recepción del testimonio

Como vimos al tratar del deber de testimoniar, algunas personas tienen el derecho a que su testimonio se reciba en su casa de habitación y otras el de rendirlo mediante certificación juramentada; a los que residen en otra población se les recibe su declaración allí, por conducto de juez comisionado (salvo que una de las partes pague los gastos del viaje al juzgado de la causa, si no está impedido); a los que residen en el exterior se les oye por conducto del cónsul o diplomático de su país o del funcionario competente del país donde se encuentre. Los demás testigos deben comparecer al despacho del juez, en la fecha y hora que éste señale.

Lo ideal es que los testimonios se reciban en audiencia pública presidida por el juez y que el interrogatorio sea oral (véase núm. 188,

punto 3). Al finalizar la jornada del día señalado, se puede fijar, en la misma audiencia, la fecha y la hora para continuar recibiendo los testimonios que queden pendientes, sin que sea necesario notificarlo a las partes, porque tienen la carga procesal de concurrir a ella, tal como se hace durante las inspecciones judiciales, las diligencias de entrega o secuestros y otras.

Salvo los casos que la ley autoriza para rendir el testimonio mediante certificación juramentada, en razón del cargo oficial que se desempeña, cuando terceras personas (en sentido procesal) hacen constar en documentos el conocimiento que tengan sobre hechos, se estará en presencia de una prueba testimonial y no documental, es decir, aquéllas son testigos y deben comparecer al proceso para declarar con las formalidades legales, sin que sea suficiente que comparezcan a reconocer como auténtica su firma y cierto el contenido. En esta situación están los certificados de médicos no oficiales.

Como lo aconsejan muchos autores, la recepción del testimonio debe hacerse de manera que el testigo disfrute de comodidad y tranquilidad, para que le sea posible concentrarse adecuadamente, ordenar sus recuerdos y escoger de modo conveniente el vocabulario que le permita una mejor exactitud en su narración.

Muy importante es dar la facultad al juez de ordenar que los testimonios se reciban en el lugar donde ocurrieron los hechos, cuando lo considere conveniente, con o sin inspección judicial. Así lo otorga el artículo 220 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

Por otra parte, debe impedirse que los testigos oigan las declaraciones de los otros, para evitar las recíprocas sugerencias e influencias. Lo ideal es que no conozcan previamente el cuestionario, para que haya mayor espontaneidad; de ahí que resulte mejor el interrogatorio verbal, en el curso de la audiencia, que el previo pliego escrito. Puede conminárseles con multas e inclusive con arresto, por desacato, si se niegan a contestar, y exigírseles que no den respuestas vagas, incoherentes o faltas de sentido y que las aclaren, pero jamás que lo hagan en uno u otro sentido, ni coaccionarlos para ello (véanse núms. 13, 18º, 19º; 188, 7º).

Las preguntas orales y las respuestas deben grabarse en cintas magnetofónicas, en procesos modernos; pero si se exige copiarlos deben

reproducirse tal como se producen, lo cual es muy importante para que el juez comitente o el superior en la segunda instancia o en casación puedan apreciar la personalidad del testigo, sus capacidades de memoria, percepción y redacción. La violación de esta norma le resta eficacia probatoria al testimonio (véase núm. 189, 18°). Tampoco se permite que el testigo diga simplemente que “es cierto” lo preguntado, ni que repita la pregunta; si se viola esto su declaración carecerá de eficacia.

El funcionario debe exigirle que explique exactamente dónde, cuándo y cómo ocurrió el hecho y dónde, cómo y cuándo lo conoció, teniendo mucho cuidado de no sugerir la respuesta (por ejemplo: no se le debe preguntar: “¿estaba Ud. presente?”, sino, “¿por qué le consta a Ud. eso?”), pues sólo así podrá apreciar el testimonio y reconocerle eficacia (véanse núms. 189 y 209). Este requisito se aplica a los procesos de cualquier jurisdicción. Si el juez no exige al testigo las necesarias aclaraciones y complementaciones, incurrirá en violación de un deber profesional.

Si el funcionario que recibe el testimonio omite exigirle al testigo las explicaciones indispensables respecto a la razón de la ciencia de su dicho y a las demás circunstancias para que resulte “exacto y completo”, antes de proferirse la sentencia o el auto que resuelve el incidente en el cual se adujo como prueba, debe el juez o magistrado, ordenar nuevo interrogatorio oficiosamente, para subsanar ese defecto, pero debe tenerse mucho cuidado en el nuevo interrogatorio, para evitar preguntas que insinúen la respuesta y cualquiera preparación dolosa del testigo; lo mejor será citarlo oficiosamente sin decir que se trata de subsanar determinadas deficiencias y someter al testigo a un nuevo y completo interrogatorio, sin leerle ni permitirle leer la anterior declaración.

205.a)a. Admitida la prueba testimonial, el juez señala audiencia para que en un *mismo día* —de ser posible— declaren todos los testigos: ARG (NAC, 431: “tantas audiencias como fueren necesarias en días seguidos...” y 450; BUE, 429; CBA, 302; SFE, 208 y 211); BOL, 452; BRA, 410; COS, 322; CHI, 369; ECU, 240; MEX, 364; PAR, 198; PER, 468.

De no terminarse el acto dentro del horario tribunalicio, se con-

voca a nueva audiencia para lo cual no se requiere nueva citación (PAR, 198) o se habilita todo el tiempo que fuere necesario (GUA, 159).

Resulta conveniente fijar una audiencia supletoria para el supuesto de fracasar la señalada a fin de recibir la deposición del testigo: ARG, NAC, 431; BUE, 429.

b) Hasta tanto no declaren todos, los testigos no pueden comunicarse entre sí o con las partes o asistentes al acto (GUA, 146) ni escuchar unos las deposiciones de los otros: ARG (NAC, 439; BUE, 437; CBA, 296; SFE, 208); BOL, 457; BRA, 413; COL, 227; COS, 315; CHI, 364; ECU, 255; GUA, 149; MEX, 364; PAR, 190; PER, 479; VEN, 349; ESP, 646.

El tribunal actuante debe adoptar todas las medidas conducentes a evitar dicha intercomunicación (CHI, 364).

c) En caso de ausencia, muerte o incapacidad del testigo, la parte puede sustituirlo hasta el acto mismo de la audiencia: BOL, 467; BRA, 408; COS, 324 (la declaración no se rinde sino después de corridos cinco días desde la fecha de notificación a la contraria de la providencia en que el juez tenga por hecho el cambio de testigo); CHI, 374.

d) Todas las declaraciones se efectúan en acto público (VEN, 349) salvo que el tribunal disponga lo contrario atendiendo a las características del litigio.

e) La audiencia se realiza en el recinto del tribunal, salvo que el juez disponga lo contrario cuando el reconocimiento de algún sitio contribuya a la eficacia del testimonio: ARG (NAC, 451; BUE, 449; CBA, 303; SFE, 212); PAR, 199; VEN, 353.

f) Pueden las partes estar presentes en la audiencia (ARG [NAC, 438; BUE, 436; SFE, 208]; GUA, 146; MEX, 361; URU, 389), así como sus defensores (COS, 307).

g) Abierto el acto *sin* la presencia de los testigos, se lee por el actuario el escrito de ofrecimiento de prueba y el auto que la admite, pudiendo el juez pedir a las partes —si están presentes— las explicaciones que estime necesarias (PAR, 189).

h) Los testigos son llamados separada y sucesivamente (ARG [NAC, 439; BUE, 437; CBA, 296; SFE, 208]; BRA, 413; CHI, 364; GUA, 149; MEX, 364; PAR, 190; ESP, 646), comenzando por los del actor (BRA, 413; PAR, 190, salvo casos especiales) y

en el orden en el que vienen nominados en la lista de ofrecimiento (PAR, 190; ESP, 646, salvo motivo justo para alterarlo). Otros sistemas permiten que se llamen *alternadamente* a los testigos, a razón de uno por cada parte: ARG (NAC, 439; BUE, 437); BOL, 457 y 466.

i) Presentado el testigo, se le debe tomar *juramento* o promesa de decir verdad: ARG (NAC, 440; BUE, 438; CBA, 297; SFE, 209); BOL, 458 y 475; BRA, 415; COL, 227 (salvo impúberes); COS, 316; CHI, 363; ECU, 251; GUA, 149; MEX, 363 ("protesta de decir verdad"); PAR, 191; PER, 469; URU, 389; VEN, 350; ESP, 647 (salvo menores de 14 años).

Como el juramento es un acto solemne que consiste en la promesa de decir verdad poniendo a Dios por testigo (ECU, 251) algunos CPC consagran de modo expreso la fórmula que, con ribetes religiosos, debe ser propuesta al testigo. Por ejemplo, CHI, 363, contiene la siguiente: "«¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?» y el interesado responderá: «Sí, juro»". De modo más amplio, VEN, 350, dispone que "el testigo prestará juramento de decir verdad *conforme la religión que profese* o por su honor o por su conciencia si dice no profesar ninguna".

Explicando el juez al testigo el deber que tiene de responder con verdad, exactitud y claridad (ECU, 252) ha de imponerlo detalladamente de las consecuencias que puede sufrir en caso de incurrir en falso testimonio, brindando información falsa, callando u ocultando la verdad: BOL, 458; BRA, 415; COL, 227; COS, 316; ECU, 251; MEX, 363; ESP, 647.

j) Seguidamente, y aunque las partes no lo pidan, debe ser interrogado el testigo por el juez acerca de:

1º) Su identificación (nombre y apellido, edad, profesión, estado civil, domicilio y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad): ARG (NAC, 441; BUE, 439; CBA, 298; SFE, 209); BOL, 459; BRA, 414; COL, 227, 228; COS, 318; GUA, 148; MEX, 363; PAR, 192; URU, 388; VEN, 350; ESP, 648.

Si no coinciden los datos expresados con los que consignara el oferente en su solicitud de prueba, debe recibirse la declaración del testigo si fuere sin duda alguna la misma persona, siempre que por las circunstancias del caso, la contraria no haya sido inducida a error (BOL, 459).

2º) Todas las circunstancias que puedan inclinar al testigo a deponer a favor o en contra de una de las partes y las que hagan presumir razonablemente que no es digno de fe o que no se encuentra en condiciones de conocer los hechos sobre los que debe declarar: ARG (NAC, 441; BUE, 439; CBA, 298; SFE, 209); BOL, 459; BRA, 414; COS, 318 (consignando sólo las respuestas afirmativas); CHI, 365; ECU, 252; GUA, 148; MEX, 363; PAR, 192; PER, 471; URU, 388; VEN, 350; ESP, 648.

Para el detalle de tales circunstancias, ver las causales de inhabilidades (absolutas y relativas) para atestiguar en núm. 194 a.

k) El testigo puede rehusarse legítimamente a declarar cuando se lo interroga acerca de hechos:

1º) Cuya respuesta puede perjudicarlo: a él (ARG [NAC, 444; BUE, 442]; BRA, 406; COL, 227) o a su cónyuge o pariente (BRA, 406; COS, 308);

2º) que tiendan a someterlo a enjuiciamiento penal (ARG, SFE, 218; BOL, 462; COS, 308; CHI, 360; PER, 458 –salvo testigos instrumentales en juicios de falsedad o nulidad de instrumento–);

3º) que comprometen su honor: ARG, SFE, 218; BOL, 462; CHI, 360; PER, 458;

4º) que implican revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial que tuviere el deber de guardar: ARG (NAC, 444; BUE, 442; SFE, 218); BOL, 462; BRA, 406; COS, 308; VEN, 347.

Si el testigo se rehúsa a responder sin causa valedera el juez le impone los apremios legales que estima conveniente hasta lograr la declaración: CHI, 380 –arresto–; GUA, 142.

l) Respecto de la técnica del interrogatorio, ver núm. 206.a.

m) Los testigos que ya han declarado deben permanecer en el tribunal hasta que termine la audiencia (ARG, NAC, 447; BUE, 445; CBA, 296; SFE, 211) o hasta que el juez los autorice a retirarse (BOL, 464; COL, 228; PAR, 195).

206. El interrogatorio y su técnica. El problema de las preguntas sugerentes o sugestivas

El interrogatorio de los testigos debe ser lo suficientemente claro para que lo entiendan fácilmente; distribuido en diversas preguntas,

formuladas del modo más conciso posible, procurando que cada una comprenda un solo hecho o punto; redactadas en forma de inquirir sus conocimientos, sin suministrarle todos los detalles, que precisamente debe exponer de manera espontánea si los conoce, es decir, sin que las preguntas sean sugestivas o sugerentes. Es una razón más para que el interrogatorio sea verbal y en audiencia; en el escrito hay que tolerar cierto grado de sugestibilidad que resulta de exigirle al testigo que diga si le constan las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y pudo percibirlos, sin cuya explicación su testimonio carecerá de eficacia probatoria (véase núm. 189, 9º y 10 y núm. 209). Así, es inadmisibles preguntar "diga Ud. si es cierto que le consta que tal hecho" o "que no le consta". Si la considera sugestiva, el juez debe cambiar la pregunta, formulándola correctamente.

Son inaceptables preguntas como las siguientes: "diga Ud. si fulano tuvo relaciones sexuales con zutana", o "si le consta que A vivió con B en tal casa"; o "si X trataba como hijo a Z"; se debe preguntar: "explique qué le consta y por qué de las relaciones que existieron entre fulano y zutana", "en dónde vivieron A y B"; "cómo era el trato entre X y Z".

Un buen interrogatorio debe contemplar ese doble aspecto de la razón de la ciencia o el conocimiento del testigo; cuándo, dónde y cómo ocurrió el hecho; cuándo, dónde y cómo lo conoció; porque si no se explican, el testimonio no servirá para probar ese hecho, ni siquiera sumado a otros que adolezcan de igual defecto, cualquiera que sea su número. La acumulación de malas pruebas conduce necesariamente a un mal resultado (véase núm. 211). Por ejemplo: se inquiriere del testigo, si estuvo en tal lugar, qué día, a qué hora; luego de que haya dicho que evidentemente allí se encontraba en determinado día y a cierta hora (no se le debe decir cuál fue el día y la hora, porque la pregunta quedaría sugerente), se le pregunta qué hecho tuvo ocurrencia en el mismo sitio y a la misma hora de ese día; a continuación se le interroga acerca de cómo ocurrió ese hecho, de las consecuencias que pudo observar que produjera y de las demás circunstancias que lo rodearon. Su testimonio resultará con una buena razón para que haya podido conocer los hechos que relata (razón de la ciencia de su dicho); sin que esto signifique que en todos los casos sirve para darle

al juez la certeza que necesita para resolver en el fondo sobre los hechos discutidos, porque para ello será necesario que se cumplan los otros requisitos de la eficacia del testimonio (véanse núms. 189 y 209).

Al testigo se le interroga, en primer lugar, sobre su nombre y apellido, su edad, su profesión u ocupación, su domicilio, si tiene vínculo de parentesco o de otra clase con las partes; es lo que se conoce como "generalidades". Estos detalles son importantes para apreciar luego la personalidad e imparcialidad del testigo; pero la omisión de preguntarlos no invalida el testimonio, aun cuando no se relaten espontáneamente (exceptuamos los datos sobre la identificación del deponente, que son indispensables).

Muy importante es que la ley procesal ordene al juez, como ocurre en Colombia, que de oficio y antes de permitir que las partes interroguen al testigo, le exija a éste que haga un relato general de lo que le consta y que exponga las dobles circunstancias de tiempo, modo y lugar, de la ocurrencia del hecho y del conocimiento que tuvo del mismo, de que hemos hablado, hasta cerciorarse de qué es lo que sabe y quiere decir, requiriéndolo para que no use expresiones vagas ni evasivas. Es tan importante esto, que si el juez olvida cumplir tal deber y de las preguntas posteriores no resulta subsanado suficientemente, cuando advierta la deficiencia debe proceder a citar al testigo para interrogarlo nuevamente con ese propósito. Posteriormente las partes tienen el derecho de formular preguntas, primero quien solicitó la prueba, sus litisconsortes y coadyuvantes, y luego la parte contraria.

Lo ideal es que el juez, además de esa pregunta general, interroge exhaustivamente al testigo, antes de darle la palabra a quien pidió la prueba para que formule las preguntas. Sin duda está autorizado para ello.

Del funcionario que recibe el testimonio dependen fundamentalmente sus resultados y por eso es indispensable que sea el mismo juez o magistrado (no un subalterno sin capacidades suficientes, como por desgracia se acostumbraba antes en nuestros procesos civiles).

El interrogatorio oral por las dos partes o *cross examination* (interrogatorio cruzado), como lo denominan los ingleses y norteamericanos, es "un instrumento notable de investigación jurídica", ya que puede lograrse una versión completa de la ciencia del testigo y permite

apreciar mejor su sinceridad; esto exige recibir los testimonios en audiencia y con derecho para ambas partes a interrogar verbalmente, tal como ocurre en nuestros procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

Sin embargo, debe evitarse el agotamiento del testigo, porque esto puede llevarlo a descuidar la precisión de sus respuestas e inclusive a admitir hechos que no le consten o viceversa, pues en esas condiciones aumenta considerablemente su sugestibilidad³⁹⁵. Los interrogatorios y contrainterrogatorios escritos son deficientes y el buen abogado debe evitarlos.

Una vez concluido el interrogatorio, el testigo puede leer íntegramente su exposición o lo hace por él, en voz alta, el secretario o el empleado que el juez indique; el testigo puede hacerle las enmiendas y adiciones que tenga a bien, las cuales si no se utiliza el sistema ideal de las grabaciones, se agregan al final de la declaración, sin borrar ni enmendar lo ya escrito.

Recuérdese lo dicho sobre prohibición de las preguntas sugestivas³⁹⁶.

206.a)a. Las preguntas que debe responder el testigo pueden ser formuladas oralmente en la propia audiencia (COL, 226, a menos que, por celebrarse ante juez comisionado o por otra causa, las partes prefieran entregar al secretario, antes de la fecha señalada, un pliego conteniendo las respectivas preguntas; MEX, 360; PER, 467; VEN, 349) o presentadas por escrito en pliego abierto o cerrado que debe acompañarse en el acto mismo del ofrecimiento (ARG, SFE, 200) o reservarse hasta el momento de la audiencia (ARG [NAC, 429; BUE, 427; CBA, 288]; BOI., 451; VEN, 349; ESP, 641).

³⁹⁵ MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, ps. 281-292; COUTURE, *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 232; WYGMORE, *The science of judicial proof*, Boston, 1937, p. 723; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, São Paulo, 1964, t. III, núm. 45.

³⁹⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas*, Bogotá, 1964, t. II, 110-112; VECILLA DE LAS HERAS, Luis, *El principio de la no sugerencia en el derecho procesal*, Madrid, 1935, ps. 13 y 15, 27 a 36; COUTURE, *Estudios*, t. II, ps. 215-217.

b) Cada una de las preguntas que se formulen ha de estar numerada correlativamente (ESP, 638) y debe:

1) Ser clara y concisa: ARG (NAC, 443; BUE, 441); BOL, 461; COL, 226; GUA, 145; MEX, 360; ESP, 638;

2) contener o referirse a un solo hecho: ARG (NAC, 443; BUE, 441; CBA, 288); BOL, 461; COL, 226; COS, 305; ECU, 242; GUA, 145; MEX, 360; PER, 475 (agrega "cuando los hechos sean diversos, se expresarán en preguntas distintas");

3) no insinuar la respuesta: ARG (NAC, 443; BUE, 441; SFE, 204); COL, 226; ECU, 242; ni ser capciosa: ECU, 242;

4) no ser impertinente: COL, 227; ECU, 242; PER, 476; ESP, 638;

5) no contener referencias técnicas, salvo si son dirigidas a personas especializadas: ARG (NAC, 443; BUE, 441; SFE, 204); COL, 227;

6) no ser contraria al derecho ni a la moral: MEX, 360;

7) no ser ofensiva ni vejatoria: ARG (NAC, 443; BUE, 441); BOL, 461; BRA, 416;

8) no provocar conceptos, apreciaciones u opiniones del testigo, en tanto no sean necesarias para precisar o elaborar sus percepciones: COL, 227; COS, 305; GUA, 145.

c) Por elemental respeto al principio de inmediación, quien formula las preguntas es el propio juez (salvo algunos CPC que permiten hacerlo al secretario: PER, 470 —si ambas partes están presentes y consienten en ello—; URU, 390), quien debe actuar "con interés y minuciosidad, tomando en cuenta las condiciones personales del testigo e interrogándolo a medida que éste vaya exponiendo, en términos apropiados a la capacidad intelectual del declarante" (ECU, 261).

En uso de obvias facultades de dirección del proceso el juez puede modificar o eliminar las preguntas presentadas por las partes (ARG, SFE, 204; BOL, 460; COS, 305; MEX, 360) por ser impertinentes (COL, 227; ESP, 639), superfluas (COL, 227) o exceder el número permitido por la ley (treinta preguntas en ECU, 242; cincuenta preguntas en URU, 378).

d) Efectuada la pregunta y explicada al testigo con toda claridad (ECU, 253), el juez le ordena que haga su relato (ARG [NAC, 442; BUE, 440]; BOL, 460; COL, 228; COS, 307) por sí mismo

(COS, 320; PER, 472; VEN, 363; ESP, 650) y de palabra (PER, 472; VEN, 363; ESP, 650) o redactando sus contestaciones (ECU, 254). Todas las respuestas deben ser claras y precisas (CHI, 367; PER, 473) debiendo exigir siempre el juez la razón de la ciencia de sus dichos (ARG [NAC, 445; BUE, 443; SFE, 209]; BOL, 463; COL, 228; COS, 319; CHI, 365 y 367; GUA, 149; MEX, 369; PAR, 194; PER, 477; URU, 393; ESP, 649) con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. El juez no debe admitir la simple afirmación o negación ni la reproducción del texto de la pregunta (COL, 228; COS, 320).

Cuando el desconocimiento del testigo acerca de los hechos preguntados demuestra que es ineficaz proseguir con la declaración, el juez puede prescindir de continuar el interrogatorio: ARG (NAC, 442; BUE, 440).

e) Mientras se halle declarando, el testigo no debe:

1) Ser interrumpido: ARG (NAC, 446: impone multa al infractor; BUE, 444; CBA, 301); COS, 319; CHI, 368, salvo causa grave y urgente; ECU, 256; VEN, 352, salvo por el juez, quien "debe protegerlo contra todo insulto y hacer efectiva toda la libertad que debe tener para decir la verdad"; ESP, 652;

2) ser asesorado por abogados: BOL, 463; COS, 319;

3) consultar sus respuestas con nadie: ECU, 254;

4) leer o consultar apuntes: ARG (NAC, 445, salvo que se lo autorice por la índole de la pregunta. En este caso, se deja constancia en acta de las respuestas dadas mediante lectura; BUE, 443; CBA, 304); BOL, 463 (idem ARG, BUE); COL, 228, salvo caso de cifras, fechas, hechos antiguos y demás casos que el juez considere justificados; COS, 320; CHI, 367; ECU, 254; GUA, 150; PER, 472; URU, 391; VEN, 363; ESP, 650.

De ser menester, el juez otorga plazo para consultar notas o documentos, continuando la recepción del testimonio en cuanto a las preguntas que hicieron necesaria la consulta de documentos, en otra audiencia que se señala en el acto: COL, 228; COS, 320; ECU, 254 (la consulta se efectúa ante el propio juez, quien debe verificar la correlación de verdad entre lo que aparezca de tales papeles y las afirmaciones del testigo); GUA, 150 (puede hacerlo en el momento de la audiencia); PER, 472; VEN, 363; ESP, 650.

f) Antes de terminar el acto el testigo debe ser interrogado según la antigua pregunta "de público y notorio", si conoce otra u otras personas que sepan lo que acaba de declarar (BRA, 418).

g) Si el testigo no habla el idioma del país, el juez debe designarle un intérprete: ARG (CBA, 299; SFE, 210); BOL, 469 (sólo si el propio juez no posee el idioma del declarante); COS, 317 (autoriza que tanto como el intérprete escriban la declaración en su propio idioma); CHI, 382; GUA, 163 (idem COS); MEX, 367 (idem COS); PER, 480; URU, 398 (los intérpretes han de ser dos, salvo acuerdo de partes y siempre que el juez o el escribano ignoren el idioma del testigo); ESP, 657.

h) Cuando debe ser interrogado un testigo que sea sordo, mudo o sordomudo que sabe darse a entender por escrito se aplican las siguientes reglas tomadas de URU, 399:

1) Al sordo, se le presentan escritas las preguntas y él responde verbalmente;

2) al mudo, se le hacen verbalmente las preguntas y las observaciones, y él las responde por escrito;

3) al sordomudo, se le hacen las preguntas y observaciones por escrito y él las responde también por escrito (en presencia del juez: PER, 481; ESP, 658).

Se designa un intérprete al sordomudo que sólo puede darse a entender por mimica o lenguaje especializado (BOL, 470).

i) Si alguna de las partes estima que debe oponerse a la formulación de una pregunta, lo debe manifestar así al juez pero sin indicar en qué consiste la oposición; en tal caso, el juez hace pasar al testigo a otra sala a fin de que no se entere del contenido del debate u oposición. Recién resuelta ésta y admitida la pregunta o repregunta, se hace comparecer nuevamente al testigo para que la conteste (COS, 319).

j) En el acto del interrogatorio el juez tiene siempre la más amplia facultad para preguntar (MEX, 366; URU, 390; VEN, 351; ESP, 652) así como ambas partes, sólo en algunos CPC, por ejemplo: ARG (CBA, 289); COL, 228; BRA, 416; CHI, 366; GUA, 146 (las repreguntas deben versar sólo sobre los hechos relatados por el testigo, art. 151); PAR, 193; URU, 389 (sólo hasta diez repreguntas salvo justa causa); ESP, 641 (antes del examen del testigo).

Sólo puede formular nuevas preguntas la parte contraria a la que presentó la prueba: ARG (NAC, 442, ampliamente; BUE, 440; SFE, 204; la propia oferente puede efectuar *ampliaciones* sólo sobre lo que fue materia de pregunta o de repregunta; la contraria, *repreguntas* que hace libremente); BOL, 460; COS, 306 (sólo las necesarias o convenientes para aclarar, rectificar o contradecir las preguntas formuladas por quien las haya presentado. Por vía de repregunta no puede interrogarse al testigo sobre hechos distintos que no sean objeto de prueba); CHI, 366; PER, 474.

k) Si las declaraciones del testigo arrojan indicios graves de falso testimonio u otro delito, el juez puede decretar la detención de los presuntos culpables y remitirlos a disposición del juez penal competente, con copia auténtica de los actuados pertinentes: ARG (NAC, 449; BUE, 447; CBA, 313; SFE, 225); BOL, 468; ECU, 235 (surgen de la diligencia y ordena el procesamiento); GUA, 157 (pide procesamiento); PAR, 197.

l) De todo lo ocurrido durante la audiencia de recepción del testimonio se extiende acta por separado (COS, 321; PER, 478; ESP, 650: pero una a continuación de otra) escrita (CHI, 370) y circunstanciada (BOL, 471) encabezada con mención de lugar, mes, año (URU, 390) y hora (VEN, 356) y labrada en presencia del testigo (GUA, 149), a medida que presta la declaración (PAR, 193) conteniendo las respuestas originales (COL, 228; COS, 320; CHI, 370; PAR, 193: "a la letra"; URU, 391) tomadas —hasta donde sea posible— literalmente y sin abreviaturas (GUA, 149).

La respuesta puede ser escrita o dictada por el propio testigo (GUA, 149).

No es necesario transcribir las preguntas en el acta siempre que se efectúe la correspondiente referencia al folio donde se hallan (cuando hay pliego) (GUA, 149); de no haberlo, es menester hacerlo (hemos afirmado antes que siempre es conveniente) o redactar la respuesta de modo que comprenda la pregunta (MEX, 368).

Una vez terminada el acta, puede ser leída por el mismo testigo (COS, 321; CHI, 370; GUA, 149) o por el funcionario judicial actuante (PAR, 193; PER, 478; URU, 390; VEN, 355; ESP, 651).

En este estado puede el testigo efectuar todas las aclaraciones y

rectificaciones que estime necesarias: ARG, SFE, 211; ECU, 253; PAR, 193; PER, 478; URU, 392; VEN, 355; ESP, 651.

A continuación firman el juez, las partes y apoderados presentes, los intérpretes si los hay, el testigo (si sabe y quiere hacerlo: ARG, SFE, 211; BRA, 417; COL, 228; COS, 321; CHI, 370; ECU, 253; GUA, 149; si no sabe firmar debe estampar su impresión digital; PAR, 193; PER, 478; URU, 390; VEN, 355; ESP, 651) y el secretario o escribano del juzgado dando fe de todo lo actuado.

Después de firmada, no puede variarse el acta ni en su sustancia ni en su redacción (MEX, 370).

207. Necesidad del careo, en todos los procesos, de los testigos que se contradigan

Complemento indispensable del interrogatorio es el careo, cuando aparecen en el proceso declaraciones de testigos que se contradicen entre sí, sin que por la calidad sea posible darle preferencia a unos. Se entiende por careo la confrontación que el juez hace de dos testigos que declaran hechos contradictorios, en presencia de las partes o al menos previa su citación. La importancia de esta diligencia es enorme, porque esa confrontación permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que éstos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones o las corrijan.

En el proceso penal se practica constantemente; en lo civil es recomendado por los autores modernos³⁹⁷ y lo consagró el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970, tanto entre testigos como entre éstos y las partes.

207)a. Siempre que el juez encuentre que las declaraciones de dos o más testigos —o de éstos con las partes— son recíprocamente contradictorias o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho, y en cuantos otros casos lo crea necesario, puede disponer el careo de ellos, quedando a su juicio el modo de conducir la

³⁹⁷ ALSINA, *Traatado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1942, ps. 449-450; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, París, 1960, núms. 365 y 393, p. 255; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 309; RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Pruebas penales colombianas*, Bogotá, 1970, t. II, ps. 386-408.

diligencia para el más completo esclarecimiento de la verdad (ECU, 257).

Autorizan el careo de testigos entre sí: GUA, 152; PAR, 196. Y entre sí y las partes: ARG (NAC, 448; BUE, 446; CBA, 305; SFE, 213); BOL, 465; BRA, 418; COL, 230; ECU, 257.

Si por residir los testigos o las partes en lugares diferentes se hace difícil o imposible el careo, el juez puede disponer nuevas declaraciones por separado (medio careo) de acuerdo con el interrogatorio que él mismo formule (ARG [NAC, 448; BUE, 446]; BOL, 465).

208. El testimonio extraproceso o anticipado para futura memoria y el recibido en otros. Su ratificación y abono

Al tratar de "la prueba trasladada y sus requisitos especiales" (véanse núms. 88-89), vimos que en materia civil, *los testimonios recibidos en otro proceso* del cual es o fue parte la persona contra quien se oponen en un nuevo proceso, o extraproceso con su citación previa, tienen plena eficacia probatoria en el nuevo proceso, sin necesidad de ratificación, siendo suficiente su traslado en copia auténtica, adicionada con las que establezcan aquella circunstancia; pero que en los demás casos es indispensable la ratificación del testimonio mediante interrogatorio formulado como si no existiera aquél, es decir, sin leer ni permitirle leer su anterior declaración, formulándole las preguntas completas como si nunca hubiera declarado. En cambio, en lo penal se excluye esta clase de testimonios, porque se exige que sean siempre recibidos por el funcionario instructor o el juez de la causa, o por juez comisionado de aquéllos; por consiguiente, en lo penal se debe citar a esos testigos e interrogarlos como si no hubieran declarado antes (pero su anterior declaración debe tenerse en cuenta para saber si hay contradicciones y apreciar mejor la veracidad y sinceridad del testigo).

Como dijimos en el número 91, el cumplimiento del requisito de la copia completa y la ratificación no puede suplirse con copia de la sentencia del otro proceso en la cual aparezca transcripto y comentado el testimonio.

Si el declarante falleció, se reemplaza la ratificación con el abono que hagan dos o más testigos que lo conocieron y trataron, acerca de

su buena fe y credibilidad; estos testigos han de ser de buena reputación y excelentes. Creemos que este abono es aplicable al caso de imposibilidad física o incapacidad mental del testigo para diligencia de ratificación, por clara analogía, pero no tiene aplicación en el proceso penal.

En materias civil, laboral y contencioso-administrativo es posible también recibir *testimonios fuera de proceso*, como prueba anticipada para un futuro proceso o para futura memoria, como suele decirse, pero no se deben autorizar libremente y sin necesidad de citar a la futura parte contraria, lo cual es perjudicial, pues se practicará sin la presencia del juez y en muchos casos al amañó del peticionario, lo cual destruye toda espontaneidad y sinceridad del testigo; esos defectos se aumentan luego cuando se permite absurdamente la ratificación dentro del proceso leyéndole al testigo su anterior declaración y preguntándole solamente si se ratifica y si tiene algo que agregar o corregir (esto ocurrió hasta 1970 en Colombia, debido a una mala jurisprudencia de la Corte).

Debe exigirse que para anticipar la recepción de testimonios que se piense hacer valer en un proceso posterior o en curso, es indispensable citar a la diligencia (que debe ser en audiencia pública, tal como ocurre dentro de procesos) a la futura parte contraria. Sin embargo, se permite recibirlo sin esa citación previa de la futura contraparte, con los siguientes requisitos: 1) que se trate de testigos enfermos o de edad muy avanzada cuya vida esté en peligro, lo cual el peticionario debe afirmar bajo juramento; 2) que igualmente afirme bajo juramento que ignora dónde puede encontrarse la persona contra quien pretende hacer valer la prueba, o que ésta reside fuera de la sede del juzgado. El juramento se considerará prestado por la sola presentación del escrito.

También es aceptable recibir testimonios sin citación de la futura parte contraria y sin que sean personas enfermas o muy ancianas, cuando se trate de presentar en procesos una prueba sumaria que alguna norma legal autoriza, lo cual debe afirmarse en la solicitud para que el juez los decrete (por ejemplo, para oponerse a un secuestro o a una entrega judicial de bienes).

Tampoco requieren citación de nadie ni audiencia, por obvias razones, los testimonios que se reciben para fines extraprocesales.

En los demás casos debe exigirse la citación de la futura parte contraria, y el juez debe rechazar de plano la solicitud que no indique, también bajo juramento, el lugar donde se encuentra aquélla, para efectos de su citación.

Los requisitos anticipados que se reciban sin cumplir los anteriores requisitos *son nulos* y, por tanto, el juez del proceso al que posteriormente se presenten debe rechazar de plano su admisión como prueba; si el interesado quiere entonces que esos testigos declaren en ese proceso, debe pedir su testimonio con prescindencia de la declaración anticipada. No basta la “ratificación” para convalidar ese vicio, pues no es saneable. La ratificación es para los testimonios anticipados válidamente recibidos.

208)a. Ver núm. 209)a.

209. La apreciación o valoración del mérito probatorio del testimonio

Mucho hemos avanzado en el estudio de este tema al tratar de “la valoración o apreciación de la prueba” en general (véase Cap. XII), de “los requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba” (véase Cap. XIII), del “fundamento del mérito probatorio del testimonio”, de sus peligros, importancia y necesidad práctica como instrumento de convicción en todos los procesos (véanse núms. 184-186) y de los requisitos para su existencia jurídica, su validez y su eficacia probatoria (véanse núms. 187-189). Por consiguiente, en este número nos limitaremos a sistematizar los conceptos expuestos en aquéllos.

Corresponde al juez determinar la credibilidad y el grado de eficacia probatoria que le merezcan los testimonios, de acuerdo con los principios generales de la sana crítica y atendiendo a las condiciones intrínsecas y extrínsecas de cada uno y a la calidad, la fama y la ilustración de los testigos; para esta crítica el número de testigos sólo tiene importancia secundaria, como complemento de la buena calidad de los testimonios, ya que valen más pocos buenos que muchos malos, pues como suelen recordar los autores: “los testimonios se pesan y no se cuentan”.

Procuraremos explicar brevemente los diversos aspectos de esta

función valorativa del testimonio, siguiendo el orden que a nosotros nos parece lógico y conveniente, pero sin que lo consideremos indispensable, porque al fin de cuentas, lo importante es que el juez los examine cuidadosamente.

a) *Crítica formal*. Por crítica formal entendemos el cumplimiento de los requisitos de forma en la aducción, decreto, recepción y ratificación del testimonio, es decir para su validez (véase núm. 188).

b) *Examen de la fuerza probatoria o eficacia del testimonio*. Una vez verificado que el testimonio es formalmente válido, es indispensable pasar el examen de sus requisitos de fondo, para determinar la fuerza probatoria definitiva que debe asignársele, aisladamente y en concurrencia con otros testimonios también formalmente válidos y con otros medios probatorios diferentes. Estos requisitos de fondo son de dos clases: unos extrínsecos porque son circunstancias separadas del testimonio, pero que influyen en su validez o eficacia (como su conducencia, la pertinencia de los hechos narrados, la ausencia de prohibición legal para investigarlos, la capacidad del testigo y la ausencia de impedimentos legales); otros, en cambio, son intrínsecos, porque contemplan la crítica interna del testimonio, que tiene dos aspectos: el subjetivo, que se refiere a su buena fe o sinceridad (examen del testimonio en consideración al sujeto testigo); el objetivo, que contempla su exactitud o veracidad y su credibilidad, es decir, en relación con los hechos objeto de la declaración, que pueden faltar a pesar de su buena fe.

Para que esa crítica global del testimonio, en su doble aspecto, resulte completa, es indispensable tener en cuenta los varios factores que ya examinamos como requisitos para su eficacia probatoria (véase núm. 189) y que pueden agruparse así:

1º) *Examen de las condiciones mentales, físicas y morales del testigo en el momento de su percepción y en el de la declaración* (especialmente las condiciones del órgano utilizado para ella y las circunstancias en que ocurrió).

2º) *Crítica de la capacidad memorativa del testigo y de las condiciones que puedan haberla afectado en el caso concreto*³⁹⁸; se requiere

³⁹⁸ GORPHE, *Crítica del testimonio*, ed. cit., ps. 226-229, 308-327, y *De la apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 79 y 361; FLORIAN, *De la prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 160; FRAMARINO, ob. cit., t. II, ps. 54, 55, 63 y 64; ALTAVILLA,

mejor memoria para repetir frases escuchadas que para describir un lugar; la descripción de los detalles, como colores, movimientos, olores, fechas y horas, tiempo transcurrido durante un suceso, implica un mayor esfuerzo memorativo que la de los detalles generales de éste; debe recelarse de las evaluaciones de tiempo y velocidad que hagan los testigos, porque al factor memoria se suma un cálculo personal, muy difícil y de fácil error; la mayor o menor intensidad de la percepción y el interés que se tenía en el suceso, influyen en el recuerdo que de éste se tenga luego; debe tenerse en cuenta que los exagerados detalles de un hecho antiguo hacen sospechar una preparación artificial del testigo y que las lagunas y contradicciones sobre puntos secundarios pueden ser señales de sinceridad, pues la fidelidad del recuerdo disminuye con el tiempo.

3º) *Crítica de la capacidad narrativa del testigo y de su narración*; para ser un buen testigo es preciso saber exponer lo que se recuerda, identificar o calificar las imágenes y las ideas que la percepción evocó y que la memoria actualiza; si falta esta operación intelectual o la elección de las palabras que utilice el testigo para expresar sus conclusiones, su testimonio conducirá a errores en su interpretación por el juez. Es muy importante la crítica de la narración hecha por el testigo, en un doble aspecto: en cuanto a su capacidad para narrar (su cultura, su inteligencia, su vivacidad, su soltura para hablar, su léxico) y en cuanto al significado que en su medio social se le dé a las palabras que utilice y que él mismo haya querido darles³⁹⁹. La deficiente capacidad narrativa del testigo puede explicar las vacilaciones que tenga al declarar y las contradicciones secundarias que aparezcan del tenor literal de su exposición, a pesar de su sinceridad y veracidad, que en un testigo con facilidad de expresión pueden ser sospechosas.

4º) *Crítica de las condiciones morales del testigo*; éstas influyen

Psychologie judiciaire, ed. cit., ps. 174-224; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, ed. cit., t. I, ps. 246-247; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ed. cit., ps. 291 y 306; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, ed. cit., t. III, núm. 234.

³⁹⁹ FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 160-161; CARNELUTTI, *Teoria general del derecho*, Madrid, 1955, núms. 138 y 210, y *La critica della testimonianza*, en *Rivista de diritto processuale civile*, Padova, 1929, t. I, ps. 170-171; GORPHE, *Critica del testimonio*, ed. cit., ps. 74, 328 y 349.

indefectiblemente en la credibilidad que merezca y deben examinarse cuidadosamente (véanse núms. 189 y 201).

5º) *Crítica de las condiciones sociales del testigo*; es decir su educación, sus costumbres o hábitos, su oficio, el grupo social a que pertenece y las relaciones de casta, de política o de profesión que puedan influir en su testimonio. Sin embargo, la mejor condición social y económica del testigo no es razón para estimar más digno de credibilidad su testimonio, porque la honradez no es patrimonio exclusivo de los ricos, ni de las castas sociales privilegiadas; pero la vagancia habitual, la mendicidad profesional y la prostitución, justifican desconfianza, que impone un criterio más riguroso en la apreciación del testimonio⁴⁰⁰. Cuando alguna de las partes y el testigo pertenecen a una misma casta u organización o grupo de mucha solidaridad, hay que tener más cuidado en la crítica del testimonio.

6º) *Crítica general de la personalidad del testigo*. De lo dicho en los párrafos anteriores se concluye que para una correcta valoración del mérito probatorio del testimonio, es indispensable examinar la personalidad del testigo, lo mismo en cuanto a sus capacidades sensoriales y mentales, que por el aspecto moral, social, educativo y psicológico, por lo menos en sus rasgos más importantes.

Es éste el mayor problema que presenta la apreciación de este medio de prueba⁴⁰¹. Una adecuada intermediación, con interrogatorios técnicamente formulados por el juez y conocimientos de psicología judicial ayudan mucho a adquirir por lo menos un relativo concepto sobre la personalidad del testigo. Precisamente, suele denominarse período psicológico de la prueba testimonial, al iniciado desde comienzos de este siglo y que cada día toma mayor auge, por la importancia que tiene este aspecto de su crítica.

7º) *Examen de las relaciones del testigo con las partes y con la causa*; tienen mucha importancia, para establecer si existe algún motivo

⁴⁰⁰ GORPHE, ob. cit., ps. 149, 150 y 170-177; ALTAVILLA, ob. cit., ps. 202-218; FLORIAN, ob. cit., t. II, p. 168.

⁴⁰¹ CARNELUTTI, *La critica della testimonianza* citada, c *Il testimonio, questo sconosciuto*, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957, ps. 105-112; ESGUERRA SAMPER, José María, *El testimonio, estudio crítico*, Bogotá.

de sospecha que le quite todo valor probatorio al testimonio o lo disminuya, por razones de parentesco, amor, odio, amistad, o enemistad, interés, etcétera (véanse núms. 189, 194 y 195).

8º) *Examen de la manera como fue percibido el testimonio e interrogado el testigo*⁴⁰²; al juez le corresponde apreciar, según su libre criterio, los efectos que sobre la credibilidad de la declaración tengan las deficiencias o irregularidades que encuentre: preguntas insinuantes o agresivas, presión psicológica, agotamiento del testigo (véanse núms. 205 y 206).

9º) *Examen del contenido del testimonio*. Se reduce a cuatro aspectos: que lo expuesto por el testigo no exceda los límites del objeto de esta prueba; que el hecho sea verosímil; que la manera como dice el testigo que lo conoció (tiempo, modo y lugar) sea creíble y pueda aceptarse su sinceridad; que no esté en oposición con otras pruebas de igual o mejor calidad (véase núm. 189).

10) *Crítica final y global y conclusiones*. Armado de los elementos que le dejan las diversas críticas al contenido de cada testimonio y sus aspectos formal y extrínseco, lo mismo que a las personas de los testigos, previo el estudio global de los otros medios y de su armonía o desarmonía, podrá el juez llegar a las conclusiones definitivas, para lo cual deberá tener en cuenta lo expuesto al tratar de la valoración de la prueba en general, en el Capítulo XII.

209.a)a. En principio, la prueba testimonial no puede suplir el escrito exigido por la ley y resulta inadmisibles cuando se trata de acreditar la existencia de contratos cuya cuantía supera ciertos montos fijados generalmente por leyes de fondo (ver, por ejemplo, PAR, 181; URU, 377).

b) Existe régimen de valoración tasada en CHI, 384: "los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las siguientes reglas:

"1) La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye

⁴⁰² FLORIAN, ob. cit., t. I, núm. 170; GORPHE, *Crítica del testimonio*, ed. cit., ps. 328-335; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 66-82; CARNE-LUTTI, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, ps. 365-374 y 388, y *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, p. 151; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, ps. 306 y 310.

una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426 ('Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando a juicio del Tribunal tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento');

"2) la de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados, y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario;

"3) cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que digan la verdad por estar mejor instruidos de los hechos o por ser de una mejor fama, más imparciales y verídicos; o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso;

"4) cuando los testigos de una y otra partes reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número;

"5) cuando los testigos de una y otra partes sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinar a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por probado el hecho;

"6) cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, los que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentados por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes".

En cuanto al *testimonio de oídas*, CHI, 383, dice: "Los testimonios de oídas, esto es, de testigos que relatan hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas, únicamente podrán estimarse como base de una presunción judicial. Sin embargo, es válido el testimonio de oídas cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se explica o esclarece el hecho de que se trata".

También dentro de este sistema está URU, 403, respecto del *testigo único*: "La declaración de un solo testigo, por más imparcial y verídica que sea, no producirá por sí sola prueba plena".

c) Adoptan el sistema de la sana crítica, disponiendo que el juez tenga en consideración la razón de ciencia que dieron los testigos y las circunstancias que en ellos ocurran: ARG (CBA, 314; SFE, 224); COL, 187; COS, 325; ECU, 228; GUA, 161; PAR, 205; PER, 490; URU, 403; ESP, 659: "Sin embargo, cuando la ley determina el número o la calidad de los testigos como solemnidad o circunstancia especial del acto a que se refiere, se observará lo dispuesto para el caso"; VEN, 367: "Para la apreciación de la prueba de testigos el Tribunal examinará si las deposiciones de éstos concuerdan entre sí y con las demás pruebas, y estimará cuidadosamente los motivos de las declaraciones y la confianza que merezcan los testigos por su vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechando en la sentencia la declaración del testigo inhábil o del que pareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiese incurrido, o ya por otro motivo aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación".

d) El testimonio de una *persona fallecida* debe ser ratificado acreditando el interesado la veracidad y buena fama del fallecido mediante declaraciones de testigos de abono (COL, 229; este artículo fue modificado por el dec. 2282 de 1989, art. 1º, núm. 106).

e) Los testimonios *rendidos fuera del proceso*, sin audiencia de la contraparte requieren su ratificación en el proceso en el cual se quieren hacer valer; para ello, se repite el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso (COL, 229).

210. El testimonio único y su valor probatorio

Se ha discutido acerca de este punto. Se suele citar la máxima latina: *testis unus testis nullus*. Sin embargo, no se justifica la exclusión total o parcial del mérito probatorio del testimonio único, en el derecho moderno, porque se trata de una cortapisa a la libre valoración por el juez de la credibilidad que le merezca el testigo. La gran mayoría de los códigos actuales dejan al criterio del juez determinar su eficacia probatoria. Ésta es la opinión casi general de los autores modernos⁴⁰³.

⁴⁰³ Entre otros: GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., Cap. I, p. 29;

Recuérdese el sabio principio de que "los testimonios se pesan y no se cuentan"; un buen testimonio merece mayor credibilidad que varios regulares o malos (véase núm. 189, punto 14).

210)a. Ver núm. 209)a.

211. La crítica del testimonio plural o múltiple: concordancias y contradicciones

Se entiende por testimonio plural o múltiple el que proviene de dos o más personas. Pueden ocurrir dos hipótesis: que los varios testimonios concuerden o que estén en desacuerdo. En el número 189 estudiamos el requisito de su concordancia; pero el exceso de concordancia sobre toda clase de detalles es un motivo razonable para desconfiar de la espontaneidad y honestidad de los testigos, porque hace pensar en una previa confabulación, especialmente si se trata de hechos ocurridos mucho tiempo antes. La sola circunstancia de que haya concordancia no les da mérito probatorio a los varios testimonios; deben cumplir los demás requisitos⁴⁰⁴.

Por otra parte, no toda contradicción entre dos testigos les quita valor probatorio a sus declaraciones, sino que, por el contrario, cuando recae sobre detalles y sobre hechos accesorios puede ser más bien síntoma de sinceridad y espontaneidad que refuerce la credibilidad que le merezcan al juez, si reúnen los demás requisitos para su eficacia (véanse núms. 189 y 209); cuando las contradicciones son graves o recaen sobre el hecho principal, al juez le corresponde determinar con una crítica severa de cada uno y del conjunto, si debe descartar los

LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 382; RICCI, *Tratado de las pruebas*, Madrid, t. I, núm. 516; GUASP, *Derecho procesal civil*, 1962, ps. 390-391; PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, 1984, t. I, ps. 454-455; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, ed. cit., t. III, núm. 231, ps. 573-575; COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 218; ALSINA, Hugo, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 484-486; DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, ed. cit., p. 184; ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 389-390.

⁴⁰⁴ GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 29 y 467, y *Crítica del testimonio*, ed. cit., ps. 36-48; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 136; AMARAL SANTOS, ob. cit., t. III, ps. 576-579; ALTAVILLA, *Psychologie judiciaire*, ed. cit., Cap. 3; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 308.

varios testimonios o si puede darle credibilidad a algunos o varios⁴⁰⁵, sin atender a su número sino a su calidad: “los testimonios se pesan y no se cuentan”.

Obviamente, los varios testimonios deben examinarse primero por separado y luego comparándolos, para apreciarlos racionalmente en su conjunto.

212. El testimonio en materia laboral

La ley procesal laboral colombiana le otorga al juez libertad para valorar los testimonios, de manera que puede reconocerle el carácter de plena prueba a uno o negársela a varios, de acuerdo con una sana crítica que comprenda sus varios aspectos y requisitos; igualmente, el juez puede reconocerle eficacia probatoria a un testimonio de dependientes de una de las partes, si le parece digno de credibilidad. Es una regulación idéntica a la del nuevo Código de Procedimiento Civil.

213. El testimonio de terceros en materia penal

En el proceso penal, el testimonio de terceros tiene un campo de aplicación muy amplio, debido a que la ley lo excluye únicamente cuando se trata de establecer actos jurídicos de naturaleza civil o comercial, para los cuales exige una solemnidad especial, como la escritura pública para la venta o hipoteca de inmuebles, y en algunos casos de estado civil, por ejemplo, para establecer la bigamia, que requieren el documento respectivo (el reconocimiento del hijo extramatrimonial; la partida de nacimiento o la subsidiaria de bautismo católico; la partida de matrimonio). Entonces el juez penal no puede considerar como existente ese acto o hecho jurídico, sin que obre en el proceso ese específico medio de prueba y no le es permitido suplirlo con testimonio, excepto cuando la ley civil los autoriza como prueba

⁴⁰⁵ FLORIAN, ob. cit., núms. 170-171; GORPHE, obs. cit., ps. 37-39 y 471 y ss.; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 158-160; AMARAL SANTOS, ob. cit., t. II, ps. 207-210; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. II, ps. 97-100; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., ps. 306-309; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, p. 218; ROCHA, *De la prueba en derecho*, ed. cit., ps. 391-392.

supletoria, por ejemplo, los de las personas que presenciaron el matrimonio. No existen limitaciones *ad valorem* para la prueba de ilícitos penales por testigos, ni para probar contra lo dicho en un documento privado o público con el fin de establecer un ilícito penal (véase núm. 21). Sus requisitos y técnica de valoración son los mismos que para el proceso civil.

214. El testimonio de terceros en materia comercial

La celeridad que caracteriza a las operaciones mercantiles en la vida moderna ha hecho que los legisladores le hayan otorgado a la prueba por testimonio de terceros una mayor conducencia y la sometan a menores limitaciones que las consagradas en los viejos códigos civiles y de procedimiento civil. El requisito de la prueba escrita debe reducirse a los casos en que sea necesario darle publicidad al acto en defensa de los intereses de terceros (como en materia de sociedades de comercio). Tal es la opinión de los autores modernos⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ LESSONA, *Teoría general de la prueba*, Madrid, 1964, t. IV, núms. 105-116; RICCI, *Tratado de las pruebas*, Madrid, t. II, núms. 226-232; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, París, 1960, núms. 572-575, ps. 373-375; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, ps. 231-234; GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, ps. 305-306; CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil*, ed. cit., t. XII, núm. 2101; PINZÓN, Gabino, *Introducción al derecho comercial*, Bogotá, 1966, ps. 117-124 y nota 108.

CAPÍTULO XXIII

DE LA PRUEBA POR PERITOS O DEL DICTAMEN TÉCNICO

215. Cuándo es necesario el dictamen técnico

Cuando la determinación de las causas y los efectos de un hecho requiere conocimientos especiales técnicos, científicos o artísticos, e igualmente cuando para verificar si el hecho ocurrió o no, su calificación, característica y valor económico, se requieren esos conocimientos especiales, se hace necesaria la peritación⁴⁰⁷. En ocasiones puede suplirse esta prueba por la de testimonios técnicos, pero sólo cuando se trata de las percepciones que personas con aquellos conocimientos calificados hicieron de los hechos y no para probar sus causas o efectos ni su valor económico (véase núm. 169).

No es cierto que el perito deba limitarse a exponer juicios de valor, sin ninguna narración fáctica, porque en ocasiones es necesario que primero observe todos los hechos que todavía existen o las huellas de los hechos pasados, sobre lo cual expone al juez observaciones para luego adoptar sus propias conclusiones valorativas; en este caso se lo denomina *perito percipiendi*, pues necesita fundamentarse en la percepción de los hechos objeto de la prueba o de otros relacionados

⁴⁰⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. II, ps. 305-306; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 18; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, París, 1960, núm. 517; ALSINA, Hugo, *Tratado de derecho procesal*, 1942, t. II, ps. 347-348; MICHELI, *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 28; MALLARD, Louis, *L'expertise judiciaire*, París, 1955, núms. 1-7; FRANCHI, Giuseppe, *La perizia civile*, Padova, 1959, núm. 3; AYDALOT, Maurice y ROBIN, Jean, *L'expertise comptable judiciaire*, París, 1961, ps. 1-15.

con ellos. En otros casos el perito se limita a emitir su concepto, basándose en lo que surge de las otras pruebas del proceso sobre los hechos objeto de éste (testimonios, confesiones, documentos, etc.). No es cierto que el testigo debe limitarse a narrar sus percepciones, sin emitir juicio alguno, ni que el perito se limite siempre a exponer sus juicios y conceptos, sin narrar sus percepciones⁴⁰⁸.

216. Diferencias entre testigo y perito

Existen cuatro diferencias importantes entre perito y testigo: a) el primero puede conceptuar sobre hechos pasados, presentes y futuros, mientras que el segundo debe limitarse a narrar su conocimiento acerca de los dos primeros; b) cuando el testigo conoce los hechos, éstos no tienen todavía carácter procesal, salvo los casos de excepción cuando se trata de hechos ocurridos en su presencia en el curso de un proceso; el perito, en cambio, sabe necesariamente que los hechos tienen el carácter de procesales, cuando ejerce su actividad de perito sobre ellos, porque ha sido investido procesalmente de esa calidad, de modo que por lo general los conoce como hechos procesales y sólo por excepción puede ocurrir que los haya conocido antes de ser designado perito o extraprocesalmente; c) el perito emite siempre juicios de valor que pueden ser de cualquier naturaleza, excepto los puramente jurídicos y el testigo no, pues sólo por excepción puede formular conceptos técnicos o científicos, limitados a la aclaración de sus percepciones, cuando es un testigo técnico; d) el perito estudia los hechos en virtud de un previo encargo procesal, lo cual no ocurre en el testimonio⁴⁰⁹.

217. El dictamen pericial es un medio de prueba y una declaración de ciencia

Se ha discutido si se trata de un verdadero medio de prueba. Al-

⁴⁰⁸ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 17, notas 123-124 y p. 79; GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, 1962, ps. 398-399; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 302-303; LOPES DA COSTA, A. A., *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1959, núm. 142.

⁴⁰⁹ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 17 y 26; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 321-323; FLORIAN, ob. cit., t. II, núm. 76.

gunos lo han negado⁴¹⁰, pero la doctrina predominante, que acogemos, le reconoce este carácter. En efecto, no puede negarse que el dictamen de peritos le proporciona al juez elementos de convicción sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso, lo mismo que el testimonio de terceros, la confesión y los documentos. Es un medio de prueba procesal e histórico⁴¹¹, pero esto no excluye que el perito sea un valioso auxiliar del juez para el correcto conocimiento de los hechos, como también lo es el testigo. No se trata de una especie de testimonio técnico, como también se ha sostenido, sino de un medio de prueba diferente.

Puesto que el perito no persigue producir efectos jurídicos determinados con su dictamen, sino ilustrar el criterio del juez, no es una declaración de voluntad. Tampoco es una declaración de verdad, porque puede incurrir en error y se limita a comunicarle al juez cuál es su opinión personal respecto de las cuestiones que se le han planteado. Es, pues, una simple declaración de ciencia⁴¹², técnica, científica o artística.

Como los peritos emiten conceptos que pueden conducir a la solución en determinado sentido del litigio o de la demanda del proceso de jurisdicción voluntaria, se ha dicho que ocupan una posición intermedia entre los testigos y los jueces; así lo expone, entre otros, Gorphe⁴¹³. Pero su función es muy diferente de la del juez, porque los peritos se limitan a exponer sus opiniones, sin proferir decisión alguna, al paso que al juez le corresponde exclusivamente adoptar esa decisión, que es personal suya, no obstante que se base en el concepto de aquéllos.

⁴¹⁰ CARNELUTTI, ob. cit., núm. 16, nota 114; PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil. Parte primera*, 1964, núm. 310; ALSINA, ob. cit., t. II, p. 347.

⁴¹¹ LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. IV, núms. 402 y 409; GUASP, ob. cit., ps. 398-399; FRAMARINO DEL MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 297-302; COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 189, nota; SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3º, ed. cit., núm. 2153 bis; CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. III, ps. 241-242; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núms. 81 y 195; ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, 1944, Caps. XXXII-XXXIII.

⁴¹² DEVIS ECHANDÍA, *Función y naturaleza jurídica de la peritación y del perito*, en *Revista de derecho procesal iberoamericano*, 1969, núm. 4, ps. 857-899.

⁴¹³ GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, ps. 43 y 152; LOPES DA COSTA, ob. y p. cit.

Lo mismo ocurre con las peritaciones en los procesos penales: ellas pueden definir la convicción del juez o del jurado respecto a la responsabilidad o inocencia del procesado.

Además, el juez no está obligado a aceptar las conclusiones de los peritos no obstante que en la práctica puede resultarle muchas veces difícil rechazarlas en razón precisamente del carácter técnico o científico de su contenido; si encuentra razones serias para considerar que no es convincente, puede declararlo así y entonces debe ordenar su repetición con nuevos peritos. Esta opinión es indiscutible en los sistemas de libre valoración de la prueba, como en los procesos penales, laborales y civiles y contencioso-administrativos colombianos, pero es evidente también en sistemas de tarifa legal⁴¹⁴.

218. Importancia de esta prueba

El juez es un técnico en derecho, pero carece generalmente de conocimiento sobre otras ciencias y sobre cuestiones de arte, de técnica, de mecánica, de numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o larga experiencia. En presencia de una cuestión de éstas, el juez se ve en la necesidad de recurrir al auxilio de expertos, para que lo ilustren adecuadamente, en su condición de peritos. El artículo 233 de nuestro Código de Procedimiento Civil dice que la peritación es procedente para verificar hechos "que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos". Y el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal habla de cuando un hecho "requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avallós".

La importancia de esta prueba es cada día mayor en los procesos penales, civiles o de otra jurisdicción⁴¹⁵.

⁴¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales, y la libertad de apreciación del juzgador*, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 1972 (trabajo presentado al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972), y *El problema de la libre apreciación por el juez del mérito de convicción de la prueba científica o técnica*, en *Estudios de Derecho Procesal*, ABC, Bogotá, 1980, t. II, ps. 527-548.

⁴¹⁵ Citas anteriores y DENTI, *Rivista di diritto processuale civile*, enero-marzo de 1965, ps. 45-46.

218)a. La prueba de pericia, consistente en examen, inspección o valuación (BRA, 420), procede genéricamente cuando se requiere:

1) Verificar hechos que precisan de especiales conocimientos científicos extraños al derecho, técnicos, industriales o artísticos (ARG [NAC, 457; BUE, 457; CBA, 259]; BOL, 430; COL, 233; COS, 284; CHI, 411; ECU, 271; MEX, 293; PAR, 162; PER, 491; URU, 412; VEN, 331; ESP, 610) siempre que cualesquiera de las partes la solicite o el juez la crea necesaria (ARG, SFE, 186), o la exija la ley de fondo (CHI, 408; MEX, 293);

2) verificar derecho extranjero (CHI, 411).

No procede cuando:

1) La prueba del hecho no depende del conocimiento especial de un técnico (BRA, 420);

2) no sea necesaria en razón de otras pruebas producidas (BRA, 420); por ello no se admiten dos pericias sobre un mismo punto (COL, 233) salvo que el juez considere insuficiente un dictamen, en cuyo caso puede encomendar otro a perito distinto (BRA, 437; COL, 233; ECU, 283; ESP, 630); igual solución cuando se trata de la repetición de una pericia extraprocesal practicada con audiencia de parte (COL, 233);

3) la verificación sea impracticable (BRA, 420);

4) se trata de valuar bienes muebles cotizables en Bolsa (COL, 233).

COS, 284, acepta que el juez prescinda de este medio de prueba en los casos en que él mismo sea perito o tenga conocimientos o preparación para resolver sin auxilio pericial.

219. La designación de los peritos, su imparcialidad y su naturaleza jurídica. Su versación técnica y su reemplazo

Para que esta prueba cumpla la función que le corresponde en el proceso civil o penal o de cualquiera otra clase, la designación de los peritos debe ser hecha por el juez de la causa, escogiéndolos entre verdaderos expertos en la cuestión que ha de ser objeto del dictamen; porque ordinariamente las partes designan como perito una persona de su confianza, con el encargo de defender sus puntos de vista y no

de realizar un estudio honorable, imparcial y técnico sobre los puntos materia del dictamen.

El perito, como el testigo, debe comunicar al juez lo que sepa de los hechos, sus conclusiones técnicas, sin importarle a cuál de las partes benefician o perjudiquen; es un órgano de prueba y un auxiliar del juez y, por lo tanto, de la justicia, a la que debe lealtad y máxima consagración. Para garantizar esa imparcialidad y honorabilidad, se le exige juramento de cumplir fiel y lealmente con las funciones de su cargo.

Existe un importante requisito: la competencia del perito para la cuestión que debe estudiar. Esta cualidad es fundamental e indispensable para que haya verdadera prueba de expertos; sin ella, el dictamen carece de mérito probatorio (véase núm. 222).

220. Requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial

De lo expuesto en los números anteriores se deduce que para que exista jurídicamente la prueba de peritación judicial se requieren los siguientes requisitos:

1) *Debe ser un acto procesal.* Para que exista el dictamen pericial, éste debe formar parte de un proceso o de una diligencia procesal previa (como una inspección judicial para futura memoria), es decir, debe ser un acto procesal⁴¹⁶. Cualquier interesado puede solicitar dictámenes extraprocesales de expertos (conceptos de economistas, de ingenieros, de médicos, de grafólogos, etc.); pero esos dictámenes no tienen la calidad de peritaciones procesales, ni siquiera cuando se aducen como prueba en un proceso posterior y tampoco son susceptibles de ratificación. Puede solicitarse la citación como testigos de expertos, a fin de que expongan lo que conocen de los hechos que fueron objeto de su concepto y lo reconozcan, pero en este caso rigen para ellos las limitaciones que existen para el testimonio técnico (véase núm. 169); es decir, su declaración tendrá valor en cuanto a lo percibido por ellos y las calificaciones técnicas de esos hechos, pero no en lo que sea un simple concepto personal sobre las causas, efectos y avalúos y demás deducciones que expongan; en estos puntos apenas servirá para sumi-

⁴¹⁶ GUASP, ob. cit., p. 400, I, c.

nistrarle al juez reglas de experiencia para la valoración de las otras pruebas.

2) *Debe ser consecuencia de un encargo judicial.* El dictamen de los expertos no puede ser espontáneo, como sí puede ser el testimonio en el proceso penal o en el curso de una inspección judicial civil o laboral; es indispensable que esté precedido de un encargo judicial mediante providencia dictada y notificada en forma legal (véase núm. 216).

3) *Debe ser un dictamen personal.* El perito designado por el juez no puede delegar su encargo a otra persona; si lo hace, el estudio que ésta presente no será un dictamen judicial y ni siquiera tendrá el valor de testimonio, pero puede tener asesores y colaboradores.

4) *Debe versar sobre hechos y no sobre cuestiones de puro derecho.* Se debe entender por hechos la vasta serie de circunstancias que explicamos al tratar del objeto de la prueba (véase núm. 25). No puede solicitarse ni decretarse un dictamen sobre cuestiones jurídicas, por ejemplo, acerca de si un contrato es de compraventa o de mutuo, o sobre la calidad de legítima o extramatrimonial de una filiación, o de la habitualidad del sindicado para delinquir, o si el delito es de hurto o de robo; al juez le corresponden exclusivamente estas calificaciones jurídicas (*iura novit curia*). A diferencia de lo que ocurre en el testimonio, los hechos objeto del dictamen pueden ser futuros, como en el caso de perjuicios.

5) *Debe ser dictamen de un tercero.* Se toma aquí el término *tercero* en un sentido rigurosamente procesal, es decir, como persona que no es parte principal o coadyuvante, ni interviniente, en ese proceso.

6) *Debe contener conceptos personales del perito.* Si éste se limita a exponer los conceptos de otras personas, por autorizadas que sean, existirá un relato o informe, pero no una peritación judicial. Pero aquéllos pueden servirle de fundamento a sus opiniones.

221. Requisitos para la validez del dictamen

El dictamen puede existir jurídicamente y sin embargo adolecer de nulidad. Para que lo segundo no ocurra es necesario que reúna los siguientes requisitos:

1) *Que la ordenación de la prueba haya sido hecha en forma*

legal. Si hay ordenación por el juez, pero irregularmente, existirá dictamen, pero carecerá de valor. Se incluye en este requisito la competencia del juez para ordenar la prueba.

2) *La capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo*. La incapacidad puede ser transitoria, durante el ejercicio del cargo, y puede ser mental o física; la segunda cuando le impide rendir el dictamen. Este requisito rige para todos los procesos.

3) *La debida posesión del perito*. Este requisito incluye el del juramento para la posesión, con el fin de revestir el dictamen de seriedad y darle mayores garantías a las partes y al juez.

4) *La presentación o exposición del dictamen en forma legal*. Lo último si ocurre oralmente en audiencias o diligencias. Cuando se rinde por escrito debe presentarse personalmente, pero se puede subsanar la omisión en cualquier momento antes de la sentencia, y así debe ordenarlo oficiosamente el juez, sea civil, laboral, penal o contencioso-administrativo.

5) *Que sea un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción*. Una vez probado cualquiera de estos motivos, el dictamen queda sin valor probatorio. La prueba puede ser la sentencia penal condenatoria; pero también puede llevarse directamente al proceso civil, laboral o contencioso-administrativo donde se rindió el dictamen. No procede objeción ni incidente por estos motivos.

6) *Que no exista prohibición legal de practicar esta clase de prueba*. No conocemos prohibición legal vigente, pero podría consagrarse.

7) *Que los peritos hayan realizado personalmente su trabajo*. Pero pueden utilizar la colaboración de otros técnicos y de auxiliares, bajo su dirección y responsabilidad y siempre que expongan su concepto personal.

222. Requisitos para la eficacia probatoria del dictamen

Para que el dictamen tenga eficacia probatoria no basta que exista jurídicamente y que sea válido, sino que es necesario, además, que reúna ciertos requisitos de fondo o contenido.

1) *Que sea un medio conducente respecto al hecho por probar*. La existencia o no existencia de cosas u objetos, animales, predios,

huellas o rastros, es decir, de hechos materiales; las cualidades, la naturaleza, las causas y los efectos de tales hechos, su posibilidad física, lo mismo que su valuación y sus relaciones mutuas; la identidad de personas y sus condiciones físicas, mentales y psicológicas, las causas y efectos (no jurídicos) de sus actos y conductas, la valuación económica de éstos y de sus consecuencias respecto de terceros, la posibilidad física de su ocurrencia; cualesquiera otras calificaciones técnicas, artísticas o científicas que interesen para la solución de los procesos civiles, laborales, penales y de otra jurisdicción, pueden probarse mediante dictámenes de peritos que reúnan los demás requisitos para su validez y eficacia. Pero puede ocurrir que la ley exija un medio de prueba diferente para demostrar determinado hecho, por ejemplo, el registro de la escritura pública para la tradición del dominio de inmuebles o la constitución de hipotecas sobre ellos, el testimonio de personas que hayan presenciado el hecho (como en el caso de suplir el acta de un matrimonio o nacimiento, o de probar una posesión de estado civil) y entonces el dictamen pericial será ineficaz para probarlo, en razón de su inconducencia (véase núm. 79).

2) *Que el perito sea competente, es decir verdadero experto para el desempeño de su encargo.* Es apenas obvio que la eficacia probatoria del dictamen depende, fundamentalmente, de la competencia del perito para cada caso. Hay que escoger cuidadosamente a los peritos. Si de la documentación presentada o de lo expuesto en el dictamen se infiere que el perito no tiene los conocimientos técnicos, artísticos o científicos necesarios para el caso concreto, el juez no le puede reconocer eficacia probatoria, y si tiene dudas al respecto debe desconfiar también del dictamen⁴¹⁷ y ordenar otro.

En la competencia del perito se incluye la ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden y de defectos orgánicos, que aun cuando no alcancen a producir incapacidad mental ni física para el adecuado desempeño del cargo, sí pueden afectar la fidelidad de sus percepciones y la exactitud de sus juicios e inferencias.

La parte que alegue cualquiera de estas circunstancias tiene la

⁴¹⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, p. 307; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 183.

carga de probarla plenamente, bien sea en los términos ordinarios de prueba, o en el incidente de objeciones por error grave (aunque éste no tiene esa finalidad, puede ser aprovechado para ello). Al juez le corresponde apreciar no solamente la prueba del hecho alegado, sino los efectos que pueda tener sobre la competencia del perito y la credibilidad de su dictamen⁴¹⁸.

3) *Que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad y sinceridad.* En este punto se asemejan el testimonio y la peritación: los vínculos de amistad íntima o enemistad, las relaciones familiares del perito con las partes, el interés económico que pueda tener en el resultado de la causa, son motivos para poner en tela de juicio su sinceridad. De ahí que el perito pueda ser recusado como los jueces (véase núm. 228). Si no se formula la tacha ni la recusación, pero se prueba la causal, el juez debe apreciar, de acuerdo con las calidades del dictamen, hasta qué punto puede afectar su eficacia probatoria. Si se prueban antecedentes deshonestos del perito en el ejercicio de su profesión, arte o actividad ordinaria, lo mismo que en anteriores dictámenes, o que incurrió en perjurio como testigo o en falsedad en documentos o en otro ilícito que le reste credibilidad a su dicho o que ponga en tela de juicio su imparcialidad y veracidad, le corresponde al juez apreciar si es el caso de negarle toda eficacia probatoria al dictamen, o si debe considerarlo como prueba incompleta, de acuerdo con una crítica rigurosa de su contenido⁴¹⁹; lo mejor será ordenar de oficio otro dictamen.

La prueba de haber recibido mayores honorarios que los señalados por el juez o dádivas de una de las partes, es motivo para dudar de la imparcialidad y sinceridad del perito y, por lo tanto, para decretar un nuevo dictamen (véase núm. 223).

4) *Que no se haya probado una objeción por error grave.* Si se declara probada una objeción contra el dictamen, éste queda sin ningún valor y debe repetirse la prueba con otros peritos (véase núm. 230).

5) *Que el dictamen esté debidamente fundamentado.* Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho",

⁴¹⁸ FLORIAN, ob. cit., t. II, núm. 240.

⁴¹⁹ FLORIAN, ob. cit., t. II, núm. 184.

en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable⁴²⁰; en este caso debe ordenar nuevo dictamen.

En muchos casos el juez carecerá de conocimientos sobre la materia, por lo cual no estará en situación de saber si las explicaciones técnicas, artísticas o científicas del perito adolecen o no de error, y entonces deberá aceptarlas, a menos que sea evidente su falta de lógica, su oscuridad o su deficiencia, o parezcan inverosímiles; pero en otros casos el juez puede estar en condiciones de apreciar el valor de esos fundamentos y de rechazarlos por contradecir normas generales de la experiencia o hechos notorios, u otras pruebas que obren en el proceso y que le den un mayor grado de convicción, o por ser contradictorios, sin que importe que sea un dictamen uniforme de dos peritos. Esta facultad del juez existe lo mismo en el proceso civil, laboral, fiscal y contencioso-administrativo que en el penal ordinario o militar. Es conveniente exigirle a los peritos que aclaren o complementen su dictamen, antes de rechazarlo por deficiencia de sus motivaciones⁴²¹.

6) *Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.* También en este requisito se asemejan el testimonio y la peritación. La claridad en las conclusiones es indispensable, para que aparezcan exactas y el juez pueda adoptarlas; su firmeza o la ausencia de vacilaciones es necesaria para que sean convincentes; la lógica relación entre ellas y los fundamentos que la respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad. Si unos buenos fundamentos van acompañados de unas malas conclusiones o si no existe armonía lógica entre aquéllos o si el perito no parece seguro de sus conceptos, el dictamen no puede tener eficacia

⁴²⁰ FLORIAN, ob. cit., t. II, núms. 185 y 235; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 309-310.

⁴²¹ DEVIS ECHANDÍA, véase cita 414.

probatoria⁴²². Al juez civil, laboral, penal, etcétera, le corresponde apreciar estos aspectos intrínsecos de la prueba, aunque emane de dos peritos en perfecto acuerdo (véase núm. 217).

Antes de negarle eficacia probatoria al dictamen es conveniente que el juez ordene su ampliación o aclaración para ver si se subsanan sus deficiencias, salvo que se considere inútil por la evidente ineptitud de los peritos. Si lo rechaza, debe ordenar de oficio su repetición con otros peritos, si la prueba es importante.

7) *Que se haya dado traslado del dictamen a las partes*. El traslado es indispensable, para que la prueba quede controvertida y durante ese lapso se puedan solicitar las ampliaciones o aclaraciones y proponer objeciones (véase núm. 230). Si no se da ese traslado, el dictamen carecerá de mérito probatorio.

Cuando el experticio se practicó en otro proceso, será necesario distinguir dos hipótesis: si la persona contra quien se aduce en el nuevo o distinto proceso fue parte en aquél, tiene mérito probatorio normal si allí tuvo traslado en legal forma; pero en caso contrario, contra esa persona, que será un tercero respecto a la práctica de la prueba, carece de todo mérito probatorio.

8) *Que no haya habido retracto*.

9) *Que otras pruebas no lo desvirtúen aun cuando no haya habido objeción*.

223. La valoración por el juez del dictamen de los peritos

a) *El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica*. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimiento y en todos los procesos nuestros⁴²³. Es absurdo ordenarle

⁴²² FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 309-313.

⁴²³ ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, núm. 120; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 42; GUASP, ob. cit., ps. 403-404; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., ps. 316-317; FLORIAN, ob. cit., núms. 172-241; LOPES DA COSTA, *Direito processual civil brasileiro*, ed. cit., t. III, núm. 142; LESSONA, ob. cit., t. IV, núm. 414; DEVIS ECHANDÍA, cita anterior.

al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos, sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos, como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones.

Naturalmente, el rechazo por el juez del dictamen de los peritos debe basarse en razones serias, en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones que lo llevan al convencimiento de que carece de los requisitos examinados en los números anteriores. Pero, si por el contrario, el juez considera que los fundamentos y las conclusiones del dictamen reúnen todos los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia, que para el caso pueden exigirse, por lo cual queda convencido de la certeza de esas conclusiones, no puede rechazarlas sin incurrir en arbitrariedad. Muy útiles para el juez serán los estudios de los expertos que asesoren a las partes para la crítica del dictamen, que deben autorizarse como ocurre en Francia y en Colombia.

Recuérdese que si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará juntamente con él, excepto cuando prospere objeción por "error grave" que deje sin valor el primero.

b) *El caso de los avalúos y de otras regulaciones numéricas.* Las leyes procesales pueden disponer que cuando se trate de esta clase de dictámenes, si hay desacuerdo, se tome el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; o puede decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. Pero se exige que el dictamen aparezca explicado y debidamente fundamentado, y que cumpla los requisitos para su validez y su eficacia consagrados por la ley. Por consiguiente, a pesar de la uniformidad o de que sea posible adoptar el medio aritmético, el juez puede rechazar el dictamen, o los varios dictámenes separados, si considera de acuerdo con la sana crítica a que debe someterlos, que no le merecen la suficiente credibilidad, por adolecer de deficiencias en sus fundamentaciones o de lógica en sus conclusiones, o porque éstas le parezcan absurdas o dudosas.

Es decir, si el juez ve que esos dictámenes, o alguno de ellos, adolecen de esas deficiencias y que el medio aritmético es injusto, debido a la influencia numérica del dictamen, que considera inaceptable, puede abstenerse de adoptar ese medio aritmético y proceder a ordenar otro dictamen con distintos peritos; de lo contrario se cometería una notoria injusticia.

Si tampoco el nuevo dictamen resulta uniforme y queda el mismo problema, el juez debe hacer la regulación tomando lo que considere aprovechable de lo dicho por cada perito y apreciando de conjunto todos los dictámenes.

c) *Dictámenes sobre hechos percibidos por los peritos.* El juez penal, contencioso-administrativo, civil o laboral está en libertad para valorar los dos aspectos del dictamen: 1º) si se trata de hechos sujetos a los sentidos, y 2º) si lo que exponen los peritos, inclusive en dictamen uniforme de dos de ellos, es consecuencia lógica y técnica de tales hechos. Por consiguiente, si el juez considera que no ha quedado plenamente convencido, sea por deficiencias de los fundamentos o por la falta de claridad, precisión o lógica de las conclusiones o por ausencia de otro de los requisitos examinados, puede rechazar el dictamen. Pero entonces debe decretar otro, si es prueba importante.

d) *Apreciación de las inferencias o deducciones contenidas en las dos primeras clases de dictámenes.* Si en un dictamen sobre hechos percibidos por cualquier sentido o sobre avalúos, los peritos incluyen suposiciones, inferencias o deducciones personales, el juez tiene absoluta libertad de apreciarlas, de acuerdo con la sana crítica; así ocurre cuando se trata de lucro cesante futuro por la probable productividad de una persona que ha muerto o de un negocio que hubiera podido realizarse. Cuando se base únicamente en hechos observados por los peritos o probados plenamente en el proceso por otros medios, tiene más firmeza, pero, como antes explicamos, también en el último caso existe libertad del juez para apreciar si ese dictamen está debidamente explicado y fundamentado, y para rechazarlo si su condición personal sobre estos aspectos es negativa.

e) *Dictámenes viciados de nulidad o que no cumplen las formalidades procesales.* Si el juez encuentra que el dictamen no fue rendido con las formalidades procesales de rigor, o que existen vicios procesales

en la designación de los peritos, o que hay otra causal de nulidad que lo afecte, debe rechazarlo, por estos motivos. En este caso, como cuando el dictamen es válido pero no lo convence, el juez debe ordenar de oficio otro, si la prueba es importante para la decisión que debe adoptar.

f) *Dictámenes sobre perturbación síquica o demencia*. Por tratarse de un hecho estrictamente científico, la prueba consiste ordinariamente en el dictamen de expertos especialistas médicos, sin embargo, no debe olvidarse que al admitirse los testimonios técnicos (véase núm. 169) es posible la prueba por este medio, aun sin el dictamen y con mayor razón como complemento de éste (lo primero cuando el enfermo ya no viva). No es suficiente el traslado de la peritación practicada en proceso de interdicción, para una causa de nulidad de actos anteriores a ésta.

223)a. Salvo el caso de PAR, 179 ("Siempre que los peritos nombrados tuvieren títulos y sus conclusiones fueren terminantemente asertivas, tendrán éstas fuerza de prueba legal. En los demás casos, podrá el juez separarse del dictamen pericial, toda vez que tenga convicción contraria, expresando los fundamentos de esa convicción"), los jueces no están obligados a seguir la opinión de los peritos (ARG, SFE, 199; ECU, 283; GUA, 170; URU, 429) y para evaluar el respectivo dictamen pericial deben tener en cuenta:

- 1) La firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos científicos o técnicos: ARG (NAC, 477; BUE, 474); BOL, 441; COL, 241;
- 2) la competencia de los peritos en la materia de que se trate (ARG [NAC, 477; BUE, 474]; BOL, 441; COL, 241) y la uniformidad o disconformidad de sus opiniones (ARG, BUE, 474; BOL, 441);
- 3) los demás elementos probatorios que obren en el proceso (ARG [NAC, 477; BUE, 474]; BOL, 441; BRA, 436; COL, 241; GUA, 170) y especialmente las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados: ARG, NAC, 477.

La evaluación debe efectuarse conforme las reglas de la sana crítica: ARG (NAC, 477; BUE, 474; CBA, 283; salvo que las partes le hayan dado a los peritos el carácter de árbitros o arbitra-dores); BOL, 441; COS, 300; CHI, 425; PER, 504; ESP, 632.

224. Número de peritos para cada dictamen

Generalmente se consagra el sistema de la dualidad de peritos para asuntos de mayor cuantía y de perito único para los de menor y mínima; pero las partes de común acuerdo pueden pedir que sea un solo perito. Es mejor dejar al juez en libertad para designar uno o dos peritos. Cuando son dos y hay desacuerdo, se designa un tercero para que lo dirima. ¿Cuál de los sistemas es mejor? La costumbre de exigir dos peritos, que aparece en todos los códigos de procedimiento civil europeos y americanos de los siglos XVIII y XIX y que perdura en la mayoría de los actuales, se originó en la tesis antigua de que los peritos eran una especie de testigos y que debía aplicarse la regla (en la actualidad totalmente desechada) que exigía dos testigos para probar un hecho (*testis unus testis nullus*) y en el sistema que permitía a cada parte designar un perito y en caso de desacuerdo se designaba un tercero que era en realidad el único verdadero perito. Si el nombramiento lo hace el juez, es también preferible el sistema de los dos peritos, pues da mayor garantía de certeza a la prueba, ya que se trata de emitir conceptos personales, que dependen de la capacidad y preparación de cada perito en la respectiva materia. Sin embargo, es mejor un perito único designado por el juez, que dos escogidos por las partes.

Cuando se declara una tacha, recusación o impedimento, el perito se reemplaza por designación del juez. También cuando el perito no toma posesión oportunamente y cuando no rinde el dictamen en el plazo que se le señale, o no comparece a la diligencia que debe practicarse con su concurso.

Es improcedente reemplazar los peritos por no rendir el dictamen dentro del término señalado para ello, si antes de dictar el juez la providencia que los reemplace, lo presentan en la secretaría del despacho; porque esta medida tiene por objeto impedir que la prueba se demore o quede sin practicar, lo cual no ocurre en la hipótesis que contemplamos.

224)a. El número de peritos a designar varía en los diferente CPC conforme al tipo de proceso y a si existe o no acuerdo de partes al respecto.

En cuanto al tipo de proceso, COL, 234, por ejemplo, establece

el número de dos para el de mayor cuantía y de uno para el de menor o ínfima cuantía.

Habiendo acuerdo de partes, se designan:

- a) 1 perito en ARG, NAC, 458; GUA, 165;
- b) 1 ó 2 en BOL, 432;
- c) 1 ó 3 en ARG (BUE, 459); ECU, 273; ESP, 611;
- d) 3 ó 1 en ARG (SFE, 186); URU, 413;
- e) 1 o más en ARG, CBA, 261.

En caso de no mediar tal acuerdo, cada parte designa un perito y el juez a un tercero para actuar en supuesto de discordia (BOL, 432; COS, 285; MEX, 347; PAR, 163).

Si fueren más de dos los litigantes nombrarán *un* perito los que sostengan unas mismas pretensiones y *otro* los que las contradigan; si en este último caso los interesados no se ponen de acuerdo, el juez sortea entre los propuestos (PAR, 163).

Las partes pueden designar consultor o delegados técnicos: ARG, NAC, 458 y 462; SFE, 193, por ejemplo. Si hay pluralidad de partes, se elige el asistente por mayoría y si hay empate, por la suerte (BRA, 421).

225. Cómo se pide y se decreta la prueba del dictamen pericial

Para pedir esta prueba es necesario indicarle al juez sobre qué puntos debe recaer, para lo cual se redacta el cuestionario que se somete a los peritos, procurando que cada pregunta contenga un solo punto y ojalá separándolos, con numerales o literales, con el fin de que el objeto de la prueba quede claro. No es suficiente decirle al juez que ordene una prueba de peritos o un dictamen pericial, pero puede ordenar la prueba de oficio con su propio cuestionario.

En la providencia que decreta la prueba, el juez puede limitarse a ordenarla y a decir que debe versar sobre los puntos planteados en el memorial petitorio, o puede copiar el cuestionario que en ese memorial aparece. Si la prueba se ordena de oficio, es indispensable precisar en la misma providencia los puntos que se somete a los peritos y si no se hace, será necesario complementarla con otra posterior, bien sea de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes o de los mismos peritos.

225.a)a. En el momento oportuno, que varía en cada tipo de proceso en los diferentes CPC, la parte puede solicitar designación de perito con expresa mención de la especialización requerida (ARG, NAC, 459; BUE, 458) y proponer concreta y claramente los puntos que intenta someter a pericia (sin que sean admisibles puntos de derecho): ARG (NAC, 459; BUE, 458; CBA, 260 y 264); BOL, 431; COL, 236; COS, 285; GUA, 164; ESP, 611.

La parte contraria puede observar la procedencia y/o la pertinencia de los puntos propuestos (ARG [NAC, 459; BUE, 458]; BOL, 431; GUA, 164) y ofrecer otros puntos con el mismo objeto (ARG [BUE, 458; CBA, 260 y 264; SFE, 187]; BOL, 431; COL, 236; COS, 286; GUA, 164; ESP, 612).

De resultar admisible el ofrecimiento, el juez nombra al perito (ARG [NAC, 460; BUE, 458; CBA, 261; SFE, 187]; COL, 236; CHI, 414; GUA, 167; PER, 493), fija con precisión y claridad los puntos de pericia de acuerdo con el cuestionario presentado por las partes (ARG [NAC, 460; BUE, 459; CBA, 260; SFE, 187]; BOL, 431; BRA, 426; COL, 236; y el que de oficio considere conveniente formular; COS, 285; CHI, 414; ECU, 281; GUA, 167; PER, 493; URU, 412; ESP, 613) y determina el plazo para dictaminar y presentar el respectivo informe (ARG [NAC, 460: si no lo fija, es de 15 días; SFE, 187: se cuenta desde la última aceptación del cargo, en su caso]; BRA, 427; COS, 295; ECU, 281; GUA, 167; MEX, 349; PER, 493).

b) Ofrecido o peticionado este medio de prueba, quien habrá de actuar como perito puede ser designado:

1) Por el juez de la causa, privativamente: ARG, NAC, 458: salvo régimen distinto establecido por ley especial; BRA, 421; PER, 493;

2) por acuerdo de partes; en su defecto por el juez de la causa: ARG (BUE, 459; CBA, 261; SFE, 186); COS, 288; CHI, 414: si la designación la efectúa el juez por no haber mediado acuerdo entre partes, ella no puede recaer en ninguno de los propuestos por éstas; ECU, 273; URU, 414; ESP, 616;

3) de común acuerdo; en su defecto, cada parte designa un perito y el juez un tercero (BOL, 432; GUA, 165; MEX, 347).

Sin embargo, el juez nombra a los peritos que correspondan a cada parte en los siguientes casos:

- 1) Si alguno de los litigantes dejare de hacer el nombramiento en el término señalado;
- 2) cuando el designado por las partes no aceptare dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan a la notificación de su nombramiento;
- 3) cuando habiendo aceptado no rindiere su dictamen dentro del término fijado o en la diligencia respectiva;
- 4) cuando el que fue nombrado y aceptó el cargo lo renunciare después;
- 5) si el designado por los litigantes no se encontrare en el lugar del juicio o en el que debe practicarse la prueba, o no se hubiere señalado su domicilio (MEX, 348);
- 6) cuando el perito no se presenta a posesionarse legalmente;
- 7) cuando deja caducar el nombramiento (ECU, 275).

En caso de pluralidad de partes o de relación litisconsorcial, designan un perito los que sostienen la misma pretensión y otro los que la contradicen. Si en este supuesto las partes no se ponen de acuerdo, el juez insaculará los que se propusieron, teniéndose por nombrado al que designe la suerte (PAR, 163).

c) La designación debe recaer en persona mayor de edad (ECU, 272), de conducta intachable, honorabilidad reconocida y excelente reputación (COL, 8º; COS, 289; ECU, 272) e imparcialidad absoluta (COL, 8º; COS, 290), que posea título habilitante o demostrativo de total idoneidad (ARG [NAC, 464: "Si la profesión estuviese reglamentada"; BUE, 462; SFE, 188]; BOL, 433; COL, 8º; COS, 289; CHI, 413; MEX, 346; PAR, 165; PER, 492: "si está reglamentada y hay en el lugar dos o más titulados que puedan desempeñar el cargo"; ESP, 615: "si está reglamentada") y que, en lo posible, resida en el lugar del juicio (ECU, 272). COS, 291, ordena que "hasta donde sea posible, el juez procurará hacer la designación de perito en personas de que tenga conocimiento que aceptarán el cargo".

Si la profesión no está reglamentada o, estándolo, no hay profesional titulado en el lugar del juicio, el juez puede designar cualquiera persona entendida o práctico con conocimientos en el tema (ARG [NAC, 464; SFE, 188]; ECU, 272; MEX, 346; PAR, 166; ESP, 615).

ARG, CBA, 261; BRA, 424, y VEN, 332, requieren sólo conocimiento práctico de la materia.

La imparcialidad absoluta del perito exige que, a su respecto, no se dé ninguna de las causales de inhabilidad o tacha que se presenta en cuanto a los testigos: ver, por ejemplo, CHI, 413.

226. Aceptación y posesión de los peritos

En el proceso penal el cargo de perito es de forzosa aceptación; en los demás es voluntario, pero si se rechaza y no se presenta excusa justificada, debe suprimirse el nombre de ese perito de la lista oficial.

El perito debe concurrir al despacho del juez, para tomar posesión de su cargo; éste recibe el juramento al perito, bajo cuya gravedad promete cumplir fielmente sus deberes.

La falta de posesión o de juramento vicia de nulidad el dictamen y no puede suplirse con posterioridad a la presentación de éste. No hay inconveniente en que al final del acta de la diligencia de inspección, en que actúe el perito, se deje constancia de que se le dio posesión.

Es conveniente señalar una misma fecha y hora para la posesión de los dos peritos y darle el carácter de audiencia en la cual se puedan adoptar medidas importantes, como pedir las partes ampliación del dictamen si no lo hicieron ya. Antes de tomar posesión los peritos deben manifestar bajo juramento que no se encuentran impedidos. Una vez posesionados y en la misma diligencia los peritos deben convenir la fecha y hora para iniciar su trabajo, con el fin de que las partes puedan acompañarlos si lo desean. Allí mismo los peritos pueden solicitar ampliación del término para rendir el dictamen. Como se ve, es una diligencia muy importante, que garantiza el control y la contradicción de la prueba por las partes, que podrán cerciorarse de que los peritos ejecutan el trabajo personalmente y además podrán darles explicaciones, pedirles que tengan en cuenta sus razones y los aspectos o circunstancias que consideren importantes, lo cual evitará en muchos casos la necesidad de objetar el dictamen o de pedir aclaraciones. Naturalmente, las partes no pueden estar presentes en el momento en que los peritos vayan a iniciar sus deliberaciones. De esta manera se da más seguridad y más garantía a la prueba.

También en la diligencia o audiencia de posesión podrán los peritos pedir que se les suministre el dinero necesario para el desempeño de su trabajo, y el juez deberá acceder a ello en la cuantía que estime necesaria y señalar el término para que la parte que solicitó la prueba entregue esa suma directamente a los peritos o la consigne a órdenes del juez; si esta parte no lo consigna en el término que el juez señale, podrá éste ordenar a los peritos que de todas maneras rindan el dictamen, si lo considera indispensable, o en caso contrario prescindir de esa prueba. También la otra parte puede pagar esos gastos y la que pidió la prueba queda obligada a restituirla.

226)a. Efectuada la designación del perito, éste debe aceptar personalmente (BOL, 435; GUA, 166) el cargo, por escrito (CHI, 417), dentro de un plazo breve (varía entre uno y cinco días: ARG [NAC, 469; BUE, 467; SFE, 189]; COS, 293; GUA, 166; VEN, 333) ante el juez (GUA, 166; VEN, 333) o un funcionario fedatario del tribunal (ARG, NAC, 469; BUE, 467; SFE, 191), afirmando no encontrarse inhabilitado o impedido de dictaminar (COL, 236) y bajo juramento o promesa de cumplir fiel y legalmente con el cargo (ARG [NAC, 469; BUE, 467; CBA, 266; SFE, 191]; BOL, 435; BRA, 422; COL, 236; CHI, 417; ECU, 277; PAR, 171; PER, 494; URU, 420; VEN, 333; ESP, 618).

Algunos CPC establecen que el cargo es irrenunciable si el perito posee título profesional (ARG, SFE, 189) pero puede rehusar la aceptación si tiene causal de excusación (id.).

Otros CPC norman que si el perito no acepta, la parte interesada puede proponer otro (GUA, 166) o el juez designar uno de oficio (ARG [NAC, 469; BUE, 467; CBA, 261; SFE, 191]; BOL, 435; COS, 293; MEX, 348; PAR, 172: "Si algún perito no compareciere, o si después de haber aceptado, rehusase dar su dictamen, se procederá a nombrar otro en su lugar; y en el último caso, será condenado por el mismo juez que le hubiere conferido el cargo, a pagar los gastos de las diligencias frustradas y los daños y perjuicios ocasionados a las partes, si éstas los reclamaren"; URU, 421).

227. Oportunidad para pedir adiciones al dictamen

Existen dos sistemas. El primero es el que rige en los procesos

civiles, laborales y contencioso-administrativos colombianos: la parte contraria a la que pide la prueba puede solicitar adiciones al cuestionario de los peritos, siempre que lo haga desde la notificación del auto que decreta la peritación, hasta la diligencia de posesión de los peritos o durante ésta; la limitación persigue dejar de una vez definido cuál es el objeto del dictamen y acelerar su trámite. Naturalmente, el juez tiene facultades para solicitar de oficio la ampliación o adición del dictamen, en cualquier momento de las dos instancias, antes de dictar la respectiva sentencia, para lo cual les señalará un término hasta de diez días (C. de P. C., art. 240).

El segundo sistema es el que rige para lo penal en Colombia: las partes (procesado y su apoderado o defensor, parte civil y ministerio público), pueden pedir adiciones al cuestionario antes de que los peritos hayan rendido dictamen o después durante el traslado de éste, para lo cual presentarán los correspondientes cuestionarios. También el juez puede ordenarlas de oficio, en cualquier tiempo.

Preferimos el primero.

228. Impedimentos y recusaciones

Los peritos están impedidos y son recusables como los jueces. Si el perito conoce el impedimento en que se encuentra, debe excusarse de aceptar el cargo y abstenerse de tomar posesión; si informa el impedimento al juez luego que esté posesionado, éste debe declararlo separado del cargo.

Es importante exigir que los peritos expresen bajo juramento, en el momento de posesionarse, que no se encuentran en ninguno de los casos de impedimento que consagra la ley, y que si después prospera una recusación se les imponga multa y se les promueva el proceso penal correspondiente por perjurio.

También al recusante que no pruebe el motivo legal se le debe imponer igual multa. Ello economiza mucho trabajo y tiempo, pues prácticamente elimina el problema de las recusaciones, ya que además la designación de los peritos la hace siempre el juez, de las listas elaboradas en los juzgados. Esto se aplica a lo civil, penal, etcétera.

228.a) Los peritos tienen el deber de excusarse y, por ende,

pueden ser recusados por las partes, cuando se encuentren —respecto de ellas o del objeto del pleito— en alguna de las causales previstas en la ley para recusación de jueces (ARG [NAC, 466; BUE, 463; CBA, 270; SFE, 190]; BOL, 433; GUA, 166; PAR, 168) o para formular tachas a los testigos (ARG, CBA, 270; URU, 417). Algunos CPC efectúan enumeración de causales (COS, 289; MEX, 351; ESP, 621) entre las que repiten algunas propias de jueces y agregan otras novedosas y específicas del caso: haber dado, sobre el mismo asunto, dictamen anterior contrario a la parte recusante y haber prestado servicio como perito al litigante contrario.

En aquellos CPC que autorizan la designación de perito en persona que carece de título habilitante, se permite la recusación por incompetencia notoria (ARG [NAC, 466; BUE, 464]; BOL, 433; BRA, 424; PAR, 168; URU, 417).

Cuando los peritos han sido designados por acuerdo de partes, la recusación sólo puede fundarse en causal sobreviniente (ARG [BUE, 463; CBA, 268; SFE, 190]; GUA, 166; PAR, 167; URU, 416; VEN, 337; ESP, 619).

No son recusables los peritos controladores (ARG, CBA, 262).

b) La recusación se deduce por escrito y con expresión concreta de la causa invocada (ARG, CBA, 269; ESP, 620), dentro del plazo de 3 días contados desde el siguiente al de la notificación del auto de designación (ARG [NAC, 465; BUE, 463; CBA, 268]; BOL, 433; COL, 235; CHI, 416; PAR, 167; URU, 416) o en el de 2 días (ESP, 620) o en el de 48 horas (GUA, 166; MEX, 351).

Conjuntamente se piden u ofrecen las pruebas que se estimen procedentes (ARG, CBA, 269; COL, 235). Si el juez comprueba que la recusación es infundada o no guarda la forma exigida en la ley o se presenta extemporáneamente, debe rechazarla de plano (ARG, CBA, 271; ESP, 622). Caso de hallarla admisible, la hace saber al perito para que se manifieste al respecto dentro de un plazo breve y perentorio (ARG [NAC, 467; CBA, 272]; ESP, 623).

c) Si el perito acepta la causal recusatoria (COL, 235) o guarda silencio al respecto (ARG, NAC, 467) se lo reemplaza sin más trámite (ARG [NAC, 467; BUE, 466; CBA, 274]; BOL, 434;

BRA, 423; COL, 235; COS, 292; MEX, 351; PAR, 170; URU, 419; ESP, 623). Si son varios los peritos y fueron designados de común acuerdo por las partes para que actuaran conjuntamente, la recusación de uno cualquiera de ellos hace cesar a todos los demás (ARG, CBA, 275).

Si el perito no acepta la causal recusatoria, el juez otorga a la recusación trámite sumario (ARG, BUE, 465; PAR, 169; URU, 416) o incidental (BOL, 434), que no interrumpe el proceso (ARG, NAC, 467) y ordena la producción de las pruebas ofrecidas (COL, 235; ESP, 624).

Si se prueba la causal invocada, se la acepta y se impone multa al perito (COL, 235). Si no se prueba, se impone multa al recusante (COL, 235; MEX, 352) o se lo condena en todas las costas del respectivo incidente (PAR, 170; URU, 419; ESP, 625).

d) El perito es removido cuando:

- 1) No acepta el cargo (ECU, 282);
- 2) después de aceptar el cargo, lo renuncia sin motivo atendible (ARG [NAC, 470; BUE, 468]; BOL, 437; URU, 421);
- 3) no concurre al acto del reconocimiento del objeto del peritaje (COS, 299; ECU, 282; MEX, 350; PAR, 172; PER, 500; URU, 421);
- 4) rehúsa emitir su dictamen (ARG [NAC, 470; BUE, 468]; BOL, 437; PAR, 172; PER, 500; URU, 421; VEN, 336);
- 5) no presenta su dictamen dentro del plazo fijado al efecto (ARG [NAC, 470; BUE, 468; CBA, 280]; BOL, 437; COS, 299; ECU, 282; GUA, 168, salvo acuerdo de partes; PER, 500).

La negligencia de uno de los peritos que actúan conjuntamente no excusa el incumplimiento de los demás (ARG, CBA, 281).

En estos casos, además de no percibir honorarios, es responsable de daños y perjuicios y carga con las costas y gastos de la diligencia frustrada, siendo a veces pasible de multa que fija el juez de la causa.

229. Cómo se prepara y rinde el dictamen

a) *Cómo deben actuar los peritos.* En primer lugar, los peritos deben examinar conjuntamente las personas o cosas materia del dictamen, debiendo realizar personalmente los experimentos e investiga-

ciones que consideren necesarios; pero el incumplimiento de este requisito no vicia de nulidad la prueba. Tal como lo acepta la jurisprudencia o la ley de varios países (como Francia y Colombia) se autoriza a los peritos para que utilicen auxiliares o soliciten el concurso de otros técnicos, bajo su responsabilidad y por su cuenta, con una condición: que después de que hagan los estudios y conozcan el concepto de los demás técnicos o que tengan la colaboración de éstos en la práctica de los experimentos y estudios, los peritos analicen ese material, lo califiquen y emitan su propia opinión. Esto se aplica a todos los procesos. Por ejemplo, cuando los peritos quieran recurrir a laboratorios técnicos especializados podrán hacerlo, y en su dictamen lo informarán al juez, como parte de la fundamentación de sus conclusiones. Lo importante es que ellos den su opinión personal, lo cual apreciará el juez cuando haga la crítica del dictamen. Además de claro, preciso y detallado, el dictamen debe contener las explicaciones de los exámenes, experimentos e investigaciones que los peritos realizaron, y los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

El juez y las partes pueden acompañar a los peritos y presenciar los exámenes y experimentos, en el curso de los cuales pueden hacerles las observaciones que estimen convenientes.

b) *Los informes de terceras personas.* Por otra parte, en el curso de la investigación, los peritos pueden recibir informes de terceras personas. Esta hipótesis ocurre con frecuencia en los casos de identificación de linderos dudosos para el deslinde o el avalúo y la medición de inmuebles; entonces puede ser necesario que los peritos se informen con las gentes de la región, especialmente si los linderos son ambiguos como ocurre en muchas escrituras (de tal loma, a la piedra negra junto a la quebrada de tal nombre, etc.). Surge entonces un problema muy debatido en doctrina: el del valor que tienen tales informaciones de esos terceros. Hay dos sistemas: el francés que autoriza a los peritos para recibir bajo juramento los testimonios de esos terceros, y el que prefiere que éstos vayan a declarar ante el juez. Nosotros adoptamos el segundo, porque está más de acuerdo con nuestras tradiciones y permite la contradicción por las partes y la inmediación del juez respecto a esos testigos; así, en Colombia se dispone que cuando en el informe de los peritos aparezca tal información, si el juez lo considera

necesario podrá ordenar que estos terceros concurren ante él para que rindan declaración, con lo cual se incorporan al proceso sus conocimientos con las formalidades de la prueba testimonial; esto se aplica a lo penal, laboral, etcétera.

c) *Prórroga del término para dictaminar.* Muy importante es también la norma según la cual los peritos sólo pueden pedir prórroga por una vez del término para rendir el dictamen, señalado por el juez en el auto que decretó la prueba o en la diligencia de posesión. Con esto se persigue acelerar la práctica de la prueba.

d) *Cómo se rinde el dictamen.* Salvo en los procesos verbales, el dictamen se rinde por escrito y debe reunir los requisitos de claridad, precisión y fundamentación que vimos en el número 222.

La presentación del dictamen, cuando no es audiencia, debe hacerse personalmente por el perito, a menos que autentique su firma ante otro funcionario judicial, como se hace respecto a las demandas o poderes para procesos.

e) *El perito tercero.* El perito tercero debe limitarse a dictaminar sobre los puntos del desacuerdo entre los dos principales; si se extiende a otros puntos, su dictamen es válido respecto a los primeros e ineficaz sobre los demás.

229.a) a. En el día, hora y lugar fijados por el juez (ARG [CBA, 278; SFE, 192]; BOL, 436; BRA, 433; COL, 237; COS, 296; CHI, 420; VEN, 336; ESP, 626), en presencia de las partes y sus defensores (ARG [NAC, 471; BUE, 469; CBA, 277; SFE, 193]; BOL, 436; COL, 237; CHI, 417; MEX, 350; PAR, 173; PER, 495; URU, 422; VEN, 335; ESP, 626) para que puedan formular todas las observaciones que consideren pertinentes (ARG [NAC, 471; CBA, 277; SFE, 193]; CHI, 419; MEX, 350; PER, 495; VEN, 335), se reúnen todos los peritos para examinar unidos en conjunto las personas y cosas objeto del dictamen, si es que no tienen razón especial para lo contrario (ARG [BUE, 469; CBA, 277; SFE, 193]; BOL, 436; COL, 237; CHI, 418; MEX, 350; PAR, 173; URU, 422; VEN, 334; ESP, 626) realizando personalmente los experimentos e investigaciones necesarios (COL, 237). En algún caso se exige que todo se realice en presencia del juez (PER, 495).

Los peritos pueden bajo su responsabilidad y dirección, utilizar a otros técnicos en calidad de auxiliares (BRA, 429; COL, 237) y solicitar informes a terceras personas (BRA, 429 y 434; COL, 237).

También por medio del juez, pueden requerir ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos mecánicos, exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos; reconstrucción de hechos para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada (ARG [NAC, 475; BUE, 471]; BOL, 439; BRA, 429 y 434; ECU, 266).

De todo lo actuado se levanta acta circunstanciada (CHI, 419; PER, 495).

Cuando las partes se encuentran presentes deben retirarse del acto al comenzar la deliberación de los peritos: ARG (BUE, 469; CBA, 277; SFE, 193); BOL, 436; CHI, 419; MEX, 350; PAR, 173; PER, 495; URU, 422; VEN, 335; ESP, 627.

Si las modalidades del asunto lo permiten, los peritos pueden brindar su dictamen de inmediato: ARG (NAC, 474; BUE, 470; CBA, 265; SFE, 192); BOL, 438; PAR, 174; PER, 496; URU, 423).

De la misma forma, si el reconocimiento de algún lugar puede aclarar o mejorar la tarea, el juez tiene facultades para ordenar que allí se practique la pericia: ARG, CBA, 276; COL, 237; COS, 294; ECU, 266; URU, 424.

b) Dentro del plazo señalado al efecto por el juez, el dictamen debe ser presentado en el tribunal (PAR, 177; URU, 426) por escrito (ARG [NAC, 472; BUE, 472; CBA, 278; SFE, 193]; BOL, 440; BRA, 430; COS, 296: o se envía autenticado al tribunal; GUA, 169: con ratificación de firmas; PER, 496; ESP, 627: o de palabra, según la importancia del asunto), en texto único firmado por todos (ARG, BUE, 472; BOL, 440; COS, 297: si están de acuerdo; CHI, 423; GUA, 169; PAR, 176; PER, 496; URU, 425; ESP, 629) o en tantos ejemplares como opiniones diversas hayan (ARG [BUE, 472; SFE, 193]; BRA, 430; CHI, 423; GUA, 169; PAR, 176; URU, 425; ESP, 629). Se acompañan

copias suficientes para todas las partes (ARG [NAC, 472; BUE, 472; SFE, 193]; BOL, 440).

Con redacción clara y precisa (COL, 237; ECU, 278) debe explicar detalladamente los exámenes, experimentos e investigaciones realizados (ARG [NAC, 472; BUE, 472]; COL, 237) y los principios científicos en los cuales se basarán las opiniones (ARG [NAC, 472; BUE, 472]; ECU, 278) y fundamentar claramente las conclusiones respecto de cada uno de todos los puntos sometidos a pericia (COL, 237; COS, 297; PAR, 176; PER, 497; URU, 425; ESP, 627).

230. Contradicción del dictamen. Traslado.

Su aclaración y objeción

Sin una oportunidad para conocer y contradecir (objectarlo o pedir que se complete y discutirlo) el dictamen, éste carece de mérito y eficacia.

Pero la contradicción del dictamen comienza antes y comprende varias etapas: 1ª) la publicidad de su decreto, mediante la notificación a las partes; 2ª) la oportunidad de conocer a los peritos asistiendo a su posesión y acompañarlos al examen de las cosas o personas y hacerles observaciones; 3ª) la oportunidad de pedir ampliación del dictamen por la parte que no lo solicitó; 4ª) oportunidad de conocer el dictamen y poder pedir aclaraciones y complementación y de objetarlo; 5ª) oportunidad de alegar para impugnar su mérito probatorio y su validez. Las tres primeras ya las examinamos.

De las aclaraciones o complementaciones se debe dar traslado a las partes y éstas podrán también objetar el dictamen por error grave, si antes no lo hicieron.

Un buen criterio para determinar cuándo el error es grave, es el contenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana sobre error manifiesto de hecho para efectos de decidir si se casa o no la sentencia recurrida por mala apreciación o falta de apreciación de pruebas, es decir: debe ser manifiesto, protuberante, además de importante cuantía si se trata de regulaciones numéricas (como avalúos) o respecto a un punto importante en los demás casos.

Cuando se pide un dictamen de peritos como prueba de la objeción

formulada a otro, del dictamen que se rinda para la objeción se debe dar traslado, para que las partes pidan, si lo desean, aclaraciones o complementación; pero ese dictamen no es objetable, pues de lo contrario podría formarse una cadena ilimitada de objeciones y dictámenes.

Transcurrida la etapa del traslado, las aclaraciones, complementaciones y objeciones, se pasa a la de su crítica para apoyar o impugnar su mérito probatorio, mediante alegaciones contenidas en la alegación general de la instancia o especial del incidente donde se practicó esa prueba; en ambos casos criticando su validez, sus fundamentaciones y sus conclusiones y comparando los varios dictámenes entre sí y con las demás pruebas (véase Cap. XII).

Muy importante es permitir a las partes que puedan asesorarse de expertos para la crítica y contradicción del dictamen, sea para objetarlo o simplemente para criticarlo, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones. El Código de Procedimiento Civil colombiano lo autoriza. Esto significa que el trabajo de esos expertos auxiliares de las partes sólo se tendrá en cuenta en la liquidación de costas, como alegato, cuya importancia y necesidad apreciará el juez, sin consideración a lo que la respectiva parte haya pagado por ellos. La función de estos asesores es muy importante, porque el abogado carece de autoridad científica o técnica para criticar los fundamentos del dictamen, en la mayoría de los casos; ahora podrá limitarse a decir en un corto escrito que lo objeta o critica por las razones contenidas en el estudio del experto, que se acompaña. En los procesos verbales, esos asesores podrán exponer oralmente sus puntos de vista. Esto se aplica a los procesos penales, laborales, contencioso-administrativos, etcétera.

Observación común a todos los procesos. La prueba de la violencia, el dolo, el cohecho o la seducción sobre los peritos o uno de ellos, se sujeta a las normas generales y cualquier medio es pertinente. La del error grave es más complicada: en algunos casos servirán los medios comunes de prueba, inclusive la testimonial, más posiblemente la de inspección judicial o la documental si existe y se trata de establecer hechos que no se tuvieron en cuenta, o que se dieron por existentes en el dictamen y que no corresponden a la realidad. Pero cuando lo discutido es el concepto técnico, la consecuencia deducida por el perito

o su avalúo u otro punto similar, la única prueba eficaz es otro dictamen de peritos, que no es objetable. El juez debe decidir cuál de los dos dictámenes le merece más credibilidad, según la competencia técnica de los peritos, las fundamentaciones y las demás pruebas que existan en el expediente; pero sólo cuando le parezca *evidente* que los primeros peritos se equivocaron y los segundos no, puede declarar probado el error grave con esa prueba. No basta que el nuevo dictamen le parezca mejor, si la cuestión no aparece evidente, pues el error del primero tiene que ser grave, es decir, patente y manifiesto; sin embargo, puede tener en cuenta las razones expuestas en el segundo dictamen, para la valoración del primero en la sentencia.

231. Cuántos dictámenes puede haber en un mismo proceso. Traslado de dictámenes rendidos en otros procesos o extrajudicialmente

Al estudiar el traslado de la prueba, se examinó este problema (véanse núms. 88-89). Nos limitaremos a agregar ahora que si el dictamen fue rendido con audiencia de la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso, tiene pleno valor, por haber sido controvertido; pero en el caso contrario será apenas un indicio que el juez debe valorar libremente. Esta prueba no permite ratificación. Puede llamarse a los peritos para que declaren como testigos si es cierto que rindieron ese dictamen y que fue su sincera opinión previo un estudio cuidadoso, etcétera, pero esa diligencia apenas tiene el mérito de un testimonio técnico, con las limitaciones que vimos al tratar de esta especie de testimonio; es decir, vale en cuanto a sus observaciones fácticas y sus calificaciones de los hechos observados, pero no en cuanto a los conceptos de simple valoración o deducción, que sólo podían emitir como peritos (véase núm. 176).

Lo mismo cabe decir de los dictámenes de peritos pedidos extrajudicialmente sin previa citación y traslado posterior a la parte contra quien se piensa hacerlos valer en proceso posterior. Por ese motivo lo prudente es tomar esta prueba con citación de esa parte, si el tiempo y las circunstancias de los hechos lo permiten.

Algunos códigos disponen que en un mismo proceso y sobre un

mismo punto no se podrá decretar sino un dictamen pericial, salvo en las objeciones; tampoco se decretará dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes; pero si el juez o tribunal considera que el dictamen no es suficiente o aceptable, por cualquier motivo, deberá ordenar otro de oficio, con distintos peritos, si la prueba es necesaria para adoptar su decisión.

También es admisible pedir, en segunda instancia, un dictamen, cuando la peritación de la primera instancia no tuvo valor probatorio, por desacuerdo entre los peritos sin que fuera posible sacar el medio aritmético, o por otro motivo, como vicios en el nombramiento o la posesión de los peritos, o por haber sido rechazado en la sentencia de primera instancia por carecer de fundamentación o por aparecer contraevidente o contradictorio, o por otra causa, porque esto constituye un hecho nuevo. El superior debe también decretar otro dictamen de oficio, si no lo piden las partes, en estos casos.

232. Honorarios de los peritos

Una disposición importante es la que exige en lo civil que se señalen los honorarios de los peritos, pero es mejor darle validez y eficacia aun cuando no se paguen, por el interés general en la buena justicia.

233. Deber de colaboración de las partes con los peritos

Conviene consagrar el deber de colaboración de las partes con los peritos, y contemplar dos hipótesis: 1ª) la falta de colaboración que no impide practicar el dictamen; 2ª) la obstaculización que hizo imposible practicarlo. De acuerdo con la doctrina esa conducta se traduce en una de dos consecuencias: confesión ficta o indicio. En Colombia se adoptó el segundo camino, de considerar ambas conductas como indicios graves en contra de la parte que niega la colaboración o que impida la práctica del dictamen, sometiéndolas además, en el primer caso, a multas y a pagar los honorarios del perito, y en el segundo a una multa de quinientos a cinco mil pesos. Los peritos deben hacer constar en su dictamen aquellas circunstancias.

233)a. En cuanto al deber de colaboración de las partes, ARG, SFE, 196, establece que si el interesado se niega sin motivo justificado, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión, salvo asuntos de orden público, en cuyo caso se ordena compulsivamente la realización de la prueba.

234. Los informes técnicos de funcionarios oficiales

Conviene autorizar (como ocurre en Colombia) solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos a entidades oficiales. Por ejemplo, los informes de los médicos legistas de la policía judicial y en general los técnicos de entidades oficiales que dispongan de personal especializado, siempre que el juez los considere convenientes para verificar los hechos que interesen al proceso. Esta norma se aplica en lo laboral, contencioso-administrativo y fiscal.

Naturalmente, hay que darle garantía a esos informes, y para ello se exigen dos requisitos: 1º) que se rindan bajo juramento, que se considera prestado por el hecho de su firma; 2º) que se dé traslado del informe a las partes, para que puedan pedir aclaraciones o complementaciones. Con estos requisitos la prueba queda suficientemente controvertida.

En materia penal, los informes técnicos de funcionarios oficiales tienen todavía mayor importancia y han sido utilizados desde tiempo inmemorial, por ejemplo, las autopsias de médicos legistas, los dictámenes de laboratorios forenses y de la policía judicial.

La naturaleza jurídica de esos informes depende de la especie de prueba que sustituyen⁴²⁴. Por consiguiente, si el informe contiene una simple relación de hechos, se tratará de un testimonio escrito, y si contiene juicios de valor, conceptos técnicos, científicos o artísticos, se estará en presencia de un dictamen técnico *sui generis*, en cuanto no hay propiamente designación de perito, ni posesión y juramento previos para cada caso, sino que se utiliza al funcionario que en forma permanente desempeña esas actividades en el órgano respectivo, por disposición de la ley, y que ha prestado un juramento general en el momento de asumir el cargo.

⁴²⁴ SENTÍS MELENDO, *La prueba de informes*, en *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, 1959, t. III, p. 266.

En lo penal existen peritaciones ordenadas por el funcionario judicial que instruye el sumario, antes de que intervenga el imputado, e igualmente informes policiales técnicos pedidos por el mismo funcionario después de iniciado el sumario o de oficio por la policía. Sin embargo, esos informes policiales técnicos no son peritaciones ordinarias o regulares, pues no se someten a las formalidades procesales que rigen para éstas (como la designación del perito, su posesión, su juramento y la citación del imputado o su defensor para que asista si lo desea a las operaciones del experto) y pueden rendirse sin solicitud del funcionario judicial investigador e inclusive antes de que éste asuma la investigación; en los últimos casos son actos extraprocesales, como los califican Virotta, Clariá Olmedo y Manzini⁴²⁵. Sin embargo, creemos que se trata de peritaciones *sui generis*, con peritos oficiales permanentes, que pueden presentarse antes o después de iniciada la investigación judicial y por o sin encargo del funcionario que la adelanta; la circunstancia de que no presten juramento en cada caso, sino uno general al posesionarse del cargo oficial, no impide reconocerles esa calidad, como lo aceptan la ordenanza procesal alemana y la ley francesa de 1944, y tampoco el hecho de que no sean peritos designados por el juez.

Si existe el encargo judicial y por tanto se producen dentro del sumario o durante la causa, tienen la misma naturaleza de la peritación ordenada de oficio y por perito escogido libremente por el juez o el funcionario judicial que adelanta el sumario. En cambio, si el informe técnico se rinde antes del sumario o después, pero sin encargo del juez, en pura doctrina es una peritación oficial extraprocesal, cuyo valor probatorio es diferente: en cuanto a la relación de los hechos percibidos por los funcionarios, vale como testimonio escrito de funcionario público, como dice Manzini; respecto a los conceptos o juicios técnicos o científicos, apenas como fuente de ilustración del criterio del juez, pero no como verdadero medio de prueba. La normal legal, que autoriza a la policía judicial para practicar sin encargo del juez instructor pruebas técnicas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos, las cuales tendrán el mismo valor probatorio que las

⁴²⁵ MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ts. III, núm. 328, y IV, ps. 399-400.

practicadas por el juez, la consideramos injurídica y peligrosa (como la similar que autoriza a la policía judicial para recibir testimonios durante esas diligencias previas al sumario).

Sin embargo, nada impide que en la segunda hipótesis el funcionario judicial investigador o el juez de la causa, solicite de oficio o a petición de una de las partes, que ese órgano policial rinda nuevamente el informe, ampliándolo o aclarándolo si es el caso, y entonces ese segundo informe será un acto instructorio y podrá ser sometido a contradicción de la misma manera que el dictamen de peritos designados por el juez, por lo cual tendrá el valor probatorio que corresponde a éste; también permitirá a las partes y al juez de oficio, disponer que se repita la prueba técnica practicada por la policía, con peritos designados por el juez o por conducto de un laboratorio forense o de otros técnicos oficiales. Esta segunda medida es la más aconsejable, porque garantiza mejor la contradicción e imparcialidad de la prueba. También es importante observar que cuando la ley somete esos informes técnicos oficiales al régimen general de la peritación, pueden ser objetados como ésta y también se pueden pedir aclaraciones y ampliaciones de ellos, aunque en doctrina no son peritaciones judiciales⁴²⁶.

234)a. Ordenados de oficio o a petición de partes, autorizan la producción de *informes técnicos* (ARG [NAC, 476; BUE, 475; CBA, 282; SFE, 197]; BOL, 442; ESP, 631) a:

- 1) Oficinas y entidades públicas, con personal especializado (BOL, 442 –también privadas–; COL, 243; GUA, 183);
- 2) universidades, academias, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico: ARG, NAC, 477 (cuando se requiera alta especialización); ESP, 631 (oficiales);
- 3) oficinas técnicas (ARG, SFE, 197), médicos legistas y policía judicial (COL, 243).

Los informes deben ser motivados y rendidos bajo juramento, entendiéndose prestado por el solo hecho de firmarlos (COL, 243).

⁴²⁶ CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. V, núms. 1124 y 1128; MANZINI, ob. y núm. cit.; VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968, ps. 74-178.

234 bis. Los certificados de médicos y otros profesionales

Los certificados que expidan los médicos y otros profesionales, respecto a enfermedades de sus pacientes o de otras cuestiones relacionadas con su profesión, carecen de mérito probatorio, a menos que se ratifiquen mediante recepción de su testimonio con las formalidades legales; pero entonces será una prueba testimonial. Como peritación extraproceso no pueden ser aceptados, pues para ello se requiere el decreto de la prueba por un juez y su práctica regular. Es un caso de testimonio documentado o de documento declarativo (véanse números 176, 187 punto 3º, 188 puntos 1º, 3º y 8º, 203, 205, 208, 260, 266, 270 y 280). Y como certificación sólo pueden tener valor cuando provengan de un funcionario público, en ejercicio de sus funciones y sobre hecho relacionado con éstas.

CAPÍTULO XXIV

DE LA PRUEBA POR INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL

235. En qué consiste esta prueba y su importancia

La inspección judicial consiste en el examen que el juez, acompañado del secretario de su despacho o de uno *ad hoc*, hace directamente de hechos que interesan al proceso, para verificar su existencia, sus características y demás circunstancias, de tal modo que los percibe con sus propios sentidos, principalmente el de la vista, pero también en ocasiones con su oído, su tacto, su olfato y su gusto⁴²⁷. El juez puede estar acompañado por peritos y entonces se acumulan dos pruebas diferentes.

La importancia de esta prueba es inmensa, porque con ella se realiza la inmediación del juez con los elementos materiales del litigio y en general del proceso, e inclusive con los sujetos de éste y con los órganos de prueba (cuando aquéllos y éstos concurren a la diligencia y son escuchados durante ella por el juez), y por otra parte, le facilita la formación de su convencimiento mediante la percepción directa de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión.

Cuando un juez practica diligencias en ciertos lugares, como de entrega o secuestro de bienes o desalojo de personas, las constancias que en el acta queden de lo que observó y comprobó con sus sentidos tiene naturaleza similar a la de inspecciones y efectos probatorios análogos (véanse núms. 244, 246 punto 2º y 247). Lo mismo ocurrirá si

⁴²⁷ LESSONA, *Teoría de la prueba*, ed. cit., t. V, núm. 1; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 107.

tales diligencias las practica un funcionario de policía comisionado por un juez; si son practicadas en un proceso de policía o en diligencias administrativas, se tendrá un medio probatorio especial y no judicial, que el juez podrá apreciar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en concordancia con el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil colombiano que lo autoriza para aceptar "cualesquiera otros medios (de prueba) que sean útiles para la formación del convencimiento" y con el artículo 187 *ibidem* que le otorga libertad para apreciarlos a la luz de las dichas reglas de la sana crítica y armonizándolos con las otras pruebas que obren en el proceso.

235)a. Legislativamente, esta prueba consiste en el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida para:

- a) Juzgar de su estado y circunstancias (ECU, 263);
- b) verificar (COL, 244), esclarecer (BRA, 440; COL, 244; COS, 301; ESP, 633) o apreciar (COS, 301; ESP, 633) hechos;
- c) imponerse el juez de circunstancias que no pueden acreditarse de otra manera (VEN, 338).

236. Naturaleza jurídica de la inspección judicial

La inspección que el juez hace de los hechos o cosas que interesan al proceso puede recaer sobre el mismo hecho que se quiere probar o sobre otro que a su vez sirve de prueba de aquél (véase núm. 117). En el primer caso la inspección es siempre un medio directo de prueba y existe solamente un hecho: el que se quiere probar, que el juez inspecciona. En el segundo existen dos hechos: el que prueba la inspección y el que se quiere probar con éste, y entonces la inspección judicial es prueba directa del hecho indicador o indicio, y prueba indirecta del hecho indicado o que se pretende probar con el primero⁴²⁸.

En la inspección judicial predominan la actividad perceptora del juez, mediante la cual conoce directamente el hecho que se quiere probar con ella, sin utilizar las percepciones de otras personas como medio para conocer ese hecho (si las utiliza en la confesión, el testi-

⁴²⁸ Véanse citas en núm. 117, y LASERRA, Giorgio, *La prova civile*, Napoli, 1957, p. 110; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 16-17.

monio, la peritación y el documento). Sin embargo, existe también en esa actividad un razonamiento inductivo del juez, que le permite conocer qué es lo que percibe (si se trata de una casa o de una construcción diferente, de un mineral, de un animal o vegetal, por ejemplo) e identificar lo percibido por él con lo que se trata de probar. Esa actividad síquica es tan rápida que algunos autores han dejado de advertirla y como consecuencia han defendido la tesis de que no se trata de un medio de prueba, porque sólo existe el hecho mismo objeto de la inspección que es evidente y no otro que le sirve de prueba⁴²⁹; pero en realidad no se trata de que el hecho inspeccionado sea prueba de sí mismo, como suele decirse, sino de que su prueba consiste en su verificación por el juez, mediante sus sentidos, y por lo tanto exige indudablemente una actividad probatoria. Prueba es la inspección judicial y no el hecho inspeccionado; el segundo es el objeto de la primera; sin que esto impida que tal hecho, a su vez, pueda servir de prueba indiciaria de otro hecho. Este punto lo estudiamos al tratar de la clasificación de las pruebas.

Es *prueba personal*, en cuanto está constituida por la actividad de una persona (el juez). Y desde otro punto de vista, es una *prueba crítica o lógica*, porque con ella no se trata de representar otro hecho, como ocurre en la prueba histórica (por ejemplo en el testimonio, la confesión y el documento), sino de percibir directamente el hecho objeto de ella (véase núm. 117, d). Inclusive cuando la inspección versa sobre un hecho que sirve de indicio a otro, con ella simplemente se verifica la existencia del primero, sin que tenga función representativa. Si posteriormente, al valorar las diversas pruebas que en el proceso existen, el juez induce del hecho objeto de la inspección la existencia de otro hecho, se tratará de una función crítica subjetiva, de una operación lógica, sin que por ello el primer hecho sea la representación del segundo. Igualmente, la inspección judicial es siempre una *prueba formal*, porque tiene un simple valor probatorio y no puede concebirse como un requisito *ad substantiam actus*.

⁴²⁹ HEUSLER, cita de FLORIAN, *La prueba penal*, t. 1, núm. 59, nota 9; WACH y KÖHLER, citas de CARNELUTTI, *La prueba civil*, núm. 16, nota 112; DÖHRING, *Ench. La prueba. Su práctica y apreciación, la investigación del estado de los hechos en el proceso*, Buenos Aires, 1972, ps. 297-298.

Por otra parte, la inspección judicial es, por lo general, una *prueba plena o completa y simple* del hecho observado, si reúne los requisitos para su validez y eficacia (véase núm. 117). No obstante, cuando verse sobre un hecho para cuya apreciación o identificación se requiere conocimientos técnicos, será necesario complementar la inspección con un dictamen de expertos, y entonces ya no se tratará de una prueba simple, es decir, que por sí sola demuestre plenamente el hecho, sino de dos pruebas acumuladas: inspección y peritación.

Pero hay que distinguir dos aspectos de esta prueba: si el juez verifica ciertos hechos durante la inspección y de ellos queda constancia en el acta de la diligencia, y deja al dictamen de los peritos la verificación de otros, la inspección será prueba plena y simple de los primeros, pero no de los segundos, para los cuales existirá la prueba compuesta por los dos medios.

Lo anterior no significa que en esta prueba no exista posibilidad de error, porque también el juez puede equivocarse en la identificación o calificación de lo percibido y en su descripción; pero a quien alegue tal error le corresponde la carga de probarlo (véase núm. 246, c).

237. Objeto de la inspección judicial

Objeto de esta prueba son los hechos que el juez puede examinar y reconocer, sea que hayan ocurrido antes, pero todavía subsistan total o parcialmente, o que apenas queden huellas o rastros (en el último caso el objeto de la inspección son éstos), o que se produzcan en el momento de la diligencia (como un derrumbe que tenga lugar mientras el juez está inspeccionando un inmueble). Por lo tanto, pueden ser hechos permanentes o hechos transitorios que todavía subsisten o que ocurran en presencia del juez⁴³⁰.

Los hechos pasados que no subsisten ya, ni han dejado rastros o huellas, y los hechos que se suponen lleguen a existir o futuros, no pueden ser objeto de inspección judicial, porque el juez no puede percibirlos.

Tampoco son objeto de esta prueba las deducciones o suposiciones que el juez pueda formularse, mediante razonamientos lógicos, con

⁴³⁰ LESSONA, ob. y núm. cit.; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 105; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Madrid, 1964, t. II, ps. 178-180.

base en los hechos observados por él. En el acta de la diligencia se hace constar únicamente lo que ha sido materia de percepción por el juez y no son inferencias o deducciones, que deben dejarse para el momento y la providencia en que califique el mérito probatorio de la inspección. Se especificarán “las personas, cosas o hechos examinados” y “los resultados de lo percibido por el juez”; es decir: las observaciones sobre los hechos percibidos, para identificarlos y dar una idea completa de lo observado, pero no las simples inferencias o deducciones. Así, cuando se inspeccione un hecho que sirve de indicio a otro, el juez debe limitarse a descubrir todos los detalles del primero, sin adelantar su concepto acerca de si de él se deduce o no la existencia del otro hecho que se quiere demostrar (si lo expone, el acta carecerá de todo mérito probatorio, en esa parte).

La inspección tiene por objeto “la verificación o el esclarecimiento de hechos”, el examen y reconocimiento de hechos; no la exposición de las inferencias que de éstos obtenga el juez.

Si se ha pedido al juez verificar un hecho o ciertas características del hecho y no existen o no las encuentra, debe dejar constancia de que no fueron observadas, porque no se trata entonces de una suposición o deducción, sino de narrar el resultado de sus percepciones.

237)a. El examen judicial puede tener por objeto:

- a) Personas: BRA, 440; COL, 244; GUA, 173;
- b) lugares: ARG (NAC, 479; BUE, 477; CBA, 255; SFE, 227); BOL, 427; COL, 244; COS, 301; GUA, 173 (“que interesen al proceso”); VEN, 338; ESP, 633;
- c) cosas: ARG (NAC, 479; BUE, 477; CBA, 255; SFE, 227); BOL, 427; BRA, 440; COL, 244; COS, 301; GUA, 173 (“que interesen al proceso”); VEN, 338; ESP, 633;
- d) documentos: COL, 244;
- e) cualquier circunstancia idónea y pertinente: ARG (SFE, 227).

238. Quién puede solicitar esta prueba y su decreto de oficio por el juez

Se ordena a solicitud de las partes, o de oficio; lo último en ambas instancias.

En el auto que decreta la diligencia o en otro posterior, se debe señalar el día y la hora en que debe comenzar en el despacho del juez, si éste lo va a practicar; en caso de que comisione, le corresponde señalarlos al comisionado, en un acto previo.

239.a)a. Al petitioner este medio de prueba, la parte tiene la carga de expresar con claridad y precisión:

1) Los puntos sobre los cuales ha de versar el reconocimiento: COL, 245; MEX, 297;

2) si pretende que se practique con intervención de peritos y testigos: ARG (NAC, 479; BUE, 477); BOL, 427; CHI, 404. En tal caso, se formula en el mismo acto el cuestionario que ellos deben responder (COL, 245). ARG (CBA, 255; SFE, 227) y ECU, 264, dejan librado al criterio del juez la presencia de peritos en el acto.

b) El auto que decreta la inspección debe:

1) Individualizar lo que ha de consistir su objeto: ARG (NAC, 479; BUE, 477); BOL, 427;

2) señalar fecha, hora y lugar para la realización de la diligencia: ARG (NAC, 479; BUE, 477); BOL, 427; COL, 245; COS, 301 (debe notificarse con tres días de anticipación, por lo menos); CHI, 403 (id., "con la debida anticipación"); ECU, 264; GUA, 173; MEX, 354; PAR, 211; URU, 431; ESP, 633.

c) El juez no debe decretar nuevo reconocimiento sobre los mismos puntos que ya fueron objeto de otro anterior efectuado con audiencia de todas las partes, a menos que lo considere conveniente (COL, 244).

Puede negarse a decretar la inspección si cree que, para la verificación de los hechos, es suficiente el dictamen de peritos o que es innecesaria por virtud de otras pruebas arrimadas al proceso (COL, 244).

Puede también aplazar la decisión sobre este medio de prueba hasta cuando se hayan practicado los demás que versen sobre los mismos hechos (COL, 244).

d) Tratándose de reconocimiento de personas, el juez puede ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza (COL, 246; ECU, 283).

240. Por quién se practica la inspección

Como la inspección judicial consiste en el examen y reconocimiento personal de los hechos o cosas por el funcionario judicial, debe procurarse que sea practicada por el juez de la causa, en la respectiva instancia, y por el instructor o por aquél en los procesos penales, pues sólo así se cumple la finalidad de inmediación que con ella se persigue.

Pero como los jueces civiles y laborales tienen limitada su competencia en relación con el territorio donde pueden ejercerla, cuando la cosa o el hecho exista fuera de éste, el juez debe comisionar al del lugar respectivo para que practique la inspección, para lo cual le libra un despacho en el que se insertan el auto que la decretó y la parte pertinente del memorial en que fue solicitada (si en dicho auto no se copiaron los puntos sobre los cuales debe versar). Si la diligencia debe ser con asistencia de peritos, en el despacho se expresan los nombres de quienes fueron designados y si se encuentran o no debidamente posesionados (en el supuesto negativo, el juez comisionado puede darles posesión en la forma exigida por la ley procesal, y si no se poseionan o no concurren a la diligencia, debe reemplazarlos, sin que tenga valor la prohibición de tal reemplazo que el comitente incluya ilegalmente en la providencia que comisiona). Sin embargo, el juez comitente puede abstenerse de designar los peritos y delegar ese nombramiento al juez comisionado, puesto que puede efectuar la diligencia, con las mismas facultades del comitente, sin ninguna salvedad; esta delegación es provechosa, cuando por la distancia entre los dos lugares o las circunstancias de la prueba, sea recomendable escoger personas de la región en donde debe realizarse la diligencia.

Es inconveniente permitir comisionar a un juez inferior del mismo lugar o dentro de la circunscripción territorial del juez de la causa; esa facultad es muy perjudicial para la diligencia, pues su eficacia no es la misma, desde el punto de vista probatorio, cuando apenas se lee el acta de la inspección efectuada por otro juez, que cuando se lleva a cabo directamente; en el primer caso se desvirtúa prácticamente la naturaleza de la prueba. Es mejor prohibir comisionar para inspecciones dentro de la jurisdicción territorial del juez.

Por otra parte, es importante observar que esa facultad del juez

para comisionar tiene varias limitaciones: 1ª) no se puede comisionar a un funcionario de superior jerarquía, pero sí a uno de la misma o que sea inferior; 2ª) el funcionario a quien se comisione debe tener jurisdicción en el lugar donde se ha de practicar la diligencia, o, por lo menos, en parte del territorio, y si por error se escoge a uno que no la tenga, éste debe devolver el despacho al comitente, siendo de advertir que si se trata de un predio, ubicado en diversas jurisdicciones, puede comisionarse a cualquiera de los jueces de éstas y adquieren competencia para todo el inmueble en lo relacionado con el objeto de la comisión.

En materia penal el juez de instrucción tiene facultades para practicar inspecciones y otras pruebas en cualquier lugar de la República, lo cual es muy beneficioso. Esto significa que debe abstenerse de comisionar, salvo absoluta imposibilidad para practicar personalmente la diligencia.

Una facultad similar en lo civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo es conveniente.

241. Cómo se practica la diligencia

Cinco son los aspectos por examinar: a) iniciación de la diligencia; b) el examen de los hechos y su identificación por el juez; c) investigaciones adicionales que puede hacer el juez; d) otras pruebas conexas que puedan practicarse durante la diligencia; e) la redacción del acta y su firma. Pasamos a examinarlos.

a) *Iniciación de la diligencia.* La diligencia comienza en realidad cuando el juez llega al lugar de los hechos o donde se encuentran las cosas que debe examinar, pero para efectos de su oportunidad, el juez debe darla por iniciada en su despacho dentro de la hora señalada, para trasladarse luego a dicho lugar. El juez debe esperar a que venza la hora señalada (el último minuto), cuando una de las partes o uno de los peritos no aparece y con mayor razón si faltan todos, y luego procede a la diligencia y reemplaza a los peritos que falten; pero si el personal está completo, puede iniciarla desde el comienzo de la hora judicial.

Si la parte que solicitó la prueba no concurre dentro de la hora

señalada, el juez puede efectuar la diligencia de todas maneras, si le es posible. Como el juez tiene facultad para decretarla de oficio, si la considera necesaria, podrá también posteriormente hacerlo, señalando fecha en un nuevo auto para que las partes queden notificadas.

Si el juez no puede reemplazar al perito que no concurrió, tendrá que suspender la diligencia y señalar nueva fecha y hora para ella. Si cualquiera de los peritos manifiesta en el momento de la diligencia que renuncia al cargo, el juez procede a reemplazarlo, y se aplica en ese caso lo dicho en el párrafo anterior, si se trata de perito y no es posible conseguir el sustituto; pero debe aplicarse al perito la sanción contemplada en la ley. Además, en estos casos queda a salvo el derecho de la parte perjudicada, a demandar al perito en proceso ordinario separado, para que le indemnice los perjuicios que con su conducta le pueda causar.

b) *Examen e identificación de los hechos por el juez.* Iniciada la diligencia en el despacho del juez, procede éste a trasladarse al lugar de la inspección, en compañía de su secretario o de uno designado para el acto, de los peritos y de las partes o por lo menos de la que haya concurrido y aunque ninguna de las partes concorra (lo último si le es posible), tanto en materia penal como civil, etcétera.

Una vez en el lugar donde se encuentran las cosas o hechos por inspeccionar o reconocer, el juez procede, en primer lugar, a identificarlos, en compañía de los peritos si los hay. Si se trata de inmuebles, se deben identificar sus linderos, su nomenclatura si la tiene o su denominación, confrontándolos con la solicitud de la prueba y los documentos mencionados en ella o en el auto del juez, cuando haya decretado la inspección de oficio; esto puede ser en procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, por admisión de las partes si están de acuerdo o de los apoderados con facultades para confesar siempre que el juez no sospeche fraude, porque se tratará de confesión conducente para probar tales circunstancias, o mediante la recepción de testimonios, y a falta de lo anterior por el examen personal que el juez y peritos hagan sobre el inmueble. Pero en procesos penales es indispensable la identificación personal por el funcionario, o por testigos, debido al valor relativo de la confesión.

Si se trata de cosas muebles, de animales o de personas, de rastros

o huellas, el juez debe verificar todos sus detalles y características. Si en la solicitud de la prueba o en el auto que la decretó se determinó su identidad, se procede además a verificar si se trata de las mismas cosas o de igual persona o animal. Pero puede ocurrir que la petición y el decreto de la prueba estén en forma genérica, por ejemplo: para verificar qué animales existen en cierto inmueble o qué cosas en una casa o almacén, y entonces bastará detallarlas y precisarlas en el acta.

Salvo la excepción indicada para procesos no penales, el juez debe procurar esa verificación por sus propios sentidos. Pero si esa labor exige ciertos conocimientos técnicos o científicos que él no tiene, debe dejarla al dictamen de los peritos, si la diligencia es con asistencia de éstos, o puede designarlos allí mismo si le es posible obtener su presencia inmediatamente, o deberá suspenderla para entre tanto hacer tal designación, dejando constancia en el acta de que no le fue posible lograr esa identificación. Las partes interesadas deben considerar esa posibilidad, cuando pidan la prueba, para escoger su práctica con peritos, a fin de que no les fracase. Si las dudas del juez pueden resolverse mediante la recepción de testimonios de terceras personas o de documentos, puede y debe recibirlos. Si las partes de acuerdo le despejan sus dudas, así debe hacerlo constar en el acta, e igualmente puede interrogarlas; pero recuérdese la limitación del mérito probatorio de la confesión, en materia penal.

Naturalmente, la labor de identificación por el juez no es mecánica, ni puramente perceptiva, como ya vimos. El juez debe calificar lo observado, darle su nombre, determinar sus características, es decir, necesita formularse juicios y hacer razonamientos para el debido cumplimiento de su función, siempre que éstos no requieran conocimientos técnicos especiales y se limiten a la labor de verificación que le corresponde. Tanto en lo penal como en lo civil y demás ramas, puede también el juez tomar o hacer tomar fotografías o películas de las cosas, parajes, rastros, etcétera; ordenar la reconstrucción de los hechos cuando debieron ocurrir allí y para verificar el modo cómo se realizaron, disponer que se hagan planos o croquis del terreno u otros experimentos, y tomar cualquier otra medida que considere útil para el esclarecimiento de los hechos. Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, bacteriológicos o de otra natura-

leza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas, y la renuencia a permitirlos se apreciará como indicio.

Las inferencias o deducciones del juez sobre los hechos observados, en cuanto éstos puedan servir de prueba de otros hechos, que signifiquen valorar el resultado probatorio de la inspección, debe dejarlas para la sentencia o providencia en que deba resolver sobre la instancia o el incidente (lo último en los casos en que se trate de una prueba para cierto incidente y no de prueba del proceso).

De todo lo que vaya sucediendo se debe tomar nota por el juez o éste lo dicta al secretario. Será difícil escribir al tiempo con la percepción del juez, si el personal se encuentra en movimiento, porque recorran linderos o se visite un edificio, etcétera, pero en todo caso, el acta debe escribirse el mismo día y en el lugar de la diligencia para que quede más fiel y para no correr el riesgo de que alguna de las personas que deben firmarla no concurra luego a hacerlo. Si se reciben testimonios, es indispensable que el testigo firme su declaración, salvo que sea grabada o tomada en taquigrafía; pero si los testimonios no son necesarios para la práctica misma de la diligencia, por ejemplo, para identificar el inmueble o la cosa, puede el juez decretar su recepción y disponer que concurran a su despacho posteriormente, dentro del término que les señale (no vemos en esto ningún inconveniente y en la práctica judicial ocurre con frecuencia).

Muy importante es la autorización para utilizar grabadoras mecánicas con el fin de elaborar el acta y para tomar ésta en taquigrafía, debiendo vertirse en escritura española corriente dentro de los tres días posteriores con la firma del juez, el secretario y el taquígrafo o el empleado que manejó el aparato; la versión taquigráfica debe agregarse también al expediente, con la firma del taquígrafo y del juez, en cada hoja. Las partes pueden pedir aclaraciones y revisión de la versión tomada taquigráficamente, y confrontación el acta escrita con la grabación, dentro de los tres días siguientes a su elaboración. Como la versión taquigráfica es también un acta y el juez con el taquígrafo la firman, consideramos que puede aplicarse.

c) *Investigaciones adicionales que puede adelantar el juez.* El juez puede hacer cualquier investigación adicional tendiente al esclarecimiento de los hechos, e inclusive, si lo considera conveniente,

puede ordenar que se amplíen los puntos por verificar o aquellos que se dejan al estudio de los peritos. El único límite para esta importantísima facultad consiste en la impertinencia de los hechos por investigar o de las cuestiones que se planteen a los peritos; pero le corresponde al mismo juez juzgar esa impertinencia, conforme a su libre criterio, es decir, si se relacionan con el objeto de la diligencia.

Si el juez considera que es conveniente esa ampliación, a pesar de las razones que las partes le aduzcan, debe ordenarla sin que contra su decisión exista recurso alguno, por tratarse de una facultad que la ley le otorga y porque posteriormente, en la sentencia o en el auto que falle el incidente, se calificará el mérito probatorio de sus resultados.

También las partes pueden solicitar que se amplíe la diligencia o el cuestionario para los peritos, lo que debe decretar el juez, a menos que aparezca claramente su impertinencia. No es procedente que las partes pidan que la diligencia se extienda a inmuebles diferentes de los relacionados en la solicitud inicial de la prueba o en el auto que la decretó, porque sería una prueba distinta, a menos que para la verificación de los hechos materia de la inspección considere el juez conveniente el examen de ese otro predio (por ejemplo, en materia de identificación de linderos, de establecer el origen de una inundación o el curso de una corriente de agua que existe en el inmueble inspeccionado y que se extiende al vecino). El juez debe apreciar estas circunstancias, con amplio criterio, y puede decretar nueva diligencia sobre los otros inmuebles si la considera útil.

Si la diligencia se practica en un inmueble con el fin de verificar ciertos hechos o cosas o animales, ningún inconveniente hay para que las partes soliciten, o el juez de oficio disponga, que se extienda a otros hechos, cosas o animales que existan en el mismo inmueble.

d) *Otras pruebas conexas que pueden tomarse o recibirse durante la diligencia (testimonios, documentos, interrogatorio de partes y peritaciones).* La facultad de investigar los hechos que se relacionen con la diligencia y de ampliar ésta, significa también que el juez puede tomar ciertas pruebas y recibir otras, distintas de su examen o su reconocimiento personal, para que esos fines se cumplan. Si para verificar la posesión material o los cultivos que existan en un inmueble, decretada en un proceso de investigación de paternidad natural, se pide al juez

recibir testimonios sobre las relaciones sexuales del presunto padre con la madre del demandante, debe rechazarse su práctica, por impertinente; pero basta que los hechos se relacionen mediatamente con el objeto de la diligencia, para que el juez deba aceptarlos. En los casos dudosos es mejor obrar con un criterio amplio y dejar para la sentencia o auto que falle el incidente la calificación del mérito de la prueba, como se hace respecto a toda solicitud de prueba cuya impertinencia no sea clara.

Puede también el juez ampliar el cuestionario para los peritos, como vimos, y si la inspección ha sido decretada sin peritos, puede el juez de oficio o a solicitud de parte, disponer en el curso de la diligencia que se oigan peritos y designarlos allí o posteriormente, para que dictaminen sobre los puntos que requieren ese medio especial de prueba. Puede el juez ordenar posteriormente de oficio otra inspección con peritos, para completar el estudio de los hechos que lo requieran.

Existe una especie de inspección sobre documentos, por ejemplo sobre los archivos de una notaría o de un juzgado o sobre otro expediente; entonces, objeto de la diligencia son esos documentos, de cuya existencia y contenido, mediante su copia, se deja constancia en el acta; por este medio puede suplirse el documento que no pudo presentarse original o en copia, pero si dicha copia puede ser obtenida mediante orden del juez al funcionario que deba expedirla, se debe negar la inspección y librar el despacho para que aquélla sea remitida en virtud de las facultades oficiosas del juez penal y laboral. Se excluye de esta última solución el evento de que el documento haya sido tachado de falso o de adulteración, pues entonces su examen por el juez y los peritos es necesario.

Distinto es el caso en que la inspección sea sobre un inmueble o para examinar una persona o una cosa mueble y una de las partes presenta documentos, privados o públicos, para que se agreguen al acta de la diligencia, con el fin de que sirvan de prueba de los hechos que en ellos se relatan. Naturalmente, los documentos y escrituras que hayan sido solicitados en el término para pedir pruebas y que el juez haya decretado por despacho a la oficina donde se encuentren, pueden presentarse durante la inspección judicial y el juez está en el deber

de agregarlos y tenerlos en cuenta, porque entonces no puede dudarse que fueron oportunamente aducidos.

Si los documentos fueron decretados como prueba en la primera instancia, pero no alcanzaron a agregarse al expediente durante ésta, creemos que pueden presentarse en el curso de la inspección judicial que se realice en la segunda instancia.

Aceptados los documentos por el juez en la inspección, aun cuando no hayan sido decretados antes como pruebas quedan formando parte del proceso y, por lo tanto, el juez debe apreciarlos para todos los aspectos, es decir, tanto durante la diligencia para los relacionados con ella, como para la sentencia o el fallo del incidente (si de éste se trata). Como la admisión de una prueba no vincula al sentenciador, ni al funcionario que resuelva el incidente, puede ocurrir que éstos o el superior en la segunda instancia consideren que tales documentos fueron mal agregados, porque no se relacionaban con el objeto de la inspección; pero entonces puede oficiosamente decretarlos como pruebas adicionales, en caso de que los considere útiles para la verificación y el esclarecimiento de los hechos.

e) *Notificaciones de providencias que se dicten en la diligencia y recursos contra ellas.* Las providencias que se dicten en el curso de la diligencia, sea que todas las partes hayan concurrido a ella o no, quedan notificadas allí mismo y sin necesidad de que así se diga expresamente. Los recursos de reposición y apelación contra ellas deben proponerse en el curso de la diligencia y la reposición debe ser resuelta allí mismo, excepto cuando una norma legal exija otro modo para esas notificaciones u otorguen otro plazo para los recursos.

Los recursos se formulan oralmente durante la diligencia, pero se deben copiar en el acta. Si ésta se redacta en ese momento, no hay problema alguno para su trámite. Pero si el personal se encuentra haciendo un recorrido y el acta se redacta después, el juez puede resolver el recurso oralmente, en ese momento, para luego incorporar en el acta tanto lo expuesto por el recurrente como lo resuelto por él; o puede disponer que lo resolverá cuando se está redactando aquélla, siempre que no sea un punto que deba ser decidido de una vez para poder continuar la diligencia. Si se interpone apelación, el juez debe otorgarla al final de la diligencia si es procedente, cuando redacte el

acta, sin suspender por ello el curso de la inspección, pues de lo contrario, se dejaría en las manos de la parte opositora el paralizar las diligencias por ese fácil procedimiento, cada vez que lo deseara. Concluida la diligencia se le da trámite al recurso.

f) *Constancias de las partes y sus apoderados.* Las partes pueden dejar todas las constancias que quieran, siempre que se relacionen con el objeto de la diligencia, por ejemplo, sobre las características de los hechos observados, sobre lo que no se pudo encontrar o lo que sí se localizó. Pero es obvio que si el juez lo ha determinado ya, es redundante agregar constancias en el mismo sentido. Esas constancias tienen la calidad de simples alegaciones, sin mérito probatorio de ninguna clase, a menos que el juez las ratifique o manifieste de alguna manera su conformidad. Pueden también las partes pedirle al juez que se hagan constar ciertos hechos o circunstancias o detalles, y éste debe acceder a ello si no son claramente impertinentes y si corresponden a la realidad observada por él.

g) *Firma del acta.* Terminada la redacción del acta, se procede a su firma, primero por el juez o los magistrados que intervinieron en la diligencia, luego por las partes y sus apoderados, por los peritos y también por los testigos que hayan declarado si no firmaron al pie de su respectiva declaración (es mejor el último sistema, para evitar el problema de que el testigo se ausente u otro similar), pero si se ha grabado la declaración o tomado versión taquigráfica de ella, se cita al testigo para que firme en el despacho del juez, una vez escrita el acta y su renuencia a firmar no le quita validez ni eficacia al testimonio, pero es mejor hacerlo conducir por la policía (véase núm. 177, c); al final firma el secretario que actuó en la diligencia. Si alguna de las partes se niega a firmar, por cualquier motivo, tal omisión no afecta para nada el valor de la diligencia ni del acta. La falta de la firma del juez, de los peritos y del secretario, sería un vicio formal; la del primero dejaría sin valor la diligencia; la del secretario no, porque tiene por objeto únicamente dar fe del acto, si no queda duda de éste, debe reconocérsele valor, e igualmente puede suplirse con otras pruebas, como su testimonio posterior o una certificación o constancia suya, y puede poner su firma en cualquier momento mientras desempeña el cargo (si la falta de firma del secretario no vicia de nulidad

la providencia o sentencia del juez, mucho menos puede causar la nulidad de una diligencia); lo mismo cabe decir de la falta de firmas de los peritos cuando rinden dictamen oralmente en la diligencia y si alguno se niega a firmar basta que el juez deje la respectiva constancia. El juez puede imponer multas a quienes se nieguen a firmar e inclusive sancionarlos por grave desacato.

241.a) El reconocimiento se practica previa citación a las partes (ARG, SFE, 227: por cédula, con no menos de tres días de anticipación; MEX, 354: fijándose día, hora y lugar).

La diligencia se inicia en el despacho del juez (COL, 246), quien debe concurrir personalmente (ARG [NAC, 480; BUE, 478; CBA, 255; SFE, 227]; BOL, 428; BRA, 440; COL, 246; COS, 301; CHI, 403; ECU, 263; GUA, 172; MEX, 354; PAR, 211; PER, 394; URU, 431; VEN, 338; ESP, 633) al lugar donde haya ocurrido el hecho o donde se encuentre la cosa litigiosa, a efectos de practicar el examen y reconocimiento de que se trate (BRA, 442: cuando sea necesario para la mejor interpretación de los hechos, cuando sea considerablemente oneroso o dificultoso presentar la cosa en el juicio y cuando determine la reconstrucción de los hechos; ECU, 265; VEN, 338).

Además del juez asisten: el secretario (VEN, 339) o dos testigos en su defecto (URU, 431), uno o dos prácticos cuando son necesarios, quienes se limitan a dar los informes que el juez crea menester (VEN, 399), las partes (ARG [NAC, 480; BUE, 478; CBA, 256; SFE, 227]; BOL, 428; BRA, 442; COL, 246; COS, 302; CHI, 405; ECU, 265; GUA, 174; MEX, 354; PAR, 212; URU, 432; VEN, 339; ESP, 634), sus representantes y letrados (ARG [NAC, 480; BUE, 478; CBA, 256]; BOL, 428; CHI, 403; GUA, 174; MEX, 354; ESP, 634), apoderados (PAR, 212; URU, 432; VEN, 339), defensores (COS, 302), peritos, si se ordenó su intervención (COL, 246; GUA, 174; MEX, 354) y testigos de identidad (MEX, 354). Las partes pueden hacerse acompañar por una persona práctica en el terreno (ESP, 634).

En el lugar, el juez escucha a los interesados (ECU, 265) y puede examinar testigos, si lo considera conveniente y la parte así lo solicitó (COL, 246: también de oficio; COS, 304; GUA, 174; PER, 399; ESP, 636), recibiendo en el acto documentos que se refieran al hecho (COL, 246).

El reconocimiento se realiza con las partes que concurren (COL, 246) o sólo por el tribunal en ausencia de ellas (CHI, 405), porque su incomparecencia o la de peritos no suspende la inspección (BOL, 428). Cuando la parte que la pidió no comparece, el juez puede practicarla si le es posible y lo considera conveniente (COL, 246). Las partes pueden dar explicaciones o hacer observaciones que reputen de interés para la causa (BRA, 442), como también hacer aportes gráficos propios o de entendidos que ellas lleven (COS, 302).

Si la prueba se decretó con asistencia de peritos, el juez reconoce con ellos la cosa que debe examinarse (ECU, 265), oyéndolos sobre las cuestiones objeto del dictamen (COL, 246). En caso de que los peritos no sean expertos en la respectiva materia, o si la inspección se practicó sin ellos y el juez considera indispensable su dictamen sobre hechos científicos, técnicos o artísticos que hayan sido examinados, puede decretar el dictamen pericial por uno o dos especialistas (COL, 246).

Siempre que la inspección concorra con una pericia, ambas medidas de prueba se practican simultáneamente, conforme a las reglas establecidas para cada una de ellas (ARG, CBA, 258; COS, 303; PER, 398; ESP, 635).

El juez también puede ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, copias fotográficas, cinematográficas o de cualquiera otra índole, reconstrucción de hechos, etc. (ARG [NAC, 479; BUE, 477]; BOL, 427; ECU, 266; COL, 246; MEX, 355), y tomar cualquier medida que considere útil para el esclarecimiento de la verdad (COL, 246; ECU, 266).

Cuando se trata de reconocimiento de personas, puede ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas (COL, 246; ECU, 283), y tratando de asegurar su resultado con la menor violencia posible, física o moral, pudiendo realizarse por los expertos en forma reservada (GUA, 173).

Es deber de las partes colaborar materialmente en la práctica de la inspección cuando esto sea necesario para el correcto desarrollo de la medida. Si alguna de las partes obstaculiza la práctica o no presta la colaboración debida, el juez la apercibe para que la preste (GUA, 175) o le impone multa por la obstaculización,

dejando testimonio en el acta (COL, 246). Si continúa la resistencia, el juez puede dispensar la práctica de la prueba e interpretar tal conducta como indicio en su contra (COL, 246; GUA, 175).

b) De todo cuanto ocurre se extiende acta (ARG [NAC, 480; BUE, 478; CBA, 257; SFE, 227]; BOL, 428; BRA, 443; COL, 246; COS, 302; CHI, 407; ECU, 265; GUA, 176; MEX, 355; PAR, 212; PER, 395; URU, 433; VEN, 341; ESP, 634) que expresa el lugar, día y hora de realización, la mención de las personas que concurren y la de los testigos que presentan las partes y los documentos que leen (ECU, 265). Contiene también la descripción de lo que examina el juez (COL, 246; ECU, 265), expresando las circunstancias o hechos materiales que el tribunal observa (CHI, 407; PER, 395); dichas observaciones no se reputan opinión anticipada (CHI, 407). Según expresa VEN, 341, el juez debe extender una relación de lo practicado, limitándose a los hechos que están a la vista y sin avanzar opinión ni hacer apreciaciones sobre ellos.

Si el juez no hace constar la descripción, es sancionado con multa; dado el carácter objetivo de esta descripción, no constituye anticipación de criterio (ECU, 265).

También debe consignarse la constancia de algún resultado, consecuencia o hecho ocurrido, si el juez lo considera conveniente (GUA, 176).

Si la inspección se practica con asistencia de peritos, el acta debe contener su dictamen (COL, 246; ECU, 267; y los mapas y planos que hubieran levantado); si hubiere testigos, su declaración se suscribirá a medida que se reciba, si es posible (COL, 246).

Las observaciones que hayan realizado las partes también se hacen constar en el acta (ARG [NAC, 480; BUE, 478; CBA, 257; SFE, 227]; BOL, 428; COL, 246; COS, 302; CHI, 407; ECU, 265; MEX, 355; PAR, 212; PER, 395; VEN, 340; si así lo piden las partes).

Asimismo, debe mencionarse todo cuanto es útil para el juzgamiento de la causa (BRA, 443) o para esclarecer la verdad (MEX, 355).

Por último, los concurrentes firman el acta: ARG, CBA, 257; COL, 246; COS, 302; ECU, 265; GUA, 176; MEX, 355; VEN, 341; ESP, 634.

c) La parte que solicitó la inspección, sufraga los gastos que ésta ocasiona (BOL, 428; CHI, 406: antes de la misma); cuando es ordenada de oficio, se prorratea entre las partes (BOL, 428; CHI, 406; PER, 397).

242. Inspección judicial, con exhibición de documentos o cosas muebles

Cuando se pretenda la exhibición de documentos o cosas muebles, mediante una inspección judicial, es indispensable solicitar su exhibición, con advertencia de que se pide simultáneamente la inspección, o solicitar ésta por separado, advirtiendo que debe practicarse una vez decretada la exhibición. Si se pide la inspección sin previa exhibición, el juez debe negarla; pero si la estima conveniente, puede ordenar ambas medidas oficiosamente.

Si el juez decreta la inspección sobre un documento, sobre libros de contabilidad o alguna cosa, sin ordenar la exhibición, y esos objetos están en poder de un tercero o de la parte contraria, éstos podrán negarse a exhibirlos y la diligencia fracasará, porque sin la previa orden no tienen obligación legal ni carga procesal. Pero si quien tiene la cosa, los libros o documentos, los presenta voluntariamente, podrá practicarse la inspección y tendrá mérito probatorio normal.

243. Nombramiento de los peritos, notificaciones a éstos, remuneración, tachas y dictamen. Declaraciones de testigos

Para el nombramiento de los peritos que deben concurrir a la inspección judicial, su remuneración y la notificación a éstos de las providencias que les interese, se siguen las reglas que vimos al tratar de la prueba de dictamen pericial, en el capítulo anterior; por consiguiente, cuando se trate de pruebas decretadas de oficio por el juez, éste debe tenerlas en cuenta aunque no se hayan cancelado las expensas y los honorarios de los peritos. Debe corresponder al juez la facultad de designar siempre los peritos (véase núm. 219).

Para las tachas a los peritos se aplican también las reglas que examinamos en el capítulo anterior y lo mismo para las aclaraciones, adiciones y objeciones al dictamen.

Puede suceder que los testimonios que se solicitan, o que el juez desee recibir de oficio, se relacionen con la materia de la diligencia, pero que no sean indispensables para su adecuada práctica; entonces puede el juez optar por decretarlos y disponer que los testigos vayan a su despacho a rendirlos, en la oportunidad que les señale y que debe ser lo más próximo posible. En caso contrario los recibe allí mismo y para su firma se procede como explicamos en el número 241, g.

Si en el cuestionario o relación de puntos materia de la inspección existen algunos que requieren conocimientos técnicos o que implican conceptos técnicos, el juez debe ordenar que sobre ellos dictaminen peritos, como vimos. Siempre que deba haber dictamen de peritos, el juez debe inquirir de ellos si están en capacidad de rendirlo allí mismo, y, en caso afirmativo, éstos lo hacen oralmente y se copia en el acta en forma textual; en caso negativo, el juez fija prudencialmente el término para que lo rindan. Cuando los peritos necesiten disponer del expediente para estudiarlo antes de rendir su dictamen, el término que se les señale debe ser a partir del día en que el expediente queda a su disposición en la secretaría del juzgado, a menos que se les entregue al final de la diligencia.

244. Inspecciones practicadas en otro proceso

En la parte general de esta obra explicamos cuándo es necesario el traslado de la prueba de un proceso a otro y sus requisitos (véanse núms. 88-89). Nos basta recordar ahora que la copia de la inspección practicada en un proceso puede ser llevada como prueba a otro, presentándola en oportunidad legal.

Si la inspección judicial trasladada se efectuó en el primer proceso con asistencia o citación (aun cuando no haya asistido) de la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso, tiene el mismo valor que la practicada en el curso de éste. En caso contrario esa inspección tendrá el valor que les corresponde a las extrajudiciales, sin citación de la parte contraria, y que en el número siguiente estudiamos.

Igual criterio debe aplicarse a las actas de diligencias judiciales de entrega de bienes o de secuestros o desalojos, practicados en otros procesos o para el cumplimiento de otras sentencias, respecto a lo que

en ellas se haya escrito de lo que el juez que las practicó pudo observar y verificar (véanse núms. 235, 246 y 247).

245. Inspecciones judiciales practicadas fuera de proceso

Cualquier persona que tenga interés en preconstituir una prueba de inspección judicial con el mismo valor que la practicada en el curso del proceso civil, laboral o contencioso-administrativo al cual piensa presentarla como prueba, puede solicitarla con citación de las personas que van a ser sus contrapartes, para prever que el transcurso del tiempo altere las cosas o los lugares o las personas que deben ser objeto de la diligencia, o dificulte su reconocimiento.

La citación a esos interesados debe ser personal, como para las demandas; pero puede suplirse mediante la notificación a un curador *ad litem*, previo los emplazamientos ordenados por la ley procesal, tal como se hace para las demandas, en el caso de que no se conozca el lugar donde pueden encontrarse o se oculten. Como entonces la prueba ha sido controvertida, porque se toma con audiencia de la parte contra quien se aduce en el proceso ulterior, tiene el valor de la práctica en éste.

La solicitud debe reunir los requisitos que explicamos para la que vaya a practicarse en el curso de un proceso. Si se pide con peritos y con citación de la futura contraparte, se aplican las mismas normas sobre su designación, posesión, concurrencia, reemplazo, recusaciones, dictamen, traslado, objeciones, tachas, etcétera.

Generalmente los códigos de procedimiento penal no contemplan las pruebas anticipadas de ninguna clase y dicen que todas deben ser decretadas por el funcionario instructor o el juez de la causa, lo cual significa que en materia penal los jueces deben negarse a practicar estas inspecciones anticipadas, y que si se les lleva copia del acta de alguna practicada ante otros jueces, le deben negar todo mérito probatorio. Por esta razón se ordena al instructor practicar inspección sobre los rastros y señales del posible hecho delictuoso, tan pronto tiene conocimiento de éste y practicarla también sobre las circunstancias relacionadas con el cadáver antes de autorizar su levantamiento e igualmente faculta a la policía para examinar los rastros del delito y registrarlos gráfica o fotográficamente, lo cual es una especie de

inspección anticipada pero en diligencias previas al sumario. Téngase en cuenta las facultades de la policía judicial.

Cuando la urgencia del caso no permita la espera que implica la notificación a la parte contraria, puede recurrirse a la práctica de la diligencia sin su previa citación, pero también sólo cuando se trate de asunto civil, laboral o contencioso-administrativo. Pero como la prueba no queda controvertida por las personas contra quienes se oponga en proceso posterior, no tiene el valor de la que se practique en éste o extrajudicialmente con audiencia de esta contraparte; su valor es apreciado libremente por el juez del proceso al que se presente como prueba, según la certeza que arroje el acta sobre los hechos percibidos por el juez que la practicó y de acuerdo con la naturaleza de tales hechos. Lessona las califica de "simples informaciones judiciales"⁴³¹; pero ese concepto es inadmisibile en un sistema de libre apreciación de las pruebas y por lo tanto en nuestros procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; es decir: el juez del proceso al cual se ha trasladado en copia, podrá darle valor de plena prueba a lo que el otro juez que la practicó hizo constar con claridad y seguridad, como observado por él, y con mayor razón si se trata del mismo juez que la practicó en otro proceso o extraprocesalmente. Pero si en razón de otras pruebas o de deficiencias en el acta o de alegaciones de las partes o de su propia crítica considera que existen puntos dudosos, debe decretar de oficio otra inspección con o sin peritos que lo asesoren. El dictamen de peritos que en tales inspecciones se rinda, tiene valor de indicio; pero en realidad se trata de una prueba incompleta que sólo sirve para reforzar las practicadas en el proceso. Mientras el acta puede constituir plena prueba de los hechos percibidos por el juez (véase núm. 247), el dictamen de esos peritos solamente puede servir de información para que otros peritos designados durante el proceso rindan su concepto sobre los mismos puntos, porque le faltará el requisito esencial de su contradicción por parte contraria, sin el cual ni siquiera tiene valor el rendido en el curso del proceso (véanse núms. 225 y 231).

De esas inspecciones judiciales, fuera de proceso, se dan a los interesados sendas copias y pueden solicitarse otras posteriores, ya que el original debe permanecer en el despacho judicial.

⁴³¹ LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 4.

No es posible ratificar la inspección extrajudicial practicada sin citación de la parte adversaria en el futuro proceso, porque para ello sería necesario repetirla, y entonces la nueva inspección tiene el valor probatorio normal. Es decir, se trataría de una nueva prueba y no de la ratificación de la anterior.

Para estas diligencias son competentes los jueces del domicilio o residencia del peticionario si no hay citación de futura parte contraria, o de la residencia de la persona con cuya citación deben surtirse; pero si los bienes o hechos por inspeccionar se encuentran en otro lugar, el juez que las decreta debe librar despacho comisorio al de ese lugar, para su práctica. Si la persona citada se encuentra en otro lugar, debe librarse despacho para su notificación por conducto de un juez de allí.

246. Requisitos para que exista jurídicamente la inspección, para su validez y para su eficacia probatoria

a) Requisitos para la existencia jurídica de la inspección o el reconocimiento judicial.

Sea que la diligencia deba ocurrir en el curso de un proceso, en la etapa sumarial o como medida para futura memoria o previa al proceso y al sumario, para que pueda decirse que tiene el carácter de inspección o reconocimiento judicial se deben reunir los siguientes requisitos:

1º) *Debe ser practicado por un funcionario del órgano judicial o que ejerza funciones judiciales por mandato legal.* Este requisito es elemental, porque si quienes practican un examen de bienes o personas son particulares o funcionarios públicos administrativos o de policía que no tienen autorización legal para investigar los hechos con destino a un proceso judicial, no existirá una diligencia judicial sino apenas una administrativa o de policía. Si el funcionario de la policía obra como comisionado por un juez o por propia iniciativa, pero con el fin de allegar pruebas para un proceso penal y dentro del sumario en los casos que la ley lo autoriza, la diligencia será judicial; cuando actúe por comisión de un funcionario administrativo o de oficio para efectos de un proceso administrativo, con autorización legal, la diligencia será administrativa.

2º) *Ese funcionario debe actuar en ejercicio del cargo.* Es también elemental que si la diligencia se practica por un funcionario judicial pero sin que obre para ello en ejercicio del cargo, se tratará de adquirir un conocimiento privado, que no puede tener el carácter de inspección o reconocimiento judicial. Se aplica a esta hipótesis la prohibición para que el juez utilice sus conocimientos particulares o su ciencia privada de los hechos, como medio probatorio, que es uno de los más importantes principios de las pruebas judiciales.

Si el juez de la causa practicó un examen privado de los hechos o cosas que interesan a ésta, para que sus resultados puedan operar allí como prueba, es indispensable que primero se separe del conocimiento del proceso y luego rinda un testimonio con las formalidades ordinarias.

b) *Requisitos para la validez de la inspección o el reconocimiento judicial.*

Reunidos los requisitos examinados en el número anterior, la diligencia tiene el carácter de inspección judicial, pero para que no resulte viciada de nulidad es indispensable que, además, se cumplan los siguientes:

1º) *Que no exista una prohibición legal de practicar la diligencia.* Esta prohibición puede referirse al objeto de la inspección o al procedimiento empleado para practicarla; lo primero ocurrirá cuando una norma legal prohíba practicar inspección en un determinado caso o en cierta clase de procesos, en consideración a la naturaleza de los hechos que se deben probar, lo cual sólo excepcionalmente se presentará en la práctica; lo segundo, porque se exija algún trámite procesal previo que no se haya cumplido, como la orden de exhibición del documento o de los libros de contabilidad que no se presenten voluntariamente (la de allanamiento del domicilio o del inmueble debe considerarse implícita en la providencia que decreta la inspección, salvo que una norma legal disponga otra cosa)⁴³².

2º) *La ordenación de la prueba y la notificación en forma legal.* Este requisito se relaciona con los principios generales de la publicidad,

⁴³² CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, parte segunda, ps. 120 y 139-143.

la contradicción de la prueba y la prohibición de utilizar la ciencia privada del juez como medio de prueba y, por lo tanto, con el derecho de defensa de las partes, en toda clase de procesos⁴³³.

En lo penal durante la etapa del sumario ya sea que al sindicado se le haya recibido o no indagatoria, es decir, aunque sea ya parte, se suele autorizar al investigador para la diligencia sin previa notificación a aquél, o a su apoderado, lo cual es injurídico en el primer caso (a partir de la indagatoria), porque viola el derecho constitucional de defensa, y por tanto el juez debe cumplir la citación a aquéllos, a la parte civil y al ministerio público; pero una vez dictado el auto de proceder, se ordena que esa notificación sea hecha a su defensor o apoderado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo que en el número 235 expusimos respecto al valor probatorio o análogo al de una inspección judicial que tienen las actas de diligencias practicadas por jueces competentes, para la entrega de bienes o su secuestro o desalojo de personas, en cuanto a lo que en el acta de ellas conste que el juez observó y comprobó con sus sentidos, aun cuando no se haya ordenado o decretado como inspección.

3º) *La competencia del juez para la práctica de la inspección (o la del funcionario administrativo o de policía, según el caso)*. La competencia general para esta diligencia le corresponde al juez de la causa o al investigador en la etapa del sumario penal, y por aquéllos; conviene prohibir, en defensa de la inmediación, comisionar dentro de la circunscripción territorial donde ejerce jurisdicción el juez; pero es indispensable que tanto el juez de la causa, como el investigador y el comisionado, tengan competencia específica sobre el valor en donde debe practicarse la inspección, al menos para los efectos de la diligencia. En materias penales el instructor tiene competencia sobre todo el territorio de la nación, para la práctica de toda clase de pruebas,

⁴³³ LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. V, núms. 4 y 25; MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. III, núms. 299 bis y 301; BONNIER, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Madrid, 1929, t. I, núm. 106, p. 156; GUASP, *Derecho procesal civil*, 1962, p. 426; PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. I, núm. 276, ps. 541-542.

por lo cual este requisito se cumple siempre; pero el juez penal de la causa y el civil, comercial, contencioso-administrativo y de otras jurisdicciones, tiene limitada su competencia territorial para la práctica de las pruebas y específicamente para las inspecciones o los reconocimientos judiciales, en cuyo caso si la practica en otro territorio, la diligencia es nula; pero basta que el inmueble esté parcialmente en su jurisdicción.

4º) *Que no existan otros motivos de nulidad procesal que vicien la diligencia.* Sabemos que no todas las causas de nulidad del proceso vician las pruebas practicadas en él, pero que existen algunas que vician directamente la prueba, dejándola inválida; así ocurrirá, por ejemplo, si en lo civil, laboral y contencioso-administrativo se pretermine el procedimiento y se practica la inspección antes de haberse iniciado la etapa probatoria o cuando esté el proceso para sentencia (salvo en el último caso cuando se decrete de oficio). Por regla general, la falta de citación o emplazamiento legal para el proceso o de capacidad y representación adecuada, de la parte contra quien se aduce la prueba, vicia de nulidad a ésta. Sin embargo, como la ley autoriza practicar inspecciones judiciales para futura memoria, sin citación de la parte contra quien se pretende aducir luego, y los dos casos son análogos y existe la misma razón de confianza en las atestaciones que el juez deja en el acta sobre lo observado por él, la nulidad del proceso no debe extenderse a la inspección, que apenas resulta afectada parcialmente en su eficacia probatoria, que ya no será la que corresponde a la practicada en proceso entre las partes, sino la que la ley otorgue a la diligencia extraprocesal sin citación de la parte contraria, que el juez aprecia según las circunstancias de cada caso.

Cuando se declare la nulidad del proceso por falta de competencia en razón de factores diferentes de la ubicación del inmueble objeto de la inspección, o por falta de citación, capacidad o representación de la parte que solicitó la diligencia y la aduce a su favor, la inspección que se haya practicado en el proceso conserva su validez, bien sea en el mismo proceso si la nulidad fue parcial, o en otro posterior, porque el juez tenía competencia territorial para practicarla y se cumplió el requisito de la debida contradicción por la parte contra quien produce efectos probatorios.

c) *Requisitos para la eficacia probatoria de la inspección o el reconocimiento judicial.*

Para que la inspección válida tenga eficacia probatoria respecto del hecho que se pretende demostrar o en el caso particular, es indispensable que reúna los siguientes requisitos:

1º) *La conducencia del medio respecto del hecho inspeccionado.* Por lo general, la inspección es medio idóneo para probar los hechos susceptibles de percepción directa por el juez (véase núm. 237), sin embargo, puede ocurrir que la ley exija un medio distinto, como la peritación en vista del carácter técnico, científico o artístico del hecho. Los actos jurídicos solemnes, que de acuerdo con la ley requieren una formalidad especial, como la escritura pública o el documento privado, no pueden probarse con sólo una inspección, pero ésta puede servir para probar hechos relacionados con aquéllos, sean anteriores, coetáneos o posteriores; también es conducente para verificar el cumplimiento de la solemnidad exigida por la ley, como la existencia de la escritura pública o de la partida o acta del matrimonio.

2º) *Que el acta sea clara y permita conocer con seguridad cuáles fueron los hechos observados por el juez y sus características.* Este requisito es más necesario cuando el juez que valora la prueba es diferente del que la practicó, pero rige también cuando se trata del mismo juez, porque no puede considerar probados hechos diferentes de los relacionados en el acta de la diligencia, ni imputarles condiciones o características que en ella no se hicieron constar, pues de lo contrario se estaría aplicando la ciencia privada del juez como instrumento probatorio y se violaría el requisito de la debida contradicción de la prueba y el derecho de defensa de la parte perjudicada, ya que es natural que ésta se limite a discutir lo que el juez haya hecho constar⁴³⁴.

3º) *Que el hecho no sea jurídicamente imposible, por existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario.* En estos dos casos, aunque la inspección produzca al juez la completa certeza del hecho, no puede considerarla para efectos de su decisión.

4º) *Que no existan otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del acta.* Inclusive en los sistemas procesales de tarifa legal, si en el

⁴³⁴ PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, primera parte, núm. 316, p. 453.

proceso existen otras pruebas que tengan el valor de plenas y que le produzcan al juez confianza y certeza sobre hechos contrarios a los narrados en el acta de la inspección practicada por otro funcionario, puede separarse de ésta y aceptar aquéllas. Sin embargo, lo prudente es que el juez de la causa o de la segunda instancia ordene otra inspección para resolver el conflicto mediante sus propias percepciones, si los hechos subsisten y la competencia territorial se lo permite; esa nueva inspección resultará útil inclusive si debe ser practicada por un juez comisionado.

En cambio, si el juez que valora las diferentes pruebas es el mismo que practicó la inspección y que tiene seguridad de no haber incurrido en error al observar los hechos y al narrarlos en el acta, es natural que le dé preferencia a ésta.

5º) *Que no se haya producido una rectificación o retractación del funcionario que practicó la diligencia.* Si dicho funcionario cambia de parecer sobre el juicio que aplicó para la calificación de sus percepciones o sobre el significado de éstas y reconoce su error, mediante una constancia escrita previa a la sentencia o en ésta, la situación es similar a la que surge cuando los peritos se retractan y entonces sería absurdo otorgarle pleno valor probatorio al acta, desconociendo esa rectificación. Debe ordenarse nueva inspección, si es posible.

6º) *Que no se viole la reserva legal ni el secreto profesional.* Como lo estudiamos al tratar de la clasificación de las pruebas, la de hechos sujetos al secreto profesional será lícita cuando la ley otorga al juez la facultad de decidir sobre el punto y éste la decreta; pero si la ley consagra el derecho al secreto, frente al juez (como ocurre en Colombia), la prueba que lo vale será ilícita e ineficaz; luego también lo será la inspección que se practique sobre documentos que gozan de reserva legal, sin cumplir los requisitos que la misma ley establezca para que pueda prescindirse de dicha reserva, porque la diligencia violará dicha ley.

7º) *Que no se haya declarado judicialmente la falsedad del acta.* Este requisito es elemental. Como la falsedad es un delito, la competencia para tal investigación corresponde a los jueces del crimen.

8º) *La debida contradicción de la prueba, para que su eficacia probatoria sea plena.* Como dijimos (véase este número b, 4), si falta

la debida contradicción, la diligencia tendrá apenas el valor relativo de la practicada fuera del proceso, para futura memoria, sin citación de la parte contraria (véase núm. 244).

247. La apreciación del valor probatorio de la inspección

Los viejos códigos decían que el acta de la inspección hacía plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez; pero no a sus inferencias o deducciones, que no debían incluirse en el acta, pero que si se incluían carecían de todo mérito probatorio; a las observaciones que las partes dejaban en el acta, sólo se les reconoció valor de alegaciones.

Los nuevos códigos (como el colombiano) suprimen la norma anterior, para dejar al juez en libertad de apreciar los resultados de la inspección, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 187); pero las conclusiones que con éstas se obtienen son las mismas, si se cumplen los requisitos examinados en los números anteriores.

Es decir, debe dársele fe a la relación que el juez hace en el acta y a su capacidad de percepción y apreciación, de los hechos y cosas examinadas por él. Es por ese motivo la prueba directa por excelencia y la que mejor lleva al juez la certeza, por su percepción inmediata de los hechos. Esa confianza en el juez está plenamente justificada, pero no impide que pueda probarse un error de éste en la percepción o en la redacción del acta, por medios que no dejen dudas sobre el punto⁴³⁵ (véase núm. anterior).

En cuanto al valor del dictamen de peritos, que en la misma acta o por separado se produzca, tiene el que corresponde a esta prueba, conforme a lo expuesto en el capítulo anterior. Se trata de dos pruebas diferentes, aun cuando puedan estar acumuladas⁴³⁶.

Las partes podrán dejar constancias en contra de lo dicho por el juez en el acta; en este caso, al superior o al comitente, o al nuevo juez de la causa si se produce un cambio, corresponde apreciar el alcance de tales constancias y en caso de duda lo procedente será

⁴³⁵ LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 30, nota a.

⁴³⁶ ROCHA, *Derecho probatorio*, ed. cit., p. 426; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. II, ps. 299-300; LESSONA, ob. cit., t. V, núms. 31-39.

ordenar otra inspección de oficio, con el fin de despejarla. Pero esas constancias son simples alegaciones.

Teóricamente es posible que el juez, de acuerdo con los peritos si los hay y con la parte interesada, incurra en falsedad intelectual en el acta, haciendo constar hechos inexistentes o negando la existencia de otros evidentes. En este caso, a la parte contraria le queda el derecho a formular la denuncia criminal, para que en un proceso penal se establezca la realidad y se impongan las sanciones a los responsables. Nuestra ley procesal no autoriza el trámite de un incidente de falsedad del acta, dentro del mismo proceso civil, laboral, contencioso-administrativo o fiscal. Sin embargo, nada impide que la parte perjudicada con una falsedad de éstas, la alegue ante el superior o el comitente o ante el nuevo juez de la misma instancia (cuando ha habido cambio), acompañando pruebas si quiere (y es mejor hacerlo), como la práctica de una inspección, declaraciones de testigos o documentos. En este caso y cuando esas pruebas le den alguna verosimilitud a la acusación, el nuevo juez o su superior o el comitente, deben ordenar de oficio otra inspección, ya que sería irritante que permanecieran indiferentes ante esos hechos. Si la parte que se querella por la falsedad del acta estuvo presente en la diligencia y no dejó en ella una expresa constancia en ese sentido, no se le debe prestar atención a sus posteriores afirmaciones, a menos que aparezcan respaldadas por pruebas muy fehacientes.

En todo caso, ese valor de plena prueba que se le da a lo relatado por el juez, de acuerdo con sus percepciones, debe ser respetado por el superior, mientras no aparezca otra plena prueba en contrario. En el último caso, en presencia de esos dos medios de valor similar, el mejor camino será la práctica de una nueva diligencia como en el supuesto anterior, si los hechos subsisten.

Los testimonios que se hayan recibido en el curso de la diligencia, lo mismo que los documentos que se agreguen al acta, se aprecian de acuerdo con la técnica propia de cada medio.

El juez superior o el comitente e inclusive el mismo juez de la causa que efectuó la inspección, deben apreciar soberanamente, en el momento de dictar sentencia o de resolver el incidente dentro del cual se practicó, el mérito que le merezcan las inferencias que el juez haya

hecho constar como resultado de la observación de los hechos, pero no como medio probatorio sino como simples razonamientos. Si las comparte, debe colocarlas como fruto de su valoración personal de los hechos probados con la inspección; si no las comparte, debe rechazarlas.

Ninguna diferencia existe entre la inspección judicial en el proceso civil y en el proceso penal, en cuanto a su naturaleza, su objeto, sus fines, su valor probatorio y su importancia⁴³⁷.

Entre los hechos objeto de la inspección judicial en el proceso penal sobresalen los constitutivos del cuerpo del delito (cuando adquiere materialidad) y el lugar, el instrumento y los rastros de aquél. Pero pueden serlo cualesquiera otros que en alguna forma se relacionen con el ilícito investigado⁴³⁸.

Creemos que el juez penal puede rechazar el valor de plena prueba del acta de la inspección judicial, si encuentra que en virtud de otras pruebas o de la propia acta no merece credibilidad y no le produce la certeza indispensable para declarar como ciertos los hechos que allí se relatan.

La inspección judicial, tanto penal como civil, no es nunca una prueba indiciaria, pero sirve para probar hechos que constituyen indicios del hecho investigado, lo que es muy diferente, y es siempre una prueba directa de aquéllos. También pueden probarse con la inspección hechos que constituyan plena prueba de otra prueba, como la existencia de una escritura pública debidamente registrada, de compraventa de un inmueble, o de una partida notarial de matrimonio, porque esos documentos (que en tal hipótesis constituyen hechos jurídicos objeto de la inspección), prueban plenamente la compraventa o el matrimonio, mientras no se desvirtúen con otras pruebas. La inspección es prueba directa de la escritura o la partida notarial; éstas y no aquéllas son la prueba de la compraventa o el matrimonio,

⁴³⁷ CLARÍA OLMEDO, ob. cit., t. VI, núm. 1590; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit.; FENECH, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1960, t. II, ps. 623-628; RODRÍGUEZ, Gustavo, *Pruebas penales colombianas*, Bogotá, 1970, t. I, ps. 201-211; ARENAS, Antonio Vicente, *Procedimiento penal*, Bogotá, 1971, ps. 161-162; MANZINI, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1952, t. III, núms. 300-302.

⁴³⁸ Véanse citas anteriores.

por lo cual no es correcto decir que en tal caso la inspección es prueba indirecta de estos últimos hechos.

La llamada reconstrucción del delito, que exigen muchos códigos de procedimiento penal en todos los sumarios, es una especie de inspección judicial compleja, de gran importancia. En Colombia se autoriza, a juicio del juez, en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos como una forma de practicar la inspección (C. de P. C., art. 246, núm. 4); tiene por fin verificar la realidad de los hechos que se investigan y cómo pudieron ocurrir y sus causas, e igualmente verificar la sinceridad de los testigos y de las partes. No es un medio de prueba autónomo y por tanto su valor probatorio será el de inspección en lo percibido por el juez y el de testimonio o peritación o confesión, en cuanto a las declaraciones y los dictámenes que allí se reciben. Ésta es también la opinión de Manzini, Fenech, Nicolini, Mittermaier y Sáenz Jiménez; Clariá Olmedo considera que es una prueba mixta; Florian dice que es una prueba diferente y autónoma; Erich Döhring (profesor de la Universidad de Kiel) la estudia como una modalidad de la inspección⁴³⁹.

Las inspecciones practicadas por la policía judicial, antes del sumario y con destino a éste, debieran tener el carácter de extraprocesales, y podrán impugnarse sus conclusiones, por cualquier medio probatorio y naturalmente pedirse nueva diligencia por el juez de instrucción. Clariá Olmedo las considera simples informes de funcionarios públicos y no inspecciones judiciales⁴⁴⁰; estamos de acuerdo.

Como dijimos en los números 235 y 246, punto 3º, las actas de diligencias judiciales de entrega de bienes, secuestros, desalojos y similares, tienen el valor probatorio de inspección judicial (extraproceso o del mismo proceso, según cuándo se hayan practicado); luego se

⁴³⁹ MANZINI, ob. cit., t. III, núms. 299 y 302; FENECH, ob. cit., t. I, p. 628; NICOLINI, *Procedimiento penal. Parte III*, núm. 626, cita de FLORIAN, ob. y núm. cit.; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1877, ps. 149-151; SÁENZ JIMÉNEZ y LÓPEZ, *Compendio de derecho civil y penal*, Madrid, 1968, t. IV, vol. 2º, ps. 1035-1037; CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., t. V, núm. 1252; FLORIAN, ob. y ed. cit., t. II, núms. 310-311; DÖHRING, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, 1972, ps. 306-308.

⁴⁴⁰ CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., t. V, núm. 1190.

debe aplicar a ellas el mismo criterio para apreciar su mérito que para las inspecciones hemos expuesto.

247)a. El reconocimiento judicial constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establece en el acta como resultado de su propia observación (CHI, 408; PER, 396) y en cuanto a asuntos que versan sobre heredades, linderos, cursos de aguas y otros casos análogos que demanden examen ocular o conocimientos especiales (ECU, 269).

El juez puede prescindir del dictamen pericial producido durante el acto del reconocimiento cuando sus conclusiones son contrarias a lo que él mismo percibió. En tal caso puede ordenar que se practique nueva inspección con otros peritos (ECU, 270).

CAPÍTULO XXV

DE LA PRUEBA POR DOCUMENTOS

248. Qué se entiende por documento

El documento, como el testimonio o la confesión, es el resultado de una actividad humana; pero, como observa Carnelutti, mientras los últimos son *actos*, el primero es una cosa creada mediante un acto que sirve para representar algo. Es decir, *documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera*; puede ser *declarativo-representativo*, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser *únicamente representativo* (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías. Pero siempre es representativo y esto lo distingue de las cosas u objetos que sin ser documentos pueden servir de prueba indiciaria, como una huella, un arma, una herida, etcétera.

Los documentos declarativos pueden contener una declaración de ciencia o una de voluntad⁴⁴¹ (ejemplos de declaraciones documentales de ciencia son el certificado que expide un funcionario público sobre un hecho ocurrido en su despacho, el acta de una notificación y la constancia escrita por la cual una persona reconoce la existencia previa de una obligación suya; ejemplos de declaraciones documentales de voluntad son los contratos, los testamentos, los documentos unilaterales en que una persona crea una obligación a su cargo y a favor de un

⁴⁴¹ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 34-35.

tercero). El documento puede ser coetáneo al hecho documentado, por ejemplo, cuando las partes simultáneamente celebran el contrato y lo documentan, o cuando se toma una fotografía; pero también puede ser el documento posterior al acto documentado, por ejemplo cuando se otorga con posterioridad a la celebración del contrato, o se pinta un cuadro sobre un suceso pasado; también puede referirse el documento a un hecho futuro que se conviene en ejecutar (véase núm. 256).

248)j. Sólo COL, 251, define qué es *documento*: "Son documentos los escritos, 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".

249. Objeto del documento

Objeto del documento son los hechos representados, entendidos éstos en la amplia acepción que le dimos al tratar en general el objeto de la prueba, incluyendo el pensamiento o los deseos de su autor como en los libros o cartas (véanse núms. 25 y 256).

250. Sujetos del documento

Desde el punto de vista procesal, en el documento pueden distinguirse dos sujetos: el autor y el destinatario. El primero debe ser entendido en sentido jurídico y no material, pues, como advierte Carnelutti⁴⁴², no lo es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye, por ejemplo, cuando un secretario o un amanuense escribe el documento que dos personas le encargan, para hacer constar el contrato que han convenido en celebrar, éstos son los autores del documento y no aquél, ni el notario público que autentica un documento privado, y cuando una persona firma una constancia o certificación que otra ha elaborado de antemano, su autor es aquélla y no ésta.

En cuanto al destinatario del documento, es necesario distinguir dos situaciones; cuando el documento es aducido como prueba en un proceso, es destinatario de ésta, como de todas las aportadas a ese proceso, el

⁴⁴² CARNELUTTI, ob. cit., núm. 41.

juez que debe apreciarlo y utilizarlo como prueba para la formación de su convencimiento sobre los hechos que interesen a la causa; pero mientras el documento cumpla una función extraprocesal, como servir de título para el cobro de una suma de dinero (una letra o un pagaré, por ejemplo), o para la justificación de una situación jurídica (como la escritura pública de un inmueble o la partida civil de nacimiento o de matrimonio), será su destinataria la persona a quien está dirigido o ante quien se hace valer. Puede decirse, por lo tanto, que existe un sujeto destinatario procesal único de toda clase de documentos, que es el juez, y diversos sujetos destinatarios extraprocesales.

Extraprocesalmente puede hablarse de sujeto pasivo del documento para referirse a la persona que resulta obligada por él; en cambio, procesalmente es más exacto hablar de sujeto *contradictor* del documento, para indicar a la parte contra quien se aduce como prueba, como lo vimos al tratar de los sujetos de la prueba en general (véase núm. 49).

251. Materia y forma del documento

Puede ser materia del documento cualquier elemento o cosa que sirva para fines representativos: el papel, la madera, la tela, el muro, la película fotográfica o cinematográfica, la cinta grabadora, etcétera.

Algunos documentos están regulados legalmente en cuanto a su materia; por ejemplo, el papel sellado para las escrituras públicas y los escritos privados que contengan contratos o el reconocimiento de obligaciones. Pero no siempre esa materia reviste la misma importancia, pues al paso que sólo excepcionalmente podría suplirse el papel sellado en las escrituras públicas (por ejemplo, cuando por estar agotado no es posible conseguirlo), el empleo de papel común en los documentos privados, se puede suplir siempre, pagando un impuesto o una multa adicional; pueden usarse otros materiales.

252. Diferencias entre el testimonio y el documento

El testimonio y el documento se asemejan en que ambos son pruebas históricas, representativas, declaratorias (cuando el segundo contiene una declaración de quien lo suscribe) e indirectas (en el sentido

de que sirven para llevarle al juez el conocimiento de un hecho que no percibe —véase núm. 117—). Estas analogías han conducido a algunos autores a afirmar que el documento es un testimonio escrito⁴⁴³ y que existe entre ellos un “perfecto paralelismo”⁴⁴⁴. Hay, sin embargo, importantes diferencias entre los dos medios de prueba, como enseguida veremos.

1ª) *En cuanto a la forma o materia*. Porque, como antes lo explicamos (véanse núms. 205-206), el testimonio es una prueba personal y se rinde oralmente, salvo casos excepcionales, y es un medio subjetivo de prueba, al paso que el documento es siempre un acto escrito o un objeto representativo (como una fotografía, un cuadro, un mapa, etc.) y un medio real o material y objetivo de prueba. Por otra parte, el documento es un objeto (en el que se hace constar una simple representación, un negocio o una declaración); el testimonio, en cambio, es un acto humano⁴⁴⁵.

2ª) *En cuanto al objeto*, porque el documento puede versar no sólo sobre hechos pasados y presentes, sino también futuros, al paso que el testimonio recae sobre hechos pasados o que hayan ocurrido antes, aun cuando subsistan en el momento de la declaración.

3ª) *En cuanto a su naturaleza*, porque el testimonio es una declaración de ciencia o conocimiento, mientras que el documento es una cosa o un objeto que puede contener no sólo declaraciones de éstas, sino también actos de voluntad constitutivos, extintivos o modificativos de derechos y obligaciones; es decir, hay documentos puramente declarativos, pero también otros sustancialmente dispositivos.

4ª) *En cuanto a su contenido*, porque el testimonio contiene siempre una declaración, al paso que existen documentos no declarativos, como las fotografías, las películas, los mapas, los planos, los dibujos, las pinturas, los retratos⁴⁴⁶.

5ª) *En cuanto a sus efectos jurídicos*, porque el documento puede ser no solamente un medio de prueba, sino un requisito *ad substantiam*

⁴⁴³ CARNELUTTI, ob. cit., núm. 36.

⁴⁴⁴ GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., ps. 283-284.

⁴⁴⁵ CARNELUTTI, ob. cit., núm. 24, p. 110.

⁴⁴⁶ CARNELUTTI, ob. cit., núms. 24 y 25; SCARDACCIONE, *Le prove*, ed. cit., ps. 217-218.

actus, es decir, necesario para la existencia o la validez de un acto jurídico, y el testimonio no.

6ª) *En cuanto a sus sujetos*, porque el testimonio, en sentido estricto, es un acto de quien es un tercero procesalmente hablando, mientras que el documento puede provenir de un tercero o de una de las partes de ese proceso e inclusive del juez que lo tramita.

7ª) *En cuanto al momento de su percepción por el juez que recibe la prueba*, porque la del testimonio es coetánea a su producción, ya que ocurre en presencia del juez, y la del documento puede ser posterior a su formación, cuando ocurre en ausencia de aquél⁴⁴⁷.

La vieja teoría que distinguía al testimonio del documento en que éste es una prueba preconstituida y aquél no, deja mucho que desear, porque hay pruebas documentales que se producen en el curso del proceso y no son preconstituidas (como certificados y copias de documentos), lo mismo que testimonios preconstituidos, que se reciben antes del proceso, para futura memoria⁴⁴⁸.

253. Diferencias y semejanzas entre el documento y la confesión

a) *Semejanzas*. Ambos pueden provenir de una de las partes en el proceso (pero el segundo también puede provenir de un tercero) y también ambos medios constituyen plena prueba contra la parte de quien provienen, mientras no sean desvirtuados por otras pruebas, si reúnen los requisitos necesarios para su validez y eficacia, a menos que la ley exija otro medio especial.

Cuando el documento es declarativo y proviene de una de las partes del proceso o de su causante a título universal y de aquél se deduce un hecho perjudicial a esa parte, su contenido se asimila al de una confesión extrajudicial, por reunir los requisitos propios de ésta y al mismo tiempo servirle de prueba (véase núm. 155); sin embargo, conserva su individualidad probatoria de documento, sea público o privado. De igual manera, cuando el documento declarativo proviene de un tercero (en relación al proceso en que se hace valer como prueba),

⁴⁴⁷ CARNELUTTI, ob. cit., núm. 24.

⁴⁴⁸ CARNELUTTI, ob. cit., núms. 25 y 31, ps. 119 y 148.

su contenido se asemeja al de un testimonio, siempre que se haya establecido su autenticidad; pero conserva su individualidad de prueba documental.

Si es documento unilateral declarativo o que proviene *exclusivamente* de una de las partes en el proceso, se asemeja a la confesión en sus efectos, en cuanto sólo puede ser plena prueba de los hechos relatados en lo desfavorable a esa parte o en lo favorable a su adversario, pero siendo entendido que los aspectos favorables a aquélla, pero conexos con el hecho que la perjudica, deben aceptarse con el mismo criterio de la indivisibilidad de la confesión y en lo favorable a esa parte y que comprenda hechos distintos y separados, sin conexión con el perjudicial, únicamente sirve para que el juez deduzca una presunción de hombre o judicial, más o menos firme, de acuerdo con las circunstancias de cada caso; pero si el documento es *bilateral* y proviene de las dos partes o de sus causantes a título universal, su eficacia de plena prueba se extiende tanto a lo favorable como a lo desfavorable a ambas, es decir, es totalmente indivisible, lo cual no ocurre en la confesión (si existen dos confesiones separadas, de ambas partes, cada una tiene el valor de plena prueba contra el respectivo confesante y no a su favor, de manera que la situación es diferente de la del documento bilateral).

El documento, lo mismo que la confesión, puede referirse a hechos futuros, por ejemplo las utilidades que las partes contratantes determinen como mínimas en la ejecución de un contrato, o el valor de los perjuicios que por su incumplimiento convienen en señalar, o el propósito de ejecutar un acto ilícito consignado en una carta y que equivale a una confesión extrajudicial.

b) *Diferencias*. Son diferencias entre los dos medios de prueba:

- 1ª) *En cuanto a sus sujetos*: la confesión debe emanar siempre de parte y el documento puede provenir de un tercero.
- 2ª) *En cuanto a la forma o materia*: la confesión puede ser oral y el documento no; cuando se deja un acta escrita de una diligencia o de una confesión o un testimonio orales, no existe un documento propiamente dicho, desde el punto de vista de las pruebas judiciales, sino una pieza del expediente, aunque

suelen llamarse *documentos procesales*⁴⁴⁹; pero la confesión y el testimonio se distinguen del acta.

- 3ª) *En cuanto a su naturaleza*: el documento es una prueba real, objetiva; la confesión, personal y subjetiva; la confesión es un acto humano y el documento una cosa; la confesión es siempre una declaración de ciencia y el documento puede contener o no una declaración y ésta puede ser de ciencia (cuando es puramente narrativa), o de voluntad y constitutiva de efectos jurídicos determinados, como los contratos o el testamento.
- 4ª) *En cuanto a sus efectos jurídicos*: la confesión siempre los produce contra la parte de quien proviene y el documento sólo en ciertos casos, porque puede resultar favorable a ella; además, cuando el documento proviene de un tercero, puede favorecer o perjudicar a cualquiera de las partes.

254. El documento como objeto de percepción

El juez necesita percibir el documento para asumirlo como medio de prueba (véase núm. 62); esas percepciones sensoriales pueden ser diversas: *visuales*, para verificar la clase de materia que lo forma, como papel o tela o plástico o cuero, etcétera; la clase de escritura o de dibujo empleado y el material que se utilizó para escribir o dibujar (tinta, pintura, lápiz, máquina de escribir o de imprimir, etc.); *olfativas*, para conocer si contiene o no perfumes u olores nauseabundos, si está impregnado o no de cierto olor propio del lugar, del recipiente, caja o cartera en donde se presume que estuvo guardado y el olor propio de la clase de papel empleado; *auditivas*, cuando interesa precisar el ruido que puede percibir al ser rasgado el documento o estrujado en una mano o dejado caer al piso⁴⁵⁰.

255. El documento como objeto de prueba

El documento es un medio de prueba de hechos que en él se narren o representen por dibujo, pintura o impresión de otra clase; pero también puede ser objeto de prueba, cuando se trate de establecer

⁴⁴⁹ GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., p. 283.

⁴⁵⁰ FLORIAN, *De la prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 28.

su existencia anterior (por ejemplo, mediante confesión y testimonio de terceros) o actual (mediante confesión, testimonio de terceros, inspección judicial o exhibición). También es objeto de prueba el documento cuando se discute su autenticidad o su falsedad formal o material (véase núm. 280)⁴⁵¹.

256. Naturaleza jurídica del documento y sus funciones jurídicas

Hemos dicho que el documento es un medio de prueba real, objetivo, histórico y representativo, en ocasiones declarativo (pero otras veces sólo representativo, como las fotografías, los cuadros y los planos) y que puede contener una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo; igualmente, unas veces puede contener una confesión extrajudicial y otras una especie de declaración testifical de terceros. Cuando la ley exige el documento como formalidad *ad substantiam actus*, además de ser un medio de prueba, es también un requisito sustancial para la existencia o validez del respectivo acto jurídico (véase núm. 257).

El documento es el resultado de un acto humano, pero en sí mismo es una cosa o un objeto; no es un *acto* representativo, como el testimonio y la confesión, sino una *cosa o un objeto* que sirve para representar un hecho cualquiera; por consiguiente, no es una declaración de ciencia ni de voluntad (aun cuando puede servir para emitir las, y, por lo tanto, puede que contenga una declaración de aquéllas o de éstas), ni es un negocio jurídico (aun cuando puede ser el resultado de éste y en ocasiones ser necesario para su formación, si es requisito para su existencia o su validez). Generalmente es creado extraprocesalmente, pero existen los llamados documentos procesales (véase núm. 253).

El documento desempeña una doble función: una de carácter probatorio y procesal, cuando después de su formación es aducido a un proceso; otra, que existe desde su otorgamiento y es extraprocesal, que puede ser de tipo *sustancial*, en el sentido de que sirve para celebrar el negocio o contrato (cuando es requisito para su existencia jurídica o su validez, como la escritura pública en la compraventa o hipoteca

⁴⁵¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Clínica procesal*, México, 1963, p. 381.

de inmuebles o el documento privado para la promesa de contrato o el seguro), o de tipo simplemente *probatorio*, es decir, para que de él se pueda deducir extrajudicialmente la existencia del contrato, de la declaración de voluntad unilateral o del hecho o cosa que representa (por ejemplo, los escritos simplemente *ad probationem* y las fotografías, las pinturas, los mapas, etc.)⁴⁵².

Cuando el documento tiene un origen negocial, contiene, por una parte, una declaración de ciencia sobre ciertos hechos que allí se narran (por ejemplo, que las partes concurrieron ante un notario, un día determinado, en presencia de ciertos testigos e hicieron ciertas manifestaciones, o que en un lugar determinado y en tal fecha, las partes han convenido celebrar por escrito privado un contrato) y, por otra parte, la declaración de voluntad que origina ciertos efectos jurídicos materiales, por ejemplo, las prestaciones recíprocas pactadas en el contrato. Son documentos mixtos declarativos y dispositivos. Esta dualidad de declaraciones aparece también en documentos que contienen actos jurídicos unilaterales, como un testamento o una donación.

257. Documentos *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* y *ad probationem*

De lo expuesto en el punto anterior se deduce que existen documentos necesarios para la existencia o validez de los actos jurídicos, cuya naturaleza es mixta, por ser a un mismo tiempo medios de prueba y requisitos sustanciales o materiales del respectivo acto jurídico; mientras que otros, sin duda la gran mayoría, tienen un valor jurídico simplemente *ad probationem*, sea que las partes hayan tenido o no, al formarlos, la intención de preconstituir un medio de prueba. Pero los primeros tienen también una evidente función probatoria, tanto fuera como dentro del proceso.

Existen dos clases de documentos *ad probationem*: los que sirven de medio probatorio pero sin que la ley los exija y los que son exigidos como prueba necesaria. Pero en caso de pérdida o destrucción, puede recurrirse al principio de prueba escrita a la confesión e inclusive a

⁴⁵² FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1957, ps. 271-274; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 24-25.

la testimonial que no deje dudas acerca de que existió el documento y cuál era su contenido, e igualmente, cuando no se haya otorgado el documento completo, podrán probarse esos actos con confesión, o un simple principio de prueba complementado con testigos, y éstos solos podrán ser suficientes.

Los documentos solemnes o *ad substantiam actus* no pueden suplirse por otros medios de prueba, ni siquiera por confesión y muchos menos por testimonios o indicios o peritaciones o inspecciones; pero esos otros medios son conducentes para probar hechos relacionados con el contrato solemne, como vicios del consentimiento, ilicitud de la causa o de su objeto, falsedad del documento, simulación de su contenido, etcétera (véanse núms. 190 a 192).

En los procesos contencioso-administrativos tienen mayor aplicación los documentos *ad solemnitatem*, porque los actos documentados de la administración lo exigen en la mayoría de los casos.

Son documentos *ad solemnitatem* en materia civil los casos de la escritura pública para la venta, permuta, donación o entrega en anticresis de inmuebles, o constitución de usufructos, de derechos de uso o habitación y para extinción voluntaria, o para constituir hipoteca y servidumbres en ellos; la escritura pública para la venta o permuta o cesión a otro título de derechos herenciales, también para la adopción o la emancipación voluntaria, para constituir fideicomisos y para otorgar testamento solemne; el documento privado para testamento escrito abierto ante cinco testigos; la escritura pública para capitulaciones matrimoniales, para la dote matrimonial y para la renta vitalicia; el testamento o la escritura pública para constituir un patrimonio de familia no embargable; documento privado o público para pactar una cláusula compromisoria o una promesa de celebrar otro contrato o para constituir una prenda industrial o agraria, para el reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Cuando la ley exija esa solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene.

En materia comercial se exigen también documentos *ad solemnitatem*.

En materia de estado civil. Existe en Colombia la exigencia del documento (copia del acta o folio del registro) para la prueba del estado civil, como requisito *ad probationem*, que puede suplirse, úni-

camente, cuando se trate de hechos o actos constitutivos anteriores a la vigencia del decreto-ley 1260 de 1970, con otros documentos o copia de la decisión judicial que los declare.

El decreto-ley 1260 de 1970 regula esta materia en los artículos 101 y 55 y 21, 29, 37 y 38.

La calidad del heredero puede probarse con las partidas de estado civil, con el testamento si fuere el caso y con copias de los autos de reconocimiento como tal en el proceso de sucesión por muerte, pero en los dos primeros casos debe probarse, además, la aceptación expresa o tácita de la herencia. Esto se debe a que la calidad de heredero no constituye un estado civil, ni se registra en los libros de registros de estado civil.

258. Diferencias entre documentos y pruebas preconstituidas

Por la razón de que los documentos son pruebas preconstituidas⁴⁵³, suele identificarse aquéllos con éstas; sin embargo, las últimas son el género y los primeros una de sus especies, porque existen pruebas preconstituidas no documentales (todas las que se constituyan fuera de proceso⁴⁵⁴, como los testimonios, los interrogatorios de partes y las inspecciones judiciales, con o sin dictamen de peritos, practicadas fuera de proceso; véanse núms. 154, 208 y 245). Además, las pruebas tomadas en un proceso resultan preconstituidas para otro proceso.

259. Diferencias entre documento y las llamadas "piezas de convicción"

Se ha dicho que por documento puede entenderse todo objeto mueble que pueda ser llevado ante el juez, como medio de prueba⁴⁵⁵, por lo cual se asemeja a la noción ya conocida en el proceso penal de "pieza de convicción". Sin embargo, este punto de vista desvirtúa la verdadera naturaleza del documento, que debe ser siempre representativo, en lo cual se diferencia de esas piezas de convicción que

⁴⁵³ ROCHA, *De la prueba en derecho*, ed. cit., p. 444.

⁴⁵⁴ FURNO, ob. cit., núms. 7 y 39, ps. 53 y 279.

⁴⁵⁵ GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 405-406.

nada representan, pero que sirven para deducir indicios críticos en favor o en contra del hecho investigado, como el arma del crimen, las manchas de sangre, la ropa, etcétera.

260. Diferencias entre documento y declaración de voluntad en él contenida

Cuando el documento es simplemente representativo, pero no declarativo, como la fotografía o el dibujo, no puede concebirse la representación del objeto o hecho sin el documento que lo representa. En cambio, cuando el documento es declarativo, es indispensable distinguir y separar la declaración del documento que la contiene, sea que se trate de simple narración (declaración de ciencia o de manifestación de voluntad —negocio jurídico unilateral o bilateral—). Por ejemplo: una cosa es la confesión y otra el documento que la contiene⁴⁵⁶; una cosa es el contrato y otra el escrito que lo prueba; una cosa es la voluntad testamentaria y otra la escritura pública que la expresa⁴⁵⁷. E igualmente cabe precisar la diferencia entre el consentimiento de las partes que origina el contrato o el consentimiento unilateral de ciertos actos jurídicos, y el instrumento que lo contiene y le sirve de prueba⁴⁵⁸, y por esto, los vicios que afecten al primero no se extienden necesariamente al último (así el error esencial vicia el consentimiento y, por lo tanto, el contrato, pero no implica la nulidad del documento que los contiene; la causa o el objeto ilícitos y la incapacidad vician de nulidad el consentimiento y el contrato o el acto jurídico unilateral, pero no el documento que le sirve de prueba).

261. Requisitos para la existencia jurídica del documento

Son requisitos necesarios para que exista jurídicamente un documento, entendido como medio de prueba judicial, los siguientes:

- 1º) *Que se trate de una cosa o un objeto formado mediante un acto humano, con o sin intención para ello, que tenga aptitud*

⁴⁵⁶ FURNO, ob. cit., núm. 38, ps. 275-278.

⁴⁵⁷ GUASP, ob. cit., p. 412; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 208; FLORIAN, ob. cit., t. I, núm. 28.

⁴⁵⁸ COUTURE, *El concepto de la fe pública*, en *Estudios*, ed. cit., t. II, ps. 73-74.

representativa, sea o no declarativo (lo último es requisito únicamente de la clase especial de documentos conocidos como instrumentos o escritos públicos y privados); generalmente son cosas muebles, pero un cuadro o un escrito estampado en una pared, son también indudablemente documentos, aun cuando no puedan agregarse al expediente, sino que deben probarse mediante inspección judicial y en ocasiones con el auxilio de peritos.

- 2º) *Que represente un hecho cualquiera*, entendido en el amplio sentido que le asignamos al tratar del objeto de la prueba en general (véase núm. 26).
- 3º) *Que tenga una significación probatoria*⁴⁵⁹.

262. Requisitos para la validez del documento como prueba

Estos requisitos pueden radicar en el documento o en el procedimiento para su aportación al proceso. Son los siguientes:

1º) *Que (si es declarativo o dispositivo) no se haya elaborado con violencia o coacción* que elimine la libertad de su autor o mediante el dolo de la parte contraria o de un tercero, porque en el caso contrario se tratará de una prueba ilícita (véase núm. 117, n).

2º) *Que (si se trata de instrumentos públicos) se hayan cumplido las formalidades exigidas por la ley para su formación, bajo sanción de nulidad* (porque no toda informalidad invalida el documento), inclusive la competencia del funcionario, como en el caso de las escrituras públicas en general y del testamento solemne en particular; pero hay que tener presente que un documento público nulo por vicios de forma, puede valer como documento privado, como luego explicaremos.

La ley exige a los notarios no extender escrituras públicas (salvo la de testamentos), sin que se presenten para protocolizarlo con ellas los certificados de paz y salvo con los impuestos nacionales de renta y patrimonio y sucesorales y con el municipio en cuanto a gravámenes que pesen sobre el inmueble; pero la falta de tales certificados o su agregación tardía no afecta la validez ni la autenticidad de la escritura.

⁴⁵⁹ CARNELUTTI, ob. y ed. cit., núms. 34-35; GORPHE, ob. cit., p. 175; GUASP, ob. cit., ps. 413-414.

Tampoco afecta la validez de la escritura el hecho de que el notario firme con retardo; ni el que se usen varias tintas o cintas de distinto color o varias máquinas de escribir, ni varios amanuenses.

3º) *Que (si se trata de copias) se hayan cumplido los requisitos exigidos por la ley para su expedición*, cuando el original o la otra copia que sirvió para aquélla obraban en un protocolo notarial o en una oficina pública.

4º) *Que hayan sido llevados y admitidos al proceso en oportunidad y con los requisitos legales*, porque si bien su incumplimiento no vicia de nulidad el documento en sí mismo, sí invalida su aportación y le quita su valor como prueba.

5º) *Que no sea una prueba ilícita por estar prohibida por la ley* (armoniza con el 8º requisito para su eficacia probatoria).

263. Requisitos para la eficacia probatoria del documento

Como sucede con los demás medios de prueba, los documentos pueden existir jurídicamente y ser válidos en sí mismos y como pruebas en un determinado proceso, pero carecer de eficacia probatoria; para ésta se requiere lo siguiente:

1º) *Que sea conducente para probar el hecho y pertinente por referirse a tal hecho*.

2º) *Que esté establecida o presumida su autenticidad*. Lo mismo si se trata de instrumentos o escritos públicos o privados, que de un documento no declarativo ni dispositivo (como una fotografía, un cuadro, un plano o una grabación magnetofónica o un disco fonográfico); el juez debe estar seguro de la autenticidad del documento, para considerarlo como medio de prueba, sea porque se haya demostrado o porque la ley la presume (véanse núms. 276-278).

3º) *Que cuando se trate de instrumentos otorgados en el exterior, se cumpla la especial autenticación que exige la ley*, por el respectivo agente consular o diplomático del país o, en su defecto, por el de una nación amiga, salvo que sean autorizados directamente por aquéllos o que gocen de presunción de autenticidad (véase núm. 102).

4º) *Que no haya prueba legalmente válida en contra de la sinceridad y veracidad de lo expuesto en el documento*; la fuerza proba-

toria del documento y el mérito de las pruebas en contrario, lo mismo que las tachas de falsedad material, se estudiarán posteriormente (véanse núms. 278-281).

5º) *Que el contenido mismo del documento sirva para llevarle al juez, por sí solo o juntamente con otras pruebas, el convencimiento sobre los hechos investigados o que se pretende demostrar.* En este punto hay que considerar la redacción, la claridad de las declaraciones y su alcance (función interpretativa), e igualmente si se trata de documentos públicos o privados y si el juez goza de libertad de valoración o está sujeto a una tarifa legal que le imponga el mérito que debe reconocerle al documento en cada una de sus partes (función valorativa o de apreciación), puntos que estudiaremos más adelante (véanse núms. 280-281).

Téngase en cuenta que cuando se pretenda hacer valer en proceso como prueba lo dicho en un escrito, por alguna persona distinta del funcionario público que intervenga en la confesión del documento, contra un tercero, se tratará de una declaración extraprocesal documentada y, por lo tanto, como tal carecerá de todo mérito probatorio; para que tal declaración adquiriera mérito como medio de prueba, es indispensable recibirla con las formalidades legales (decreto, juramento, interrogatorio, etc.).

6º) *Que se haya pagado el impuesto de timbre que la ley exija y se haya traducido al castellano* si se otorgó en idioma extranjero (pero si faltó este requisito, debe el juez de oficio ordenar su cumplimiento, en vez de desecharlo).

7º) *Que lleven la nota de haber sido inscriptos en la oficina de registro correspondiente*, cuando la ley la exija (véase núm. 286). La falta de atestación del registro en la propia copia de la escritura se suple perfectamente con el certificado del correspondiente registrador de instrumentos públicos o de la Cámara de Comercio, pues complementa aquélla, y no hace falta que en dicho certificado se copie la inscripción.

Entre las mismas partes de la escritura, la falta de registro no impide que se exija el cumplimiento de las obligaciones en ella adquiridas; contra terceros sí se requiere ese registro en la Oficina de

Registro de Instrumentos Públicos o en la Cámara de Comercio, según fuere el caso.

8º) *Que se haya llevado al proceso por medio legítimo y por tanto que no haya violado el secreto que la ley le reconozca (como en el caso de las declaraciones de renta, de la correspondencia privada y del secreto profesional).*

9º) *Que el autor del documento tenga capacidad y facultad para el acto documentado.*

264. Importancia, ventajas y defectos de la prueba documental

Los documentos y especialmente las escrituras suministran una representación permanente y segura de los hechos que puedan interesar más tarde a un proceso o que suelen hacerse valer en las relaciones de sociedad extraprocesalmente, por lo cual es enorme su importancia como medios de prueba y como instrumentos de certeza jurídica. De ahí la tendencia inmemorial a exigir el escrito como prueba de ciertos actos jurídicos y en ocasiones como requisito para su nacimiento o su validez, que en el derecho moderno ha disminuido en cuanto a lo primero y se ha acentuado para lo segundo.

Sin embargo, no se debe exagerar el rigor legislativo al exigir el documento como medio único de prueba, como sucedía entre nosotros cuando se le prescribía para probar el nacimiento o la extinción y la reforma de obligaciones de origen contractual que valieran más de quinientos pesos y cuando se le rechazaba en abstracto para impugnar total o parcialmente lo declarado en escrituras públicas o privadas (ley 153 de 1887, arts. 91 a 93); sino que debe dejarse al juez en libertad de apreciar la situación con criterio severo y científico (véase núm. 191), porque también el documento puede ser creado de mala fe para formular declaraciones o representaciones falsas, o contratos simulados con el propósito de burlar impuestos o de defraudar a los acreedores o herederos, o puede haber sido adulterado posteriormente para desfigurar la verdad de su contenido inicial, y puede no ser veraz a pesar de la buena fe de sus autores, cuando éstos hayan incurrido en error sobre los hechos que en él relatan. En la pugna entre documentos y testimonios de terceros, la solución

no está en rechazar éstos por tarifas legales, sino en tomarlos y valorarlos en forma técnica, cuidadosa y severa, como por fortuna se dispuso en el nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano (arts. 187 y 232; véanse núms. 205-209).

En los procesos contencioso-administrativos es más importante la prueba documental, porque en su gran mayoría versan sobre la validez de actos documentados de la administración, sin que por esto dejen de ser pertinentes y conducentes otras pruebas. La confesión no es conducente respecto a los representantes de las entidades públicas, pero su declaración vale como informes y testimonios.

265. Valor de los pactos que exigen el documento como prueba, sin que legalmente sea necesario

Como vimos al tratar de los pactos sobre la prueba en general (véanse núms. 114-115), siendo ésta un instrumento procesal para la correcta administración de justicia, carecen de valor los pactos que exijan la prueba documental cuando por la ley no era necesaria.

Muy diferente es la situación cuando las partes acuerdan que un contrato, legalmente consensual y que no requiere documento, no se considere perfeccionado o celebrado definitivamente mientras no se eleve a escritura pública o a documento privado; el pacto es lícito y válido, porque ya no se trata de regular la prueba del contrato, sino sus efectos jurídicos sustanciales⁴⁶⁰. El Código Civil colombiano contiene dos ejemplos: el artículo 1858, conforme al cual, las partes pueden pactar que la compraventa de bienes muebles no se repunte perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada; el artículo 1979, que autoriza pactar que el arrendamiento no se repunte perfecto mientras no se firme escritura.

266. Distintas clases de documentos

De lo expuesto en los números anteriores se desprende que existen varias clases de documentos:

- a) Documentos *simplemente representativos* (planos, dibujos, cua-

⁴⁶⁰ RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 55.

dros, fotografías) y *declarativos* (escritos, grabaciones en cinta o discos); los últimos se subdividen en *simplemente declarativos*, cuando contienen declaraciones de simple ciencia, y *dispositivos*, cuando contienen actos de voluntad para producir determinados efectos jurídicos, y por otro aspecto en documentos de *contenido testimonial* y de *contenido confesorio*⁴⁶¹, según que esa declaración perjudique o no a quien la formula (pero en el primer caso, si esa persona no es parte en el proceso al cual se presenta el documento como prueba contra quien no intervino en éste, adquiere el carácter de testimonial y, por lo tanto, para que pueda tener mérito probatorio es indispensable oír en declaración a su autor, con todas las formalidades legales; véase núm. 263, punto 4º);

- b) de acuerdo con su forma, los documentos declarativos se subdividen en *instrumentales* (si consisten en escritos) y *no instrumentales* (por ejemplo, los discos, las películas y las cintas magnetofónicas);
- c) *de origen negocial*, si son formados para hacer constar un negocio jurídico o como consecuencia de éste, y *de origen no negocial* (en los demás casos);
- d) *simplemente probatorios* ("*ad probationem*"), que se subdividen en exigibles como única prueba y en concurrentes con otras pruebas, y *constitutivos de relaciones jurídicas* o "*ad substantiam actus*";
- e) según que exista o no certeza sobre el autor del documento y su origen, se distinguen en *auténticos* y *no auténticos*;
- f) según que hayan sido otorgados o no con intervención de un funcionario público, pueden ser *públicos* y *privados*; los privados pueden ser o no suscritos (según que lleven o no firmas) y los públicos pueden subdividirse en *notariales*, *judiciales* (las copias y certificados expedidos por los jueces o sus secretarios), *policivos* (los mismos expedidos por funcionarios de policía) y *administrativos* (los expedidos por funcionarios de la administración u órgano ejecutivo);

⁴⁶¹ CARNELUTTI, ob. cit., núms. 41 y 44.

- g) según se presenten en su forma inicial o en una reproducción, pueden ser *originales y copias*;
- h) según el lugar en donde se formen, puede hablarse de documentos *nacionales y extranjeros*.

267. Disponibilidad del documento como medio de prueba y su exhibición

Se entiende por disponibilidad del documento, la posibilidad jurídica de aducirlo como prueba en los procesos de cualquier clase, bien sea presentándolo original o en copia o verificando su existencia y contenido mediante una diligencia judicial (exhibición e inspección). Puede decirse que, en principio, todo documento está a disposición de las partes y del juez, como medio de prueba, en virtud del derecho abstracto de probar que tienen los litigantes y las personas que sean partes en un proceso penal (véase núm. 10). Sin embargo, es necesario distinguir varias situaciones:

- 1ª) Cuando el documento pertenece a la parte interesada en aducirlo como prueba y se encuentra en su poder, su disponibilidad no presenta problemas, porque se reduce a un acto de voluntad propia;
- 2ª) cuando el documento está en poder de un tercero o de la parte contraria, pero le pertenece a la parte que desea aducirlo como prueba, su disponibilidad es también absoluta, pero si éstos lo retienen es indispensable exigir previamente su entrega por medio de un procedimiento de policía o judicial (por retención indebida de cosa ajena) o solicitar su exhibición antes o en el curso del proceso (véase núm. 268);
- 3ª) cuando la parte interesada en presentar el documento como prueba a su favor, lo tiene en su poder, pero no le pertenece, su disponibilidad es relativa y depende de que no exista una reserva legal o un secreto profesional que le impida hacerlo público, pues en caso afirmativo deberá obtener el consentimiento de quien pueda levantar la reserva o dicho secreto⁴⁶² (véase núm. 118);

⁴⁶² *Reserva de correspondencia y bancaria*, Foro colombiano, julio de 1979, ps. 82 y ss.

- 4ª) cuando el documento está en poder de terceros, a quienes pertenece, se debe considerar también si existe o no una reserva legal o un secreto profesional y es necesario obtener su préstamo voluntario o pedir su exhibición por procedimiento previo o dentro del mismo proceso, de manera que su disponibilidad es relativa (véase núm. 268);
- 5ª) cuando el documento está en poder de la parte contraria, a quien le pertenece, su disponibilidad es relativa, porque depende de que no exista una reserva legal o un secreto profesional que lo ampare, pero en caso negativo se puede exigir su exhibición, bien por procedimiento previo o dentro del mismo proceso⁴⁶³ (véase núm. 268).

Cuando el documento pertenece a terceros, existe sobre éstos un deber jurídico de facilitarlo, para los fines del proceso, similar al deber jurídico de testimoniar, cuyo incumplimiento da lugar a multas e inclusive a arresto por desacato.

Cuando el documento pertenece a la parte contraria o al sindicado, que puede perjudicarse con él, se presenta el problema jurídico de saber si puede ser constreñido a suministrarlo o exhibirlo. Para sostener la conclusión negativa se invoca la máxima latina *nemo tenetur edere contra se* (nadie puede ser obligado a suministrar pruebas contra sí mismo); pero esta solución desconoce el carácter de interés público que el derecho moderno le reconoce a la jurisdicción y a toda clase de procesos judiciales⁴⁶⁴, pues contempla sólo el interés privado de esa parte. En la generalidad de los países se impone una carga procesal de exhibir el documento, sujeta al cumplimiento de cierto trámite procesal, garantizada con la imposición de consecuencias probatorias adversas a quien no la cumpla, que en materias civiles adquiere la naturaleza de una confesión ficta y en lo penal de un indicio en contra del sindicado o imputado (véase núm. 291). También puede el juez

⁴⁶³ COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, ps. 129-136; GUASP, *Derecho procesal civil*, 1962, ps. 410-412.

⁴⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1960, t. I, núms. 44 y 61; *Nociones generales de derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966, núms. 20 y 56, y el t. I del *Compendio de derecho procesal*, 8ª ed., ABC, 1981, núms. 5, 23 y 80.

penal apoderarse coactivamente de los documentos en poder del sindicado o imputado, sea que le pertenezcan o que correspondan a terceros (lo último si tiene interés para la investigación y no gozan de reserva legal oponible en materia penal).

268. Manera de allegar el documento al proceso

Como todas las pruebas, su presentación está sujeta a formalidades de tiempo, modo y lugar. Como se trata de una prueba preconstituida, existen cuatro maneras para llevarlo al proceso y se puede utilizar libremente cualquiera de ellas:

1ª) *Presentación directa por la parte interesada.* En el proceso civil las partes deben presentar directamente, con la demanda o su contestación, los documentos que se quiere aducir como prueba y se encuentran en su poder; también con los escritos de excepciones previas y de iniciación de incidentes, lo mismo que en los de contestación de aquéllos, deben presentarse los documentos en poder de la respectiva parte. En lo penal, esto rige para los documentos necesarios para probar la legitimación en causa de quien pide se le reconozca como parte civil. En lo laboral no se exige acompañar a la demanda los documentos, sino relacionarlos y pueden presentarse en las audiencias de prueba. En lo contencioso-administrativo sólo es necesario acompañar a la demanda copia del acto acusado, el documento que acredite la personería adjetiva del actor y el recibo de pago de los impuestos cuando se trata de éstos.

2ª) *Aducción mediante copia pedida por el juez de la causa a solicitud de parte.* Sea documento público o privado, si se encuentra en una oficina pública cualquiera (inclusive otro juzgado), puede la parte solicitar en la oportunidad probatoria pertinente, que se libre despacho a esa oficina para que remita copia del documento y en algunos casos su original, lo último previo desglose cuando quien pide la prueba tenía derecho a desglosarlo, o sin este requisito, cuando la ley autorice a remitir original un expediente o una actuación administrativa o de otra naturaleza. La copia puede ser por reproducción mecánica (xerox o fotocopia).

Las copias o los originales de documentos sujetos a registro deben

llevar la nota respectiva, pero el juez tiene el deber de remitirla a la pertinente oficina de registro para que certifique, a costa del interesado, sobre la inscripción y su fecha. La Corte colombiana acepta que puede suplirse la nota de registro con el certificado del registrador; es una doctrina inobjetable.

3ª) *Incorporación en inspecciones o su copia obtenida en éstas u otra diligencia en que intervienen las partes, como la de exhibición.* Tienen pleno valor probatorio los documentos incorporados en el curso de inspecciones judiciales, como vimos al tratar de éstas (véase núm. 241, d). Si la inspección fue solicitada y precisamente sobre un documento, para establecer su existencia y obtener copia que queda formando parte del acta de la diligencia, es necesario distinguir dos situaciones: si se trata de documento que podía ser llevado original por esa parte o del cual era procedente pedir copia mediante despacho a la oficina pública en donde se encontraba (por ejemplo, escrituras públicas o expedientes judiciales), la inspección no es necesaria, a menos que se esté discutiendo su autenticidad o adulteración, por lo que el juez puede negar la inspección y decretar en su lugar la copia o el desglose; si el documento estaba en poder de terceros o se trataba de libros de comercio o de contabilidad de no comerciantes y se decreta su exhibición, o se permite por su tenedor la inspección por el juez sin orden previa de exhibición, la copia así obtenida tiene valor. Esto rige en lo penal, laboral, contencioso-administrativo y civil.

Si los libros de contabilidad o cualquier otro documento que no puede ser agregado al expediente están en poder de quien solicita la prueba, puede efectuarse sobre ellos una inspección judicial y obtenerse su copia, sin necesidad de que se ordene antes su exhibición; pero si están en poder de terceros o de la parte contraria, debe decretarse previamente su exhibición, a menos que ofrezcan exhibirlos voluntariamente. Pero no se necesita la previa exhibición si el documento se encuentra en una oficina pública.

4ª) *Por orden oficiosa del juez.* En todos nuestros procesos, el juez puede ordenar que se expida copia de cualquier documento que esté en una oficina pública, o que se exhiba el que se encuentra en poder de una de las partes o de un tercero.

5ª) *Documentos en idioma extranjero.* Deben ser traducidos al

castellano; pero si se presentan sin ese requisito, el juez deberá ordenar de oficio su traducción, enviándolos al Ministerio de Relaciones Exteriores o designando un traductor idóneo.

268)a. Existe obligación de presentar documentos siempre que la ley exija prueba escrita o lo precise la naturaleza de los hechos (BOL, 398; BRA, 366).

a) *Presentación del documento por la parte.*

En original (o en copia fotográfica, fotostática, fotocopia o procedimiento similar, GUA, 177) y en tantas copias como partes litigantes haya, el interesado puede presentar documentos (ARG, CBA, 241; MEX, 336) que siempre probarán en su contra (GUA, 177):

1) En cualquier estado del pleito (CHI, 348; PER, 409: documentos públicos; URU, 374; VEN, 317: documentos públicos) hasta el llamamiento de autos para sentencia, salvo:

1.1) que sean de fecha posterior (ARG, CBA, 241; SFE, 183);

1.2) que la peticionante jure no haber tenido antes conocimiento de ellos (ARG, CBA, 241; SFE, 183);

1.3) que la peticionante jure no haber podido adquirirlos oportunamente (ARG, CBA, 241);

2) después del llamamiento de autos y hasta la sentencia: a los fines de su comprobación, el juez debe hacer uso de sus facultades para decretar medidas para mejor proveer (ARG, SFE, 184);

3) en segunda instancia, cargando con los gastos que devengue la presentación tardía (ARG, SFE, 185; CHI, 348: no suspende la vista de la causa);

4) después del llamamiento de autos en segunda instancia: no tienen sustanciación, salvo medidas para mejor proveer que facultativamente decreta el tribunal (ARG, SFE, 185).

En PER, 409, no pueden presentarse como prueba autos judiciales ni expedientes administrativos en giro, sino sus copias certificadas.

Por supuesto, todo documento que se presente a juicio debe estar redactado en idioma castellano (BOL, 402; ESP, 601). Caso contrario se manda a traducir por perito: ARG, CBA, 246; BOL, 402 (si la parte pide traducción oficial, se la ordena a su cargo; si es el juez quien la considera necesaria, la ordena y los gastos se

prorratean entre las partes); COL, 260 (la traducción la efectúa un intérprete oficial, un traductor designado por el juez o el Ministerio de Relaciones Exteriores); COS, 272; CHI, 347 (si al tiempo de presentar el documento extranjero se agrega su traducción, valdrá ésta salvo que la contraria exija dentro de seis días que sea revisada por un perito); MEX, 330 (siempre que la parte contraria no esté de acuerdo —implícita o expresamente— con la traducción presentada por el solicitante de la prueba); PER, 408; ESP, 601 (la traducción puede ser hecha privadamente; de ser impugnada se remite el documento a la “Interpretación de Lenguas” para su traducción oficial).

b) *Exhibición de documentos (por la contraparte y por tercero).*

En cualquier estado del juicio puede solicitarse la exhibición de documento público o privado que se refiera a la materia controvertida, dando el peticionante la idea más clara posible acerca de su contenido (PER, 441). A tal fin, el peticionante debe describir la clase y demás características del documento (COL, 284; PER, 441) y afirmar que el mismo se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo (COL, 284).

Siendo admisible el pedido, el juez decreta la exhibición, fijando fecha, hora y lugar para llevarla a cabo (COL, 284).

1) *La parte litigante tiene la carga de exhibirlo* (ARG [NAC, 387: a solicitud de su contraria o del juez; BUE, 385; SFE, 173]; COL, 268; CHI, 349; GUA, 182; PER, 442) o de indicar el lugar donde se halla, si no lo posee (ARG [NAC, 387; BUE, 385; SFE, 173]; GUA, 182) cuando el juez la intima al efecto en un plazo determinado (ARG, NAC, 388; BUE, 386; SFE, 173).

Si no lo exhibe o, en su defecto, declara bajo juramento que no lo posee ni ha dejado de poseerlo para evitar su exhibición (ARG, SFE, 173), genera una presunción en su contra (ARG, NAC, 388; BUE, 386) o, más drásticamente, se tiene por exacta la copia presentada por quien solicitó la exhibición del original o pueden ser tenidas como exactas las afirmaciones hechas acerca de su contenido (ARG, SFE, 174; PER, 447).

Solución más completa se lee en COL, 285: “Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquélla se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si

no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale..." Se cumple con el mandato de exhibición poniendo a disposición del juez el documento, si es privado, o dando razón de la oficina donde existe el original, si se trata de documento público. En este caso, puede exigirse que se presente la copia en poder del obligado a la exhibición, si ha desaparecido el original (PER, 444).

Si lo que debe ser exhibido forma parte de un libro, expediente o legajo, se pone testimonio de lo que señala la parte que petitiona la prueba y se devuelve enseguida (COS, 272).

2) También un *tercero* ajeno al proceso tiene obligación de exhibir documento (ARG [NAC, 387; BUE, 385; SFE, 173]; COL, 283; CHI, 349: con tal que no sea secreto o confidencial y tenga relación directa con la cuestión debatida), cuando se lo intima al efecto (ARG [NAC, 389; BUE, 387]; COS, 273; CHI, 349; GUA, 181; PER, 442), pudiendo ser constreñido a ello (ARG, SFE, 175; CHI, 349) mediante orden de detención (PER, 448) (no en ESP, 603).

Si voluntariamente lo acompaña, puede solicitar su oportuna devolución (ARG [NAC, 389; BUE, 387]; COL, 284: se transcribe en los autos).

El tercero no está obligado a llevar el documento al tribunal, de ahí que la exhibición se realice en la casa u oficina del propietario del documento, donde el actuario va a testimoniario (COS, 273; CHI, 349; ESP, 603).

Puede oponerse alegando que el documento en cuestión es de su exclusiva propiedad y la exhibición puede acarrearle perjuicio, ante lo cual no se insiste en el requerimiento (ARG [NAC, 389; BUE, 387]; COL, 285: y "cuando gocen de reserva legal"; GUA, 181: en caso de negativa injustificada, el tercero queda sujeto al pago de daños y perjuicios a la parte interesada; PER, 443: queda

obligado a hacerlo si no se niega a ello dentro de tercero día; ESP, 603: salvo el derecho de quien lo requiere, que puede usar en el juicio correspondiente).

269. Documentos aducidos en copias y en periódicos oficiales. El requisito del registro

Cuando se trata de escrituras públicas y de expedientes judiciales, administrativos o de policía, el original pertenece al protocolo o archivo de la respectiva oficina, y, por lo tanto, para aducirlo como prueba es indispensable obtener copias autorizadas por el notario, el secretario del despacho judicial o el funcionario administrativo o de policía encargado del archivo o por el agente consular o diplomático del país en el exterior. Esas copias tienen el mismo valor probatorio que los originales; pero la parte contra quien se aducen puede solicitar, en las oportunidades probatorias normales, el cotejo con el original u otra copia auténtica anterior, mediante inspección judicial.

Cuando se ha perdido el original del documento público o el libro de registro y una persona posee copia auténtica, puede suplirse la copia que originariamente debe expedir el funcionario en cuya oficina se encontraba aquel original, mediante la que se obtenga directamente por el juez, con base en la que ese tercero conserva en su poder; si éste la presenta voluntariamente al juzgado, allí se saca la copia y en el caso contrario, puede exigírsele su exhibición. Si la copia presentada o exhibida tiene su nota de registro, se suple también con ella la pérdida del libro original en donde había sido registrada. Este procedimiento puede ser utilizado en los procesos civiles, laborales y de otra clase.

Se faculta a los notarios y jueces para autenticar copias mecánicas de documentos (fotocopias o xeroxcopias), previo el respectivo cotejo.

No es menester copiar siempre la totalidad del documento para aducirlo como prueba. Si contiene diversas materias, basta copia de lo pertinente que señale la parte, a menos que la contraria lo redarguya de falso o de nulo, caso en el cual se copia íntegro, o que pida que se adicione dicha copia con otras partes de la escritura y por su cuenta.

Cuando un instrumento público se encuentra inserto en un perió-

que el registrador la reprodujera otra vez. Si se trata de probar la tradición del dominio u otro derecho real en inmuebles o sus gravámenes, la constancia del registro es indispensable aun entre partes y para acreditar el dominio de tales bienes se acompaña también un certificado de dicha oficina de registro, en que conste que ese título no ha sido cancelado por ninguno de los medios legales y que los registros anteriores, en un período de veinte años, se han cancelado, de conformidad con la norma legal, hasta llegar al último vigente, o que el del título aducido tiene esa antigüedad por lo menos. Este certificado suple la falta de reproducción de la constancia del registro en la escritura.

Por lo general, las sentencias no necesitan registro para producir todos sus efectos sustanciales y probatorios entre las partes, salvo cuando aprueben particiones de bienes inmuebles o de herencias que contengan inmuebles, o impliquen mutaciones en el dominio o gravámenes sobre esta clase de bienes, pues ellas necesitan el registro para que esos efectos jurídicos sustanciales se produzcan entre las partes y con mayor razón frente a terceros. Pero ese registro se limita a esa parte de la sentencia.

Existen documentos privados sujetos al requisito del registro, para que se surtan los efectos sustanciales que con ellos se quiere producir; son ejemplos los documentos de prenda agraria e industrial. Entonces se aplica a ellos lo expuesto sobre falta de tal registro en las escrituras públicas (véase núm. 286). En otros casos, la inscripción del documento privado en el registro público de comercio se exige para que sus efectos sustanciales sean oponibles a terceros, pero no hace falta para que se surtan entre las partes.

Un documento privado protocolizado no adquiere autenticidad por ese hecho, ni mejora en ninguna otra forma su valor probatorio; pero facilita su custodia y la expedición de copias para hacerlas valer en procesos o extrajudicialmente.

Cuando se ha protocolizado en una notaría o agregado a un expediente judicial, de policía o administrativo, una copia auténtica de cualquier documento público o privado, puede aducirse como prueba del mismo la copia que de esa copia expida el notario o el funcionario encargado del archivo o expediente; es lo que suele denominarse copias

de copias. Si tanto el funcionario que expidió la primera copia, como el que autorizó la copia de ésta, tienen facultad legal para ello, y, por lo tanto, ambas copias se deben presumir auténticas, no existe razón alguna para negarle valor probatorio a la segunda. Igual conclusión se aplica cuando se trata de copia de una copia obtenida sobre otra copia original (copia en tercer grado) y así sucesivamente.

270. Documentos públicos, instrumentos públicos, escrituras públicas y documentos auténticos

No es correcto identificar el instrumento público y el auténtico ni definirlos como el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, pues se incurre en una clara impropiedad, porque si bien es cierto que todo instrumento público es auténtico, existen instrumentos privados auténticos cuando hay certeza sobre la persona que los ha firmado o elaborado. Tampoco se identifican los documentos públicos con los instrumentos públicos, pues éstos son una especie de aquéllos: los que consistan en escritos (véanse núms. 28 y 266).

Los artículos 251 y 252 del nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano corrigen esos errores y distinguen las tres clases de documentos y, además, las escrituras públicas. Los documentos públicos, en general, son los otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo, o con su intervención (aunque intervengan en ellos personas particulares). Los demás son documentos privados.

Por lo tanto, son documentos públicos (que comprenden los instrumentos públicos, cuando se trata de escritos, y los demás documentos) los escritos, los planos, croquis, fotografías, provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en ejercicio de sus funciones; las copias de documentos públicos expedidos formalmente por ellos; las certificaciones de los jueces y magistrados sobre hechos que pasan ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede constancia escrita en el proceso y sobre existencia de procesos y ejecutoria de providencias, ningún valor tienen los certificados de secretarios de juzgados o tribunales o de la Corte o el Consejo de Estado, porque su función se limita a autorizar con su firma los que expidan

los jueces y magistrados, los certificados de quienes llevan el registro del estado civil de las personas (inclusive los párrocos), dados con inserción de las actas correspondientes, y los originales de esos registros; las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos sobre todos aquellos hechos o situaciones que les están confiadas por razón de su empleo, esto es, cuando tienen a su cargo el control y archivo de tales asuntos, los periódicos y demás publicaciones oficiales, los documentos que emanan de representantes diplomáticos en el exterior, como escrituras, certificados, copias de sus archivos; los informes administrativos de funcionarios públicos sobre hechos conocidos en ejercicio del cargo, porque son una especie de certificación de tales hechos o de documento público testimonial⁴⁶⁴⁻¹.

La escritura pública es un instrumento público otorgado ante un notario o quien haga sus veces, firmado por éste en señal de que lo autoriza e incorporado al respectivo protocolo. Por consiguiente, ésta es una subespecie de los documentos públicos. Como lo expresa Couture⁴⁶⁴⁻², la escritura pública es “una representación de ciencia (lo que el escribano oye), de una representación de voluntad (lo que las partes quieren)”, o, agregamos, de otra declaración de ciencia (cuando las partes se limitan a dejar constancia de hechos o actos jurídicos anteriores).

En el otorgamiento de la escritura pública se distinguen las siguientes etapas: la de *recepción*, que consiste en la manifestación por las partes de las declaraciones que quieren hacer y su percepción por el notario (que pueden ser verbales o ir contenidas en la minuta o póliza o borrador que los interesados presenten); la de *extensión*, que es la escritura de esas declaraciones en el documento destinado a quedar en el protocolo de la notaría, o sea la extensión de la escritura; la *firma* de los comparecientes; la *autorización* por el notario mediante su firma, una vez completados los requisitos legales, que es la fe que imprime el notario al instrumento, ya que los interesados formularon esas declaraciones; la *protocolización* en el archivo de la notaría, que de hecho se produce automáticamente al quedar perfeccionada la escritura.

⁴⁶⁴⁻¹ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 43.

⁴⁶⁴⁻² COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 59.

El retraso en la firma del notario no es motivo para restarle eficacia a la escritura pública.

Los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública en ejercicio de sus funciones, son instrumentos públicos aunque dicho funcionario no tenga competencia para el caso en particular, porque éste puede ser un requisito para su validez sustancial, es decir, para la legalidad del acto contenido en ellos, pero si llega a faltar, no impide que éste sea un instrumento público, porque cumple los requisitos exigidos en la ley y por su naturaleza (por ejemplo: los escritos que contienen un decreto o una resolución inconstitucional y el oficio que contiene una orden o una comunicación ilegales de un funcionario público, en ejercicio del cargo, son indudablemente instrumentos públicos). Tampoco se necesita que el instrumento sea otorgado con las solemnidades legales; porque ello es un requisito para su validez y su eficacia probatoria, mas no para su existencia como tal, porque el defectuoso en la forma o por el procedimiento seguido para producirlo, es también un instrumento público (por ejemplo: una escritura pública sin los testigos actuarios que exija la ley, como en los testamentos, o sin otra de sus formalidades necesarias para su validez o para su eficacia probatoria), y lo mismo ocurre con la sentencia viciada de forma o la resolución administrativa incompleta, o la copia expedida por un funcionario público o un notario sin las formalidades legales. Son documentos públicos, aunque sean nulos o carezcan de eficacia probatoria. El instrumento público incompleto o nulo por incompetencia del funcionario o por defectos de forma, tendrá entre las partes que lo hayan firmado, el valor probatorio de documento privado (que será auténtico si el funcionario tenía facultades para la autenticación de las firmas), aunque por naturaleza sea público.

Las copias y originales de las declaraciones de patrimonio y renta, en las cuales se indican las personas a cargo del declarante en calidad de hijos, etcétera, no son documentos públicos, sino privados, porque provienen del particular declarante, y como no existe diligencia ni acto de reconocimiento de firma son además documentos inauténticos, que tampoco gozan de presunción de autenticidad porque en ninguna norma legal se consagra; por lo tanto quien las aduce debe probar su autenticidad, a menos que se produzca el reconocimiento expreso o tácito.

La presentación directa en procesos civiles de cualquier instrumento público es válida (véase núm. 268). Fue consagrada en el nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano (art. 183). Esto se aplica a lo laboral, penal, etcétera. Los jueces pueden ordenarlos de oficio.

Más adelante estudiaremos el valor probatorio de las escrituras y demás instrumentos públicos (véase núm. 279).

270.a)a. COL, 251, clasifica a los documentos en *públicos* y *privados*.

"Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es *instrumento público*; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina *escritura pública*" (COL, 251; ECU, 166).

b) Sin perjuicio de la enunciación que hacen las leyes de fondo de cada país, cuya compulsas excede los límites impuestos a estas anotaciones, y de conformidad con lo legislado *exclusivamente* en ordenamientos procesales, tienen carácter de *documento público*:

1) Las actuaciones judiciales de toda especie (MEX, 327; ESP, 596). En este concepto se incluyen los testimonios que el tribunal manda agregar durante el juicio, autorizados por el secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que sean auténticas (CHI, 342). También las certificaciones que expiden los jueces acerca de la existencia de procesos, de la ejecutoria de resoluciones y de hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita (COL, 262; ESP, 596);

2) Las certificaciones que expidan los directores de oficinas públicas sobre la existencia de actuaciones o procesos administrativos (COL, 262);

3) Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley (COI, 262; MEX, 327; PER, 400 y 402; ESP, 596).

Se incluyen en este concepto: las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, extendidas en los libros del registro civil o libros parroquiales (PER, 400; URU, 352; ESP, 596) y los certi-

ficados de nacimiento, matrimonio y muerte expedidos por jueces departamentales respecto de individuos no católicos (URU, 352). MEX, 327, dispone dar carácter de documento público a las "certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieren a actos pasados antes del establecimiento del registro civil, siempre que sean cotejadas por notario público o quien haga sus veces, con arreglo a derecho".

4) Las escrituras públicas y demás instrumentos extendidos por notarios conforme a las leyes (PER, 400; ESP, 596). Más latamente, los documentos originales, siempre que se hayan cumplido en su otorgamiento las disposiciones legales que le dan el carácter de documento público (CHI, 342; MEX, 327).

5) Las escrituras extendidas ante jueces de paz, por falta de notarios, desde que se protocolicen (PER, 400; ESP, 596).

6) Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriben para que hagan fe respecto de toda persona o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer (CHI, 342). También las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no son objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de un plazo legal dado (CHI, 342) y las que, objetadas, sean cotejadas y halladas conformes con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria (CHI, 342).

7) Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos (ESP, 596: y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente) o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados, en los Ayuntamientos o del Distrito Federal en MEX, 327.

8) Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones y universidades, siempre que estén aprobados por el Gobierno, y las copias certificadas que de ellos se expidan (MEX, 327; ESP, 597).

9) Las certificaciones expedidas por los agentes de Bolsa y corredores de comercio, con referencia al libro o registro de sus respectivas operaciones (ESP, 596). En MEX, 327, se exige que el corredor sea titulado.

10) Las certificaciones expedidas por las Bolsas Mercantiles o Mineras autorizadas por la ley (MEX, 327).

271. Documentos e instrumentos privados

Es documento privado el que no tiene carácter de público. Puede consistir en instrumentos, cuando se trata de escritos firmados o no, y en simples documentos no declarativos como mapas, cuadros, planos (véase núm. 248). Hay documentos privados firmados y no firmados, manuscritos o escritos en máquina o impresos, auténticos y no auténticos. Los hay también que gozan de presunción de autenticidad, por lo cual no es menester su reconocimiento ni la atestación de un funcionario público, como los instrumentos o efectos negociales (tales como cheques, letras, pagarés, bonos, cédulas, certificados de unidades de fondos de inversión, aunque hayan sido otorgados en el exterior)⁴⁶⁵. Esta clasificación influye en el valor probatorio del documento privado, como luego lo veremos (véanse núms. 280-281).

Ejemplos de instrumentos privados sin firma son los libros de contabilidad, los papeles domésticos, los asientos de corredores de comercio, las notas escritas sin firma en un documento público o en uno privado, las contraseñas, los tiquetes de pasajes para transportes aéreos o terrestres, los tiquetes para entrar a espectáculos, etcétera. La manera de llevarlos al proceso se estudió en el número 268.

También son documentos privados simplemente representativos (no declarativos) las fotografías, películas que no contengan reproducción de la voz humana (si la contienen son privados pero declarativos y representativos a la vez), mapas, pinturas, cardiogramas, encefalogramas, radiografías, etcétera; cuando han sido elaborados por particulares o por funcionarios públicos pero que no estén actuando en ejercicio del cargo y documentos privados declarativos las reproducciones mecánicas de la voz humana, en las mismas circunstancias.

En los procesos civiles, contencioso-administrativos y laborales se debe respetar siempre la reserva legal y el secreto profesional, cuando amparen el documento.

Las declaraciones de renta y patrimonio que se hacen al Estado para fines fiscales son documentos privados, porque se presentan ante un funcionario público pero éste no interviene en su elaboración ni

⁴⁶⁵ DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., Bogotá, t. V, núm. 746.

los autoriza; esto significa que les falta un requisito esencial para ser documento público. Tampoco son documentos auténticos, porque el declarante no se identifica al funcionario que las recibe, aun cuando es costumbre que la persona que las porta lleve el instrumento de identidad del declarante, pues esto no da certeza de que la firma que allí aparece haya sido puesta por él. Debe, pues, probarse su autenticidad si son tachadas de falsas esas firmas oportunamente o desconocidas en la diligencia de reconocimiento, como ocurre con cualquier documento privado no auténtico. Cumplida esa formalidad, la copia aducida por el declarante o sus herederos o cónyuge supérstite tiene el mérito probatorio de documento auténtico, sea la que permanece en poder del primero o la que se obtiene por el juez. Sin embargo, cuando se viole la reserva legal, al presentarla indebidamente, la prueba será ilícita y por lo tanto ineficaz (véase núm. 117, n).

En cuanto a las grabaciones magnetofónicas como documentos, véase lo que exponemos en el número 281.

Los escritos o libelos de demandas presentadas ante jueces o tribunales para iniciar procesos o en el curso de éstos, son documentos privados, como también los demás memoriales.

271.a)a. "*Documento privado* es el que no reúne los requisitos para ser documento público" (COL, 251), hecho por personas particulares sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada o por personas públicas en actos que no son de su oficio (ECU, 212).

MEX, 334, los enuncia así: "Vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos formados o firmados por las partes o de su orden y que no están autorizados por escribano o funcionario competente".

En PER, 410, pueden otorgarse en cualquier forma o idioma, salvo disposición contraria de la ley.

b) El documento que no tiene carácter de público por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, se tiene como documento privado si está suscripto por los interesados (BRA, 367; COL, 266; ECU, 183).

c) Los documentos privados deben presentarse a juicio en su versión original (MEX, 337; ESP, 602).

Cuando se trata de libros, expedientes o legajos, se exhiben para que se compulse la parte que señala el interesado; la diligencia se practica en el escritorio del establecimiento donde se hallan, sin que sus directores estén obligados a llevar al tribunal los libros de cuentas ni a más que a presentar las partidas o documentos designados con toda precisión al momento de efectuarse el ofrecimiento (MEX, 337). Igual solución se verifica respecto de documentos que obran en poder de terceros, si no quieren desprenderse de ellos (ESP, 602).

272. Documentos con o sin firma. Qué se entiende por firma

Se entiende por firma la *signatura autógrafa del documento*⁴⁶⁶, es decir, el escribir una persona su nombre, sea o no inteligible, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él, o para dar fe de su otorgamiento como testigo actuario, o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público. Hablamos de *autor jurídico*, para distinguirlo de quien elabora o escribe un documento (autor material) por encargo de otra persona, en cuyo caso ésta tiene aquella calidad.

La firma del funcionario público (juez, notario, secretario, empleado administrativo o de policía) es indispensable para que exista el *instrumento* público, pues sin ella no se considera autorizado por él. La firma de quienes intervienen como partes en un instrumento público es requisito para su validez, a menos que se supla en la forma que la ley autorice, como por la de otra persona a quien se ruegue que firme por quien no sabe o no puede hacerlo, ante el funcionario público que lo certifique, o por la del testigo que, autorizado por el funcionario notificador, firma la diligencia de notificación personal de una providencia judicial, por quien se niega a firmarla (véase núm. 274). La firma del autor de un documento privado puede ser suplida por la de otra persona a quien aquél ruegue que firme por él, y tal ruego puede probarse por la certificación del notario o juez ante quien se reconoce por el autor del documento, o por confesión de éste, o por testimonios de quienes hayan presenciado el acto sea que también lo hayan firmado o no.

⁴⁶⁶ GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 406.

Hay *documentos* públicos que no requieren firma de nadie para producir sus efectos probatorios, como los periódicos y demás publicaciones oficiales, los mapas, planos, cuadros, que obran en archivos oficiales, elaborados por funcionarios públicos; pero en este caso es indispensable autenticar la copia que se aduzca al proceso.

Cuando el documento privado es manuscrito, pero no firmado, puede suplirse la firma de su autor mediante confesión; también por el testimonio de personas que hayan presenciado cuando aquél lo manuscibió, o por una prueba grafológica sumada a indicios o testimonios, siempre que en estos casos no quede duda acerca de que se perfeccionó el acto documentado y no se trató de un simple proyecto. Rechazamos la tesis de Ricci de que sin firma no puede existir documento privado⁴⁶⁷. Pero es indispensable distinguir tres situaciones en el instrumento privado sin firma: a) cuando es manuscrito por la parte contra quien se opone y contiene únicamente declaraciones de ciencia, es suficiente probar su autenticidad, por cualquier medio, para deducir de su contenido una confesión extrajudicial de su autor jurídico (son ejemplos los papeles domésticos, las notas puestas por el acreedor al margen o al dorso de escrituras que siempre han estado en su poder o que las tiene el deudor); b) cuando el manuscrito de dicha parte contiene declaraciones de voluntad o dispositivos (como venta de muebles o un contrato de mutuo), para que se produzcan sus efectos jurídicos sustanciales en contra de su autor o de sus autores, es indispensable probar, además de su autenticidad, que el acto jurídico se perfeccionó y que tal escrito quedó como constancia histórica, a pesar de no haberse firmado y que no se trató de un proyecto o minuta, pues por regla general es la firma, personal o por otra persona a ruego, la prueba de que se perfeccionó el acto jurídico y de que se produjo el necesario consentimiento o acto de voluntad (el reconocimiento judicial de haberse redactado o manuscrito ese proyecto o esa minuta, no implica la confesión de haberse perfeccionado el acto jurídico o adquirido las obligaciones que allí se relatan y apenas servirá de indicio); c) si el documento privado no ha sido firmado ni manuscrito por la parte contra quien se opone o su causante a título universal, sólo tendrá valor pro-

⁴⁶⁷ RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 95.

batorio si fuere aceptado expresamente en cuanto a su otorgamiento y a que su contenido corresponde a la realidad y no a un simple proyecto, por aquélla o por sus causahabientes, y en los demás casos el acto debe probarse por otros medios (confesión, testimonios, indicios), siempre que no requiera prueba documental solemne.

Cuando la ley exija documento público como formalidad especial para la existencia o la validez de un acto jurídico, el documento privado auténtico, firmado o no, sirve apenas para probar los antecedentes del acto y para interpretar sus disposiciones cuando no sean claras, o para probar el cumplimiento o la simulación; pero de ninguna manera para suplir dicha formalidad. También pueden servir de principio de prueba por escrito (véase núm. 193).

Los libros de comercio tienen una regulación especial (véase núm. 285).

273. Cómo se debe firmar. Requisitos legales

No existe ningún requisito formal para la firma de documentos privados; por consiguiente, puede ser o no legible, completa o parcial, con o sin ortografía, en el idioma nacional o extranjero aun cuando éste no use el mismo alfabeto (como el árabe, el chino o el japonés en relación con el español) e inclusive puede estar formada por signos caligráficos que no constituyen letras y son de frecuente uso. Sólo importa que se obtenga la autenticidad de la firma por reconocimiento de su autor o mediante testimonios, peritaciones e indicios, o que se presuma legalmente su autenticidad.

La firma de las partes, del notario y de los testigos en las escrituras públicas, por el contrario, debe ser completa, con el nombre y el primer apellido, sin que puedan usarse signos y abreviaturas o iniciales; pero si los otorgantes y los testigos de abono u otras personas que hayan intervenido en el acto, no firman con su nombre completo, no queda nula la escritura cuando sean personas conocidas del notario ante quien se otorgó. Cuando una persona use habitualmente una firma ilegible, es conveniente que la ponga así en la escritura y al lado escriba su nombre completo; algunos notarios lo exigen, con buen criterio, pero no es indispensable. Las copias de estas escrituras se rubrican por el

notario en el margen de todas las hojas (sin que sea necesaria la firma completa) y se autorizan al final con su firma entera, expresándose la fecha de expedición, el número de folios y para quién y por qué se expiden.

En las actuaciones judiciales, los funcionarios deben usar firma entera, nombre y apellido, acompañada de antefirma, pero si no lo hacen así tienen valor y sólo hay lugar a una multa, en Colombia. Las partes y demás personas que intervienen en la secuela del proceso pueden firmar de cualquier manera en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; en los penales se les exige firma completa.

El retardo de la firma del notario, en la escritura pública, no afecta su validez ni su eficacia.

En materias eclesiásticas, cuando una persona ha cambiado su nombre o lo adiciona con la denominación de la investidura del cargo, es válida su firma en la última forma. Si en la vida civil una persona ha cambiado de nombre, con las formalidades legales, debe seguir utilizando el nuevo, pero si por error usa el anterior y se prueba su autenticidad, el acto será válido. Si la persona tiene varios nombres y suele utilizar varios apellidos (por ejemplo, el paterno y materno, como es costumbre española e hispanoamericana), basta que firme con uno de aquéllos y el primero de éstos, para que se considere completa su firma. Si se firma con un seudónimo o un nombre distinto, pero que usualmente se utiliza, el acto es válido si se prueba su autenticidad, es decir, quién es realmente la persona que suscribió el documento, pues de lo contrario sería favorecer la mala fe. La ley de propiedad intelectual declara autor de una obra "al individuo cuyo nombre o *seudónimo conocido* esté indicado en ella".

La firma con sellos u otro medio mecánico que la reproduzca fielmente no está autorizada para ningún acto público y carece de valor para los privados, a menos que una norma legal la autorice para el caso concreto; precisamente el artículo 827 del Código de Comercio colombiano, dice que la firma que proceda de medios mecánicos se considerará suficiente en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan, y los artículos 621 y 665 del mismo Código la autorizan para la creación de títulos valores, bajo la responsabilidad de su creador

(pudiendo ser un signo o contraseña) y para el endoso de cheques entre bancos, respectivamente.

Cuando las firmas de los otorgantes de un instrumento público son ilegibles, como el funcionario que las autoriza da fe de que quienes figuran allí lo han suscripto efectivamente, gozan de la presunción de autenticidad propia de esta clase de documentos, mientras no se pruebe lo contrario; precisamente, para firmar cualquier documento público es indispensable identificarse ante el notario o funcionario competente, con la cédula respectiva, aun cuando se trate de personas conocidas de aquéllos. Lo mismo ocurre si se trata de documentos privados que se presumen auténticos, como los instrumentos negociables o títulos valores (véase núm. 277); en los demás instrumentos privados será necesario probar su autenticidad, lo mismo que cuando es legible.

El artículo 828 del Código de Comercio colombiano exige que la firma de los ciegos en contratos mercantiles por documentos privados, sea autenticada siempre por juez o notario previa lectura por éste o aquél del respectivo documento, sin cuya formalidad no los obliga. Esta norma se aplica por analogía, a los actos y contratos civiles, laborales y administrativos.

No existe norma legal que impida ayudar a una persona en el acto de estampar su firma, bien sea porque lo requiere debido a una relativa incapacidad física o porque su escasa habilidad caligráfica lo exija, siempre que sepa leer y escribir y que solicite esa ayuda y se encuentre en situación de completa conciencia de su acto. Teóricamente tampoco puede objetarse este procedimiento, pues se trata de un acto libre y consciente. Si la persona apenas sabe dibujar su firma, pero no leer y escribir, debe firmar otra por ella y a su ruego (véase núm. siguiente).

Por último, recordamos que las escrituras públicas se deben firmar al final. La misma regla se aplica a los demás instrumentos públicos, como copias, sentencias, diligencias judiciales, decretos y resoluciones, etcétera. Esta precaución impide que se adicione dolosamente el instrumento, y se complementa con la exigencia de que toda corrección, borradura o tachadura debe ser salvada repitiendo íntegramente las palabras enmendadas, subrayadas o sobrepuestas, indicándolas si se tachan o se adicionan o corrigen y con el complemento de la expresión

“sí valen” o “no valen”, u otra similar, seguida de las firmas de quienes intervinieron en la escritura y del notario; si así no se hace, no vale la corrección o adición y se dará cumplido crédito a lo primitivamente escrito.

Lo natural es que también los instrumentos privados se firmen al final. Es una sana costumbre firmar además al margen de los demás folios, para evitar que se cambien dolosamente, como ha sucedido, como también otorgar por lo menos dos ejemplares del documento, para que cada parte conserve uno y pueda así probar fácilmente cualquier alteración o agregación. Las tachaduras, correcciones e interlineaduras se salvan como en las escrituras públicas.

274. De la firma por otro a ruego de quien no sabe o no puede firmar

Hemos visto que quien no sabe o no puede firmar, puede rogar a otra persona para que lo haga en su lugar y en su nombre, salvo cuando la ley lo prohíba expresamente, como sucede para los testamentos cerrados. Se trata de un mandato especial. El mandatario firma con su propio nombre, pero debe advertir, bien con su propia letra o con la de otra persona o en máquina o por un sello elaborado para el caso, que lo hace a ruego del mandante, identificándolo con su nombre y apellido.

Si se trata de instrumentos públicos, tanto el rogante como el rogado deben identificarse ante el funcionario que lo autoriza, con la exhibición de documento de identidad y en las escrituras públicas el notario debe hacer imprimir la huella dactilar del rogante y dejar testimonio de ello. Si es un instrumento privado, la omisión del número de la cédula o la tarjeta de identidad no invalida el acto ni la firma, pero si no ocurre ante un funcionario público que dé fe del ruego o mandato, ni posteriormente se reconoce por el rogante expresa o implícitamente, es indispensable que por lo menos dos testigos lo hayan presenciado; para los actos mercantiles suele que además se impriman en el documento las huellas digitales o plantares del otorgante-rogante; es un requisito similar al exigido para las escrituras públicas; en el último caso, si los testigos del instrumento lo firman, tiene la fuerza

de prueba sumaria, es decir, se tiene por auténtico mientras las partes a quienes se opone no lo tachen de falso, pero si esto ocurre, corresponde a quien aduce el documento probar tanto la autenticidad de la firma del rogado, como el acto del ruego o mandato, lo que puede hacerse por confesión, por testimonios de quienes lo hayan presenciado (como de quienes firmaron como testigos instrumentales o de otras personas presentes en el acto), por cotejo grafológico sumado a indicios graves y concordantes.

Cuando se trata de documentos privados que gozan de presunción de ser auténticas todas las firmas que en él aparecen (véase núm. 277), no es preciso probar la autenticidad de la firma del rogado, pero sí el ruego o mandato para que éste firmara por quien figura otorgándolo jurídicamente, pues no existe ninguna presunción de que tal acto sea cierto; sin que aparezca tal prueba, el documento no presta mérito ejecutivo. Precisamente, el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil colombiano exige que en estos casos el reconocimiento del documento firmado a ruego comprenda que se extendió a su orden, que el signatario obró a ruego suyo y que es cierto el contenido; en los demás casos basta reconocer la firma o manuscrito (véase el núm. 277).

Una especie peculiar de firma a ruego se presenta cuando alguien se niega a firmar el acta de su notificación personal de cualquier providencia judicial y firma por ella otra persona que haya presenciado el acto, rogado por el secretario o el empleado notificador (no por quien se abstuvo de firmar); pero si el notificado no sabe o no puede firmar, lo hace en su nombre el testigo que haya presenciado la notificación, y entonces existe el ruego o mandato de aquél para éste. Esta norma se aplica a los casos de testigos o partes absolventes de interrogatorios o asistentes a inspecciones u otras diligencias judiciales, cuando se nieguen a firmar o no sepan o no puedan hacerlo, por ser análogos; pero de la negativa basta que el juez deje la respectiva constancia.

275. De la firma de documentos en blanco o con espacios sin llenar

La sola firma en un papel u otro material no constituye un documento, porque nada representa y solamente es prueba del acto mismo

de estamparla allí; sin embargo, cuando quien firma un papel en blanco lo hace con la finalidad de que él mismo u otra persona le incorpore un texto que represente una declaración de voluntad de carácter dispositivo (por ejemplo, los términos de un contrato o el reconocimiento de una deuda), está ejecutando un acto preconstitutivo del documento que quedará formado una vez que ese texto quede escrito (véase núm. 272).

Cuando se firma un papel parcialmente escrito o impreso, para que la misma persona u otra llene los claros (por ejemplo, un formulario de letra de cambio o de pagaré, sin escribir la suma ni la fecha de vencimiento), existe el documento desde el momento en que se estampa la firma y aun cuando esté incompleto tiene valor probatorio inmediato.

Nuestras leyes autorizan la creación de documentos privados en blanco o con espacios en blanco, para ser llenados posteriormente. En los instrumentos públicos es impertinente e inaceptable la hipótesis de la firma en blanco o con espacios sin llenar. Nada impide, en cambio, que se autentique un documento privado con su texto incompleto o con espacios en blanco, porque la autenticidad se refiere a su firma u origen.

Siempre que se firme un papel en blanco o con espacios sin llenar, el reconocimiento de la firma, o el gozar ésta de presunción de autenticidad, hace presumir cierto el contenido, a pesar de que quien lo suscribió alegue que fue llenado de manera distinta de lo convenido; pero puede probarse contra lo escrito, mediante cualquier medio, inclusive testimonios, acreditando que la firma se estampó en esas condiciones y cuál era el convenio para llenar el texto, porque se trata de probar el hecho ilícito del abuso de confianza (véase núm. 190, b, 1). Sin embargo, los terceros de buena fe exenta de culpa que hayan adquirido derechos con base en ese documento, no pueden ser perjudicados por la prueba en contrario, como sucede con el caso de simulación (véase núm. 192); pero si el documento o el papel firmado en blanco fue sustraído o adquirido por la fuerza y no entregado voluntariamente por quien lo firmó, la situación es diferente si éste prueba tal circunstancia, porque hay una nulidad absoluta cuyos efectos se surten contra cualquier tercero, sea o no de buena fe, pues sería absurdo considerarlo como un acto jurídico que deba vincular a aquella persona.

como lo dicen Carnelutti, Planiol y Ripert y Antonio Rocha⁴⁶⁸, se exceptúan los instrumentos negociables, porque el tenedor en debida forma goza de la presunción de derecho de entrega normal, aun en este caso⁴⁶⁹; es decir, los títulos valores del Código de Comercio.

276. Reconocimiento expreso, implícito o ficto de documentos privados. Su naturaleza, efectos y trámites

El reconocimiento es el acto expreso o implícito, en virtud del cual el autor jurídico del documento o sus causahabientes le otorgan autenticidad, sea espontáneamente o por citación judicial a solicitud de parte interesada, o por no tacharlo de falso, en el término señalado por la ley procesal.

El reconocimiento puede recaer sobre documentos privados suscriptos por la misma persona que los reconoce o por su causante o firmados por otra a ruego de aquéllos, y también sobre documentos manuscritos por las mismas personas, aun cuando no estén firmados por ellas, e inclusive sobre documentos que ni llevan firma ni sean manuscritos. Precisamente el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil colombiano dice que puede pedirse el reconocimiento judicial de cualquier documento privado, sin exigir que tenga su firma, y el artículo 269 contempla los manuscritos y los no manuscritos que no lleven firmas.

Puede ocurrir que una persona confiese o admita que solicitó de otra la elaboración de un documento que no lleva su firma ni ha sido manuscrito por ella, ni firmado por otro a ruego; pero entonces no existe propiamente reconocimiento del documento, sino confesión o admisión del encargo o mandato para su elaboración, lo cual no significa que el acto documentado se haya perfeccionado.

El reconocimiento puede ser *judicial* cuando ocurre ante el juez

⁴⁶⁸ CARNELUTTI, *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. II, ps. 432 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana, 1945, t. VII, núm. 1451; ROCHA, ob. cit., p. 503.

⁴⁶⁹ ROBLEDO URIBE, Emilio, *Instrumentos negociables*, Bogotá, 1959, ps. 324-326; SALAZAR GRILLO, Arturo y ARANGO, José, *Instrumentos negociables*, Bogotá, 1969, ps. 53-57.

de la causa o ante otro cualquiera antes o en el curso del proceso al cual se presenta como prueba, sea a solicitud de parte o por disposición oficiosa del juez; es *extrajudicial*, cuando tiene lugar ante un notario o el capitán de un buque marítimo de línea de navegación de altura; es *espontáneo*, cuando no está precedido de una citación judicial para que se declare si reconoce o no; es *provocado*, cuando es el resultado de una tal citación; es *expreso*, cuando quien concurre espontáneamente o es citado para ello, manifiesta que es suya la firma del documento o que fue puesta por su causante o por otra persona a nombre y por ruego suyo o de su causante (aun cuando no lleve firma), o si fue registrado en una oficina pública por quien resulta obligado por sus estipulaciones; es *implícito*, cuando por no cumplir la carga procesal de atender la citación para la diligencia de reconocimiento, sin una causa que justifique su incomparecencia, o por negarse a prestar el juramento que la ley exige para el acto o a contestar categóricamente la pregunta acerca de la autenticidad del documento, el juez ante quien se solicitó la diligencia, en el curso de un proceso o como medida previa, dispone que se tenga por reconocido, y también cuando habiendo obrado en un proceso en que es parte la persona obligada o su causante a título universal, se afirme por quien lo presenta que fue suscripto o manuscrito por la parte contra quien se opone y no fue redargüido de falso oportunamente por quien se afirma sea su autor o se desconoce por el heredero, sea que se presente original o en fotocopia o xerox copia auténtica de documento no auténtico, que reproduzca la firma o el manuscrito (si la copia no es auténtica, ni se reconoce expresamente por la parte contraria, no se produce el reconocimiento implícito, sino que quien la presenta debe probar su autenticidad mediante cotejo si existe el original u otra copia auténtica o por otros medios en el caso contrario o cuando estaba incluido el reconocimiento en un pliego para interrogatorio de parte y ésta no concurre o elude responder). Estos textos son aplicables a los procesos civiles, laborales, fiscales y contencioso-administrativos; pero los tres últimos no a los penales, porque en éstos no existe reconocimiento implícito, ni confesión implícita.

Cuando la parte esté representada por curador *ad litem*, el no tachar éste el documento no lo hace presumir auténtico y no se puede

citar a ese curador para diligencia de reconocimiento. En cambio al apoderado con facultad expresa para confesar sí se lo puede citar.

Cuando quien reconoce su firma es un ciego, el juez o notario debe leerle previamente el documento y dejar constancia de esto en el acta.

El reconocimiento espontáneo puede hacerse ante cualquier juez competente o ante un notario. Es competente para el reconocimiento provocado extraproceso cualquier juez. Si es reconocimiento voluntario, son competentes los jueces del circuito y municipales, a prevención, y los notarios, inclusive del lugar en donde se encuentre de tránsito quien lo hace, porque se trata de diligencia que no tiene contraparte, ni carácter de proceso (creemos que el reconocimiento voluntario ante un juez de otra jurisdicción, como laboral o penal, tiene pleno valor en un proceso civil, y viceversa, porque también ellos dan fe del acto; no sucede lo mismo con el hecho ante un funcionario no jurisdiccional, como un alcalde o comisario de policía, pero será una prueba muy importante, de confesión extrajudicial cierta, para demostrar su autenticidad).

Respecto al trámite de la diligencia para provocar el reconocimiento, observamos lo siguiente:

a) La solicitud para provocar el reconocimiento judicial fuera o dentro de un proceso, se formula acompañando el documento o su fotocopia o fotografía y si se encuentra protocolizado puede suplirse con la copia notarial.

b) La solicitud puede formularla quien tenga cualquier interés en el documento, por haberlo suscripto también, o porque lo beneficie o perjudique o piense aducirlo como prueba en un proceso.

c) Basta pedirle al juez que ordene la citación de la persona con quien debe surtirse la diligencia, para esos efectos, señalando su domicilio o residencia si se trata de diligencia extraproceso, o indicando simplemente la parte que debe ser citada, si se pide dentro de proceso (porque aquel dato obra ya en el expediente).

En el caso de que el documento esté suscripto por mandatario o representante, se podrá citar indistintamente a éste o al mandante, y el reconocimiento que haga el primero produce todos sus efectos contra

el segundo, pero se aclara que debe probarse la existencia del mandato en la fecha en que fue suscripto el documento, pues de lo contrario se carecería de facultad para obligar al mandante; pero no hace falta que subsista en el momento de la citación. Igualmente se necesita esa prueba adicional para que mediante el reconocimiento espontáneo de ese mandatario se tenga el documento como auténtico y proveniente del mandante, con efectos contra éste (véase núm. 277).

Puede suceder que haya habido un cambio de mandatario con posterioridad a la firma del documento; entonces no se puede citar para el reconocimiento al segundo mandatario para que reconozca la firma del primero, sino al mandatario que lo firmó. Pero sí puede citarse al mandante, en vez de a aquél, sin que en tal caso pueda limitarse a manifestar que no reconoce la firma, porque no le consta que sea la de su mandatario, sino que debe cerciorarse de la autenticidad o falsedad de ella. Pero es más producente citar al mandatario.

d) La citación se hace personalmente y en la providencia debe señalarse el día, la hora y el lugar para la diligencia, este último es normalmente el despacho del juez, pero las personas enfermas o imposibilitadas físicamente para concurrir a aquél, pueden pedir que la diligencia tenga lugar en su casa, antes de que se decrete o como reposición del auto que la ordenó, e inclusive antes de la fecha señalada (en el último caso podrá el juez trasladarse a la dirección indicada, sin necesidad de auto que lo diga), siempre que se acompañe prueba siquiera sumaria. Al citado se le recibe juramento de decir la verdad en su declaración, normalmente antes de ser preguntado, pero si se cumple esta formalidad después, es perfectamente válida, y si se omite, pero se hace el reconocimiento, éste produce todos sus efectos, tal como ocurre para la confesión provocada (véase núm. 154, m).

e) Si la diligencia tuvo lugar fuera de proceso, se devuelve el documento a quien lo presentó, si fue reconocido, dejando en el juzgado copia de aquélla y del respectivo documento, pero si es redarguido de falso y se propone la tacha en oportunidad debe tramitarse ésta.

f) Si se trata de documento firmado por la persona citada, basta preguntarle y que ésta conteste si es o no suya la firma que en él aparece y el reconocimiento de ésta hace presumir cierto su contenido, pero si fue firmado a su ruego por otro, debe preguntársele, y está

sujeto a la carga de contestar, si rogó esa firma, si se extendió por su orden y si es cierto su contenido; si es un documento manuscrito pero sin firma, debe preguntársele si lo extendió de su puño y letra y si es cierto su contenido. Si a los sucesores o al mandatario citados no les consta que la firma o el manuscrito no firmado proviene de su causante o mandante, así podrán expresarlo.

g) El citado puede dejar las constancias y aclaraciones que desee, sobre la firma del documento, su elaboración o su contenido.

h) Terminada la diligencia se firma por el juez, el declarante citado y el secretario, pero si el segundo se niega a firmar, basta que el juez deje la respectiva constancia.

i) Si el citado no comparece, se procede a declarar su reconocimiento ficto, de acuerdo con lo regulado en la ley procesal.

El documento que adquiere autenticidad, en razón de la anterior diligencia, conserva ese carácter en proceso posterior entre las mismas partes o con terceros.

j) Por último, observamos que para impedir que se surta el reconocimiento ficto, por la parte contra quien se aduce el documento y fue citada para la diligencia, pueden adoptarse dos posiciones: 1ª) manifestar simplemente que no se reconoce o que se rechaza o algo similar que indique claramente la voluntad de no reconocerlo, sin necesidad de formular una tacha por falsedad; 2ª) manifestar además que la tacha es de falsedad, en la misma diligencia. El negarse a jurar o declarar o la respuesta evasiva, implica reconocimiento ficto.

Si el citado no desconoce la firma ni alega alteraciones materiales, sino que niega el valor jurídico o el mérito probatorio, o alega que el contenido no es cierto a pesar de que sí es suya la firma del documento, es decir, no obstante ser auténtico, ya se tratará de discutir los efectos jurídicos o probatorios que es punto ajeno a la diligencia y debe ser examinado en la sentencia (en el primer caso) o de alegar una falsedad intelectual o ideológica que también se refiere al mérito probatorio y a la posible simulación del acto documentado o de la declaración formulada, lo que también es cuestión ajena a la diligencia. En ambas hipótesis no hay rechazo de la autenticidad de la firma, por lo cual se surte el reconocimiento.

Téngase en cuenta que una vez desconocido o rechazado simplemente el documento, la parte que lo adujo tiene la carga de promover el trámite para "verificar su autenticidad" y que también tiene la carga de probar la autenticidad. Sin embargo, el juez puede promover dicho incidente o diligencia de oficio, si considera el documento una prueba importante, sin que esto altere la carga de demostrar su autenticidad.

Si el documento fue presentado oportunamente y la parte contra quien se aduce no lo tachó de falso en la oportunidad señalada en la ley procesal, se tiene por reconocido siempre que quien lo adujo hubiera afirmado estar suscripto o haber sido manuscrito por dicha parte; entonces sobra la diligencia de reconocimiento, por lo cual se debe desistir de ella y el juez puede negarla por superflua. Esto se aplica a cuando se presenta fotocopia o xerocopia auténtica de documento privado no auténtico pero suscripto o manuscrito por la parte contra quien se opone (véase núm. 276).

No existirá tacha de falsedad, ni simple rechazo, del documento, para impedir que se surta su reconocimiento, cuando sólo se discuta su valor jurídico.

Hay también reconocimiento ficto, por quien aporta al proceso el documento privado, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.

Puede provocarse el reconocimiento, con iguales efectos, en interrogatorio de parte.

Cuando el documento proviene de terceros, el silencio de la parte contra quien se aduce como prueba no produce el reconocimiento tácito, porque éste procede únicamente respecto de quien fue su autor o coautor, de sus herederos y del cesionario de los derechos que en él se constituyen o reconocen, pero sí opera contra los herederos o cesionarios del autor del documento.

Téngase en cuenta que el reconocimiento del manuscrito no firmado tiene diversas consecuencias jurídicas, según se trate de escrito simplemente declarativo o de escrito que contiene actos de voluntad o dispositivos: en el primer caso sirve siempre de prueba histórica del hecho narrado en ese escrito, pero en el segundo es indispensable demostrar, por otros medios, como confesión o testimonios (el manuscrito sirve de principio de prueba escrita), que el acto jurídico dis-

positivo perfeccionó, a pesar de no haberse firmado ese documento, como lo explicamos en el número 272.

276.a) *a. Reconocimiento*

Todo documento privado requiere ser reconocido por la parte contra quien se intenta hacer valer (ARG [CBA, 248; SFE, 176]; BRA, 369; GUA, 184; MEX, 335: puede exigirse el reconocimiento expreso si así lo pide el solicitante de la prueba; PAR, 141; PER, 413; ESP, 604: bajo juramento).

A tal efecto, la parte contra quien se presenta documento tiene la carga de declarar si le pertenece la firma que se le atribuye como emanada de ella o de algún causante suyo (ARG, CBA, 192; COL, 272; COS, 274; ECU, 215: no requiere se declare que es verdadera la obligación o cierto el contenido del documento; URU, 360; VEN, 324).

Salvo el caso de reconocimiento implícito, el juez convoca al interesado, sus herederos, representante o mandatario con facultades suficientes (COL, 272; GUA, 184; MEX, 339; PER, 414; ESP, 604) a fin de que expresen si admiten o no la autoría de la firma y la verdad del texto, presumiéndose, por el silencio, que lo tienen por verdadero (BRA, 372: sin embargo, cesa tal admisión si el documento fue obtenido por error, dolo o violencia; VEN, 324). En PER, 416, deben agregar si tiene alteraciones, indicando en su caso en qué consisten. PER, 419, expresa que si el documento está suscripto con facsímil, iniciales, sello u otro medio análogo, se pregunta a quien va a reconocerlo si él puso o hizo poner el facsímil, iniciales o sello.

Los sucesores pueden limitarse a declarar que ignoran si la firma es de su causante (COL, 289; PAR, 142; URU, 360). El reconocimiento efectuado por un heredero no perjudica a los coherederos (GUA, 184; PER, 422).

Si una persona que no sabe o no puede firmar hizo que otra persona firmara por ella, las dos hacen el reconocimiento, bastando—en todo caso—el que haga el obligado (GUA, 184). PER, 418, exige la presencia de los dos y el otorgante debe manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto y si nota alteraciones, las que debe señalar en caso afirmativo.

Los documentos privados suscriptos por representantes legales de quien no puede ejercer por sí mismo sus derechos civiles, son

reconocidos por éste si es apto al tiempo del reconocimiento; caso contrario, por su representante actual (PER, 424).

El documento presentado en copia o reproducción exacta por medio de la fotografía, la prensa u otro procedimiento semejante es reconocido de la misma forma que si fuese original (PER, 421).

El reconocimiento vale aun hecho ante juez incompetente (PER, 432).

Reconocida la firma se tiene por verdadero el contenido del documento privado (PER, 430).

b) *Cotejo*

Si el requerido para reconocer documento niega su firma o no reconoce la atribuida a otra persona (ARG [NAC, 390; BUE, 388; CBA, 249 y 242; SFE, 179]; COS, 279; GUA, 188; MEX, 341: la norma alcanza al documento público que carece de matriz; PAR, 141; PER, 435; URU, 362; VEN, 326) o está muerto, o está ausente o es inhábil y cuando el extraño al proceso practica el reconocimiento en forma evasiva (PER, 434) (también respecto del documento público que carece de matriz y no puede ser reconocido por el funcionario que lo emitió, ESP, 606), procede su comprobación mediante cotejo de letra hecho por perito en la materia (si la negativa es insincera, se multa a quien la hizo: ARG, CBA, 250).

Toca a la parte que presentó el documento negado, probar su autenticidad (VEN, 325). A tal fin, al ofrecer los puntos de pericia, el interesado debe indicar concretamente el documento indubitado que servirá de base de cotejo al perito (ARG [NAC, 391; BUE, 389; CBA, 249 y 243]; COS, 280: si no lo hay y se trata de documento público, se tiene a éste por eficaz; si es privado, el juez aprecia su valor en combinación con las demás pruebas; CHI, 351; MEX, 342; ESP, 607; id. COS).

A efectos de que las partes puedan acordar cuál será el documento indúbido que servirá a la pericia, el juez cita a las partes a una audiencia (PER, 436; VEN, 327; ESP, 607). PAR, 147, la norma así: "Los interesados deben asistir en persona, y en caso de ausencia o impedimento grave, por medio de apoderado con poder especial. No compareciendo, serán citados nuevamente, con el mismo objeto y bajo apercibimiento, y si tampoco comparecieren a esta segunda citación, el juez desechará el documento,

si la falta de asistencia procede del interesado en la comprobación, o lo dará por reconocido, si procediere de la contraparte, no mediando, en ambos casos, el impedimento determinado en la segunda parte del art. 128" (impedimento físico absoluto, acreditable por certificado médico).

Si existe acuerdo de partes, se tomará el documento por ellas señalado para efectuar la pericia (COS, 281; CHI, 352; MEX, 343; PER, 437; VEN, 328; ESP, 608).

Si no hay acuerdo de partes respecto de cuál será el documento indúbuto, el juez puede tener por tal:

- 1) Escrituras públicas o documentos auténticos (ARG [NAC, 393; BUE, 391]; COL, 293; COS, 281: si se trata de cotejar la firma del otorgante, sólo el documento original; CHI, 352: "no tachados de apócrifos o suplantados"; PAR, 148; PER, 437: "y documentos protocolizados"; URU, 364; VEN, 328; ESP, 608);
- 2) documentos privados reconocidos en juicio por la persona a quien se atribuye el que sea objeto de la peritación (ARG [NAC, 393; BUE, 391; CBA, 248; SFE, 180]; COL, 293; COS, 281; CHI, 352; MEX, 343; PAR, 148; PER, 437; URU, 364; VEN, 328; ESP, 608);
- 3) el mismo documento impugnado, en la parte reconocida como cierta por el litigante a quien perjudica (ARG [NAC, 393; BUE, 391]; MEX, 343; PAR, 148; URU, 364; VEN, 328; ESP, 608);
- 4) documento cuya letra o firma ha sido judicialmente declarada propia de aquel a quien se atribuye la dudosa (MEX, 343);
- 5) firmas registradas en establecimientos bancarios (ARG, NAC, 393; BUE, 391);
- 6) firmas y manuscritos firmados que aparezcan en actuaciones judiciales o administrativas (COL, 293; MEX, 343: "sólo las puestas en presencia del secretario"; PER, 437);
- 7) firmas puestas en cheques girados contra cuenta corriente bancaria, siempre que hayan sido cobrados sin objeción del cuentahabiente (COL, 293);
- 8) otros documentos que las partes reconozcan como idóneos para la confrontación (COL, 293).

c) Cuerpo de escritura

No habiendo firma indubitada que sirva de base al cotejo, debe formarse por parte de quien se atribuye la autoría del documento,

un cuerpo de escritura a requerimiento del perito (ARG [NAC, 394; BUE, 392; CBA, 249; SFE, 180: o del propio juez]; COL, 293; COS, 282; CHI, 350; GUA, 188; MEX, 342; PAR, 145 y 152; PER, 438; VEN, 328; ESP, 608: a instancias de la contraria) y al dictado (ARG [NAC, 394; BUE, 392; CBA, 246; SFE, 180]; GUA, 188; PER, 438; VEN, 328; ESP, 608).

Para tal efecto se señala una audiencia a la cual se cita al interesado bajo apercibimiento de que si no comparece o, haciéndolo, no escribe sin causa justificada, se tiene por reconocido el documento dubitado (ARG [NAC, 394; BUE, 392; CBA, 249]; PAR, 152; PER, 438; VEN, 328: "a menos que la parte esté en la imposibilidad física de escribir"; ESP, 608).

La diligencia se practica en presencia del juez en el lugar, día y hora señalados al efecto, debiendo sentarse acta donde se consigna el parecer de los peritos (PER, 439).

Si lo cree necesario, el juez puede ordenar que los peritos tomen ampliaciones fotográficas de las letras o firmas comparadas o se analice la calidad de las tintas o se practique otra operación análoga (PER, 440).

En la audiencia se hace constar el estado material del documento, mediante certificación expedida por el secretario (ARG [NAC, 392; BUE, 390; SFE, 180]; PAR, 149: "expresando en el acta las enmiendas, interlineados o cualquiera otra irregularidad que en él se advierta"; URU, 366).

La apreciación del cotejo debe hacerla por sí mismo el juez (ARG, SFE, 180; COS, 283; CHI, 353: el cotejo no sirve por sí solo como prueba suficiente, pero puede servir de base para una presunción judicial; ECU, 226: ídem; MEX, 344; PAR, 151; ESP, 609: la aprecia conforme reglas de la sana crítica y sin sujetarse a la opinión de los peritos).

277. Documento privado no reconocido pero que goce de presunción de autenticidad o que esté firmado ante dos o más testigos. Prueba sumaria documental

"Un instrumento privado, si no ha sido reconocido, tiene la fuerza de prueba sumaria cuando esté otorgado ante dos testigos, por lo menos".

Significa esto que el juez le da credibilidad al documento, por el hecho de llevar la firma de dos testigos, para el efecto de adoptar ciertas medidas procesales; pero no es auténtico, por lo cual para dictar el mandamiento de pago por vía ejecutiva se requiere el reconocimiento expreso o implícito en los casos que la ley contemple y para dictar sentencia favorable al demandante en cualquier proceso, con base en ese documento, debe probarse su autenticidad, a menos que una norma legal la presuma.

278. Tacha de falsedad material de documentos y verificación de su autenticidad

a) *Procedencia.* Cuando la parte contra quien se opone un documento privado no auténtico y *que es citada a reconocerlo*, manifiesta que no lo acepta o que lo rechaza, está negando el hecho de su autenticidad y por lo tanto le impone a quien lo adujo como prueba, la carga de demostrarla, para satisfacer ésta tiene dos caminos: los términos probatorios comunes y el trámite especial para verificar su autenticidad, igual al de la tacha de falsedad material a solicitud de quien presentó el documento; pero puede ser iniciado oficiosamente por el juez si considera que se trata de prueba fundamental para la decisión de la instancia o del incidente en el cual se adujo.

En cambio, cuando el documento público o privado, que se afirma provenir de la otra parte o de su causante, es aducido con la demanda, si el demandado pretende negar su autenticidad debe formular la tacha de falsedad material, dentro del término que señale la ley procesal. Y lo mismo ocurre cuando el documento se presenta con otro memorial (inclusive el de contestación a la demanda), y cuando se presente el documento en audiencia o diligencia.

Como dijimos en el número 276, el curador *ad litem* no tiene la carga de tachar de falso el documento no auténtico, pues ignora si proviene o no de su representado. Su silencio no produce el reconocimiento tácito.

Cuando el documento proviene de un tercero y no de la parte contra quien se aduce como prueba ni de su causante, aquélla no necesita desconocerlo ni tacharlo de falso para evitar que se tenga como

reconocido, porque de todas maneras la prueba de su autenticidad corresponde a quien lo aduce. Si se desconoce por la parte contraria, no debe adelantarse incidente de falsedad o autenticidad, por analogía con la inadmisibilidad de la tacha de falsedad cuando se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

La tacha de falsedad material tiene cabida tanto en los procesos contenciosos como en los de jurisdicción voluntaria. La falsedad material se refiere a la firma o al texto del documento; en el segundo caso, se trata de falsedad material por alteración del contenido mediante lavado, borraduras, supresiones, cambios o adiciones de su texto; en el primero de suplantación de firma. Pero es improcedente la tacha si se trata de documento que no está firmado ni manuscrito por la parte contra quien se aduce como prueba o por su causante, porque carece de mérito probatorio si no es reconocido por ésta.

La circunstancia de proponer o no el incidente de falsedad material en la oportunidad exigida por la ley procesal es muy importante, porque en caso negativo se tiene por reconocido el documento si era privado no auténtico o por indiscutida su autenticidad si era público o privado auténtico, sin que posteriormente pueda desconocerse, ni impugnarse la autenticidad, y el juez debe rechazar de plano la tacha que se formule. No debe ser suficiente la simple objeción o el mero rechazo del documento privado no auténtico, para eliminar el reconocimiento ficto y que se presta a grave deslealtad procesal. Pero si el documento carece de importancia en el proceso, la tacha de falsedad es impertinente y el juez debe negarse a tramitarla.

Si se trata de documento público o privado auténtico o cuyas firmas gocen de presunción de autenticidad, formulada la tacha, la carga de la prueba de la falsedad corresponde a quien alega ésta; si es un documento privado no auténtico, le corresponde la carga de probar su autenticidad a la parte que lo presentó para aducir a su favor efectos jurídicos sustanciales o simplemente probatorios⁴⁷⁰. Esta carga rige para lo penal y demás clases de procesos.

Diferente es el caso de la *falsedad ideológica o intelectual*, es

⁴⁷⁰ MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 25 y 78.

decir, la mendacidad o simulación del contenido del documento: la primera, cuando es una declaración de ciencia que no corresponde a la verdad; la segunda, cuando es una declaración de voluntad o dispositiva que no corresponde a la realidad. Esta falsedad no es objeto de incidente especial, ni de tacha de falsedad en ningún proceso, porque en ese caso se trata de probar contra lo dicho en el documento⁴⁷¹, y se deben aprovechar los términos ordinarios de prueba. Tal es el caso de la prueba de la simulación (véase núm. 192).

b) *Prueba de la falsedad o la autenticidad.* La autenticidad del documento puede ser probada con testimonios de personas que hayan presenciado su elaboración (si no lleva firma) o su firma o ambos hechos, pero deben apreciarse con mucho rigor y complementarse aun de oficio con dictamen grafológico. El documento no se confunde con el contrato, ni siquiera cuando la ley lo exige como requisito para su validez o su existencia jurídica⁴⁷².

Cuando el documento privado (sea que lleve o no la firma de dos o más testigos, que dan fe de haber sido firmado por quienes lo suscriben) sea reconocido expresamente en interrogatorio de parte o en diligencia especial o en la contestación de la demanda, o implícitamente por no tacharlo de falso en oportunidad (véase núm. 276), adquiere autenticidad y se presume cierto su contenido. Recuérdese que cuando el documento fue firmado por otra persona a ruego, la prueba de su autenticidad debe incluir, por una parte, la del ruego o mandato, y, por la otra, la de su firma por el rogado y las otras personas que intervinieron en el acto (véase núm. 274).

La prueba grafológica consiste en el dictamen técnico comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona, sea a solicitud de parte interesada o de oficio, lo cual rige en los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativos y penales, aunque hay libertad para aducir otras pruebas de cualquier clase. Como toda peritación judicial, la grafológica tiene mayor o menor eficacia probatoria, de acuerdo con los conocimientos técnicos y demás condiciones subjetivas de los peritos (honorabilidad, reputación, ante-

⁴⁷¹ GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., parte segunda, Cap. II, 185-188; MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, ed. cit., 1967, ps. 374-377.

⁴⁷² CARNELUTTI, *Teoría del falso...*, Cedam, 1935, p. 49.

cedentes) y con las intrínsecas del dictamen (fundamentación, claridad y seguridad en las conclusiones, relación lógica entre aquéllas y éstas, etcétera; véase núm. 234), y el juez goza de libertad para apreciar el mérito probatorio que el dictamen grafológico y las demás pruebas le merezcan, tanto en lo penal como en lo civil y demás procesos.

Es decir, cuando el dictamen sea uniforme, claro, preciso y de conclusiones firmes y sin vacilaciones, de peritos que le merezcan al juez confianza en su capacidad y honorabilidad, es suficiente para reconocerle valor de plena prueba, especialmente si existe algún indicio grave que lo corrobore (por ejemplo: la presencia o ausencia de huellas dactilares, en el documento, de la persona a quien se imputa; el aparecer identificándose con una cédula reemplazada antes de su fecha; el no existir una explicación razonable del acto documentado, etc.), o unos testimonios fehacientes que lo refuercen. Un dictamen impreciso o vacilante apenas puede servir de complemento a una firme prueba diferente. Si no consta en el proceso (por manifestarlo así los mismos peritos en su dictamen, o por otros documentos como los títulos académicos o una certificación válida de éstos) la capacidad técnica o científica de los peritos en la respectiva materia, o si el dictamen carece de suficiente y convincente fundamentación, o si sus conclusiones no son firmes, claras y armónicas con las fundamentaciones, el juez debe negarle mérito probatorio.

Se utiliza también el dictamen técnico como prueba de la adulteración del documento por raspaduras, lavados, adiciones, supresiones o modificaciones. En este aspecto la técnica moderna ha obtenido grandes avances⁴⁷³. Si existe otra copia del documento, debe hacerse el cotejo con ellas; pero aun entonces el dictamen es necesario.

Debe procurarse cotejar la escritura o firma objeto de la prueba, con otras que gocen de autenticidad de esa persona que correspondan a la misma época, por ejemplo al mismo año, porque son frecuentes ciertos cambios de detalle; pero los rasgos fundamentales son más estables, salvo impedimentos físicos por enfermedad o accidentes que puedan alterarlos.

⁴⁷³ COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, ps. 83 y 88-125; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 460-465 y 506-511; LESSONA, ob. cit., t. II, núms. 312-324; RICCI, ob. cit., t. I, núms. 81-91.

Son documentos que pueden servir para el cotejo: escrituras públicas, documentos privados reconocidos o declarados auténticos, actuaciones judiciales, cheques cobrados sin objeción y otros que ambas partes reconozcan. Si hay documentos auténticos de la misma persona y se encuentran en una oficina o un archivo público, se piden originales si es posible su remisión y, en caso contrario, se efectúa sobre ellos una inspección judicial por el juez de la causa o un comisionado y se obtienen fotocopias. Cuando sea un documento público o privado que se encuentra en poder de un particular que no es parte en el proceso, está obligado a exhibirlo en los casos y con las formalidades legales; puede pedirse también la exhibición cuando el documento esté en poder de otra de las partes del proceso (véase núm. 291).

Cuando no existan otros escritos u otras firmas del supuesto autor del documento, y éste sea parte en el proceso o un tercero a quien pueda citarse para estos efectos, el juez debe ordenar que en su presencia escriba y firme un dictado, y si el documento es manuscrito es mejor que corresponda a parte de su texto; de la diligencia se extiende un acta que firman el juez y el secretario o quien lo sustituya.

No son pruebas, ni siquiera de indicios, de la falsedad de una escritura pública, tomadas aisladamente, las circunstancias de que el notario haya firmado con retraso y no inmediatamente después de firmar las partes, ni de que se hayan utilizado tintas distintas al manuscibirlo, ni los servicios de varios amanuenses, ni distintas máquinas de escribir, ni de que falten los certificados de paz y salvo con la renta nacional y el municipio.

Sin embargo, consideramos que si existen copias de la escritura con diferente contenido que el de la matriz y ésta presenta las peculiaridades mencionadas en el párrafo anterior (distintas caligrafías o tintas o tipos de máquinas de escribir), sí se tendrán indicios graves de la posible adulteración de aquélla.

c) *Suspensión del trámite de la tacha.* Si quien aportó el documento desiste de invocarlo como prueba, después de formulada la tacha, se declara por el juez terminado el incidente o el trámite de aquélla, sin perjuicio de que el interesado promueva la investigación penal, lo cual es una obvia medida de economía procesal. Pero en lo penal el juez debe insistir en la investigación de la autenticidad o falsedad, si con-

sidera que se trata de una prueba necesaria o conveniente para la investigación del posible delito.

d) *Sanciones que se aplican a quien pierde la tacha de falsedad.* Es indispensable establecer multas como lo hace el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil colombiano, a la parte que tacha de falso el documento y no prueba la falsedad, y a la parte que aduce el documento cuya falsedad se pruebe.

El abuso de tachar temerariamente documentos ciertos es muy frecuente, y es indispensable ponerle freno a esa deslealtad. Debe aplicarse sólo cuando aparece temeraria o injustificada la objeción o la creencia en la autenticidad, según el caso.

278.a)a. *Autenticidad de los documentos*

Un documento privado es auténtico cuando:

- 1) Se lo reconoció implícitamente, en ciertas circunstancias procesales (CHI, 346; ECU, 215);
- 2) se lo reconoció judicialmente en forma expresa o lo declaró tal el juez (BOL, 399; COL, 252; CHI, 346; ECU, 215);
- 3) fue inscripto en un registro público a pedido de la parte contra quien se opone (BOL, 399) o del que lo firmó (COL, 252);
- 4) fue presentado en el proceso afirmándose que fue suscripto o manuscrito por la parte a quien se opone y no fue tachado de falso oportunamente (BOL, 399; COL, 252; idem los sucesores);
- 5) se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso (COL, 252; CHI, 346);
- 6) habiendo muerto el autor o negado ser suyo o estando ausente del país, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor o a otra persona por orden de éste, a no ser que el asunto sobre que versa el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos (ECU, 215; PER, 423);
- 7) se trata de libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma (COL, 252);
- 8) se trata de pólizas de seguros, acciones de sociedades comerciales, etcétera (COL, 252).

Cesa la fe del documento privado cuando:

- 1) Es contestada la firma (BRA, 388);
 - 2) se comprueba no ser verdadero (BRA, 388);
 - 3) firmado en blanco, fue llenado abusivamente (BRA, 388).
- b) El *documento público* se considera auténtico en tanto no se demuestre lo contrario (BOL, 399).

Para hacerlo, es menester la *redargución de falsedad* mediante incidente (VEN, 318: "y como objeto principal") promovido dentro de un plazo breve contado desde que se realiza la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida (ARG [NAC, 395; BUE, 393]; BRA, 390; COL, 289; PER, 406).

Como la falsedad consiste en formar un documento no verdadero o en alterar uno verdadero (BRA, 387), la pretensión resulta inadmisibles si no se expresa cuál de ellos se afirma (COL, 290; GUA, 187) y se indican precisamente los elementos demostrativos de la falsedad afirmada (ARG, NAC, 395; BRA, 391). No se admite la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carece de influencia en la decisión o se trata de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica (COL, 289). Incumbe la prueba de la falsedad a quien la arguye, si se trata de falsedad de documento, y a quien produjo el documento, si se trata de contestación de firma (BRA, 389).

La nulidad o falsedad que resulta manifiesta por el tenor mismo del documento, lo invalida sin necesidad de otra prueba (PER, 404); si no es manifiesta, el documento produce sus efectos mientras no se decida judicialmente sobre sus vicios (PER, 405). Si del documento impugnado existe registro o protocolo, el juez puede disponer que sea traído a la vista, citando al efecto al escribano o funcionario público en cuya oficina se encuentra, para la operación de compulsión (URU, 369). De ser necesario, procede el cotejo con firma indubitada (BRA, 392).

La valoración de la prueba (incluido el cotejo) se efectúa conforme las reglas de la sana crítica (ARG, CBA, 252).

Son *partes* en la incidencia:

- a) El fiscal (URU, 370; VEN, 322);
- b) el oficial público que extendió el documento (ARG, NAC, 395; CBA, 244).

La promoción del incidente *suspende el dictado de la sentencia principal* (ARG [NAC, 395; BUE, 393]; BRA, 394) y la resolu-

ción que recaiga sobre él debe declarar la falsedad o la autenticidad del documento cuestionado (BRA, 395). Cuando se declara la falsedad total o parcial de un documento, el juez lo hace constar al margen o a continuación de él, en nota debidamente especificada (COL, 291), si la declaración es sobre un original registrado, se comunica a la oficina donde se halla a fin de que allí se ponga la correspondiente nota (COL, 291).

Corresponde dar aviso al juez penal para que inicie la correspondiente investigación (COL, 291; URU, 371).

c) Siempre que sea contradicho un documento público expedido sin citación de parte, cuando el derecho la requiere, necesita ser compulsado con el original (ARG, SFE, 169; COS, 266; MEX, 333: siempre que se impugne expresamente su autenticidad o exactitud; ESP, 597).

Asimismo, cualquier litigante puede pedir el cotejo con el original (COS, 266; ECU, 193; GUA, 177; MEX, 331) si cree:

1) Que es inexacta la copia, aun en supuesto de poder ser expedida sin necesidad de citación de partes (ARG, SFE, 170; COL, 255);
2) que precisa ampliaciones un testimonio incompleto (ARG, SFE, 171; COL, 257; COS, 269; CHI, 343; MEX, 331; ESP, 597: a tal fin, puede solicitar que se adicione lo que crea conveniente).

La compulsu la efectúa el propio juez de la causa (COS, 270; MEX, 333; ESP, 599) o el secretario (ARG, SFE, 170; COS, 270; CHI, 344: otro ministro de fe; MEX, 333; ESP, 599) o el perito actuante (GUA, 179), donde se halla el original (ARG, SFE, 170; MEX, 333; ESP, 599) y en presencia de todas las partes interesadas (ARG, SFE, 170; COS, 270; MEX, 333; ESP, 599: "y defensores"), a cuyo fin se señala día y hora en que ello se verificará (ESP, 599).

Si el cotejo no puede efectuarse por desaparición de la matriz y si el documento fue extendido con citación contraria, no se desvirtúa éste mientras no se demuestre por otras pruebas legales su inexactitud o ilegalidad (COS, 266 y 277: procede el cotejo de letras).

279. Valor probatorio y fuerza obligatoria del documento público

Se entiende por *valor probatorio* del documento, la fuerza o el mérito de los argumentos o las razones que en él encuentra el juez

para la formación de su convencimiento; este valor probatorio varía según la clase de documento (público, privado auténtico y privado no auténtico) y opera lo mismo entre las partes que frente a terceros en cuanto al hecho de haberse otorgado y de haberse formulado las declaraciones que en él aparecen consignadas (con la excepción de la fecha frente a terceros, si el documento es privado, pues entonces sólo prueba cuando adquiriera el carácter de cierta; véase núm. 280, d). En cambio, la *fuerza obligatoria* del documento es la vinculación jurídica que se deduce del acto o contrato que contiene, la cual, a diferencia de su valor probatorio, cualquiera que sea la clase de documento opera únicamente entre quienes fueron partes iniciales y sus sucesores a título universal o singular (mientras no la impugnen con las formalidades legales; véanse núms. 191-192) y no se extiende a los terceros, con la excepción que luego indicaremos para ciertos instrumentos públicos. Es decir, el documento puede probar ante todos y sin embargo no obligar sino a ciertas personas (véase núm. 76).

A continuación examinaremos estos varios aspectos:

a) *Valor probatorio de los documentos públicos.* Estos documentos, sean escrituras públicas u otros instrumentos provenientes de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (como certificaciones, actuaciones judiciales o administrativas, actas de estado civil, etc.), gozan de un valor probatorio pleno y *erga omnes*, como consecuencia de la fe pública que el legislador les reconoce y mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnados en forma legal (véanse núms. 191-192 y más adelante en este número), en cuanto al hecho de haber sido otorgado, a su fecha, al lugar donde se otorgaron o elaboraron, a quiénes intervinieron en el acto, a cuál es su contenido o simple materialidad de las declaraciones de las partes y a la verdad de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autorice; es decir, forman plena prueba *frente a todo el mundo* (mientras no se demuestre su falsedad) en lo referente a *dónde, cuándo, cómo, por quiénes se otorgaron, qué declaraciones hicieron éstos y a lo que haga constar el funcionario*. Entre las partes, hace también plena prueba en cuanto a la verdad o realidad de lo que ellas declararon en el documento, tanto en lo dispositivo como en las enunciaciones que tengan relación directa con aquello (véanse puntos d y h) y lo mismo a *favor de*

terceros; pero contra éstos debe ser apreciado por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta las circunstancias y demás pruebas que formen su convencimiento y que las simples declaraciones de las partes del documento, tienen frente a los terceros la calidad de testimonios y por lo tanto deben ser ratificadas con las formalidades establecidas para la prueba de testigos y apreciadas por el juez en la misma forma que ésta.

Téngase en cuenta que tal como ocurre con la confesión, el documento público o privado es indivisible para el efecto de determinar su alcance probatorio, sea contra las partes o frente a terceros.

b) *Fuerza obligatoria de los documentos públicos.* En cuanto a las declaraciones en ellas contenidas, que otorgan derechos o imponen obligaciones o enuncian hechos vinculados directamente con las disposiciones adoptadas, las escrituras públicas tienen fuerza obligatoria únicamente entre quienes fueron partes iniciales y sus causahabientes a título universal o singular, pero no contra terceros o demás personas; esto significa que sólo a aquéllos obligan esas declaraciones y, como consecuencia, se les puede exigir que las cumplan.

Para que las partes y sus causahabientes puedan negarse a cumplir lo dispuesto en una escritura pública, deben probar que sus declaraciones o su contenido es falso material o ideológicamente (véanse núms. 191-192). En cambio, los terceros no pueden ser obligados por esas declaraciones, que no los vinculan, sin necesidad de probar en contrario; pero para que puedan desconocer la verdad de lo declarado por el funcionario en un instrumento público, o la autenticidad de la copia autorizada por éste de cualquier documento, o la verdad de una actuación judicial, administrativa o de policía, aun cuando no hayan sido partes deben suministrar la prueba en contrario, es decir, la de su falsedad material o ideológica, por los medios que la ley autoriza (véanse núms. 278-280), e inclusive en cuanto a la verdad de lo declarado por las partes, ese documento tiene cierto mérito probatorio frente a esos terceros, que el juez apreciará según las circunstancias y la credibilidad que le merezcan, como ocurre también en los documentos privados auténticos (por ejemplo, que se celebró un contrato de compraventa o de arrendamiento; véase núm. 280, b).

c) *Lo dispositivo y lo enunciativo en las escrituras públicas.* Hay

que distinguir la fuerza obligatoria de las declaraciones contenidas en la escritura pública, según formen parte de lo *dispositivo* o de lo *enunciativo*.

Existen tres clases de declaraciones en una escritura pública:

1ª) Las disposiciones o declaraciones de voluntad que contenga la escritura pública, las cuales se presumen ciertas o reales entre las partes y sus causahabientes a título universal o singular y los obligan, mientras no prueben lo contrario en forma legal.

2ª) Las declaraciones conjuntas de ciencia, es decir, los enunciados bilaterales que contengan y que se relacionen directamente con aquellas disposiciones, esto es, cuando entre ellas existe una vinculación jurídica directa (como cuál es el lugar y la fecha del acto, que la deuda reconocida existe desde antes o es un saldo de otra, que se tiene la intención de celebrar una transacción con las disposiciones que allí se adoptan, que los intereses están cancelados hasta cierta fecha, que obran libre y espontáneamente, que se encuentran en pleno goce de sus facultades mentales, etc.), se presumen también ciertos entre las partes y sus causahabientes mientras no prueben lo contrario en forma legal (pero contra terceros las apreciará el juez según la credibilidad que le merezcan en las circunstancias de cada caso y atendiendo a las demás pruebas). Si esas declaraciones se redactan como unilaterales, se entiende que las otras partes las están aceptando implícitamente y que son conjuntas, por ejemplo, si el vendedor declara que ha hecho entrega material de la cosa vendida al comprador.

3ª) Las enunciaciones de hechos que solamente una de las partes hace y que no se relacionan directamente con las declaraciones conjuntas de voluntad (como las razones personales que tuvo para celebrar el contrato o el origen del dinero que paga o el título de propiedad del inmueble que vende, arrienda o hipoteca) no prueban contra las otras partes ni los terceros y únicamente respecto a quien las formula tienen el valor de confesión extrajudicial auténtica, debiéndose aplicar, para determinar su fuerza probatoria, el principio de la indivisibilidad que rige para las confesiones (véanse núms. 141, 146, 150, 151 y 155).

d) *Efectos jurídicos de las escrituras públicas, en favor de los terceros. El caso de las contraescrituras privadas.* Si bien los terceros no quedan obligados por las declaraciones contenidas en las escrituras

públicas, en cambio sí pueden atenerse a tales declaraciones en cuanto regulan las relaciones jurídicas entre las partes, por ejemplo, la transferencia del dominio de un inmueble o mueble que quien comparece como vendedor dice hacerle a quien comparece como comprador; en consecuencia, en favor de los terceros esas declaraciones se consideran exactas y reales, cuando de buena fe se limitan a obrar de acuerdo con la situación jurídica que de la escritura aparece, y, por lo tanto, la prueba que en contrario de lo dicho en ella aporten las partes y a un proceso con o sin citación de esos terceros, no puede perjudicarlos (por ejemplo, el comprador de buena fe del primer comprador no pierde el dominio del inmueble adquirido de buena fe por escritura pública, porque en un proceso posterior, con o sin su audiencia, el primer vendedor pruebe plenamente que la primera compraventa fue absolutamente simulada).

e) *Efectos jurídicos de la contraescritura privada o pública, en favor de los terceros.* Un principio jurídico elemental: si los terceros tienen interés jurídico en la contraescritura que altera o desvirtúa totalmente lo dicho en la escritura pública, pueden probarla y atenerse a sus declaraciones, es decir, que aquélla sí produce efectos jurídicos a favor de ellos (por ejemplo, los acreedores del aparente vendedor pueden utilizar la contraescritura privada para probar que la venta es simulada y perseguir el bien como de propiedad del segundo). También pueden los terceros probar, con cualesquiera medios, la simulación del acto o contrato (véanse num. 191-192).

f) *Documentos públicos emanados de terceros.* Respecto al valor probatorio de estos documentos, nos remitimos a lo expuesto en el número siguiente sobre documentos privados de igual origen y a lo dicho en los puntos a, b, c, d, h, del presente, porque entonces las partes del proceso serán terceros en cuanto al documento. Se les debe dar valor probatorio de testimonios, frente a las partes del proceso.

g) *Pruebas requeridas para desvirtuar lo dicho en la escritura pública o en un instrumento público.* En los numerales 191 y 192 examinamos cuáles son las pruebas conducentes para desvirtuar lo dicho en un documento y para demostrar el error o la simulación: la contraescritura, un principio de prueba escrita complementado con testimonios u otros medios, confesión, simples testimonios, indicios gra-

ves y concordantes; es decir cualquier medio que lleve al juzgador la convicción o certeza sobre el hecho alegado.

h) *También frente a los terceros prueban las declaraciones contenidas en la escritura pública, en favor de quienes las otorgan.* Si bien es cierto, como vimos, que las escrituras públicas no hacen plena fe sino contra los declarantes en cuanto a la verdad de las declaraciones que formulen y a la realidad de las obligaciones y derechos que constituyen o de sus extinciones y modificaciones que estipulen, esto no significa que a los terceros les baste desconocer tales declaraciones y disposiciones, y decir que las consideran reñidas con la verdad, para que carezcan totalmente de valor probatorio. Esto no significa que a las demás personas (otra parte o un tercero interviniente) les baste desconocer frente a ellos; ni es correcto afirmar que esos terceros no necesitan probar nada, para negarse a aceptarlas como ciertas y para que sus efectos jurídicos se consideren inexistentes en cuanto los perjudiquen. Si así fuera, los acreedores no necesitarían probar la simulación de ventas, hipotecas y otros contratos sobre inmuebles celebrados por su deudor por escritura pública, y ya vimos que si bien no se discute que tienen una completa libertad de medios, están sujetos sin embargo a la carga de su prueba (véase núm. 192). Es decir, contra las otras personas las disposiciones y declaraciones que contiene la escritura no hacen "plena fe", ni los obligan en el sentido de que no es un título en su contra para exigirles el cumplimiento de una prestación; pero si pretenden desconocer la relación jurídica que por ella se ha creado entre quienes son partes del contrato (la compra, la hipoteca o el arrendamiento, etc., de que tratan), alegando que es simulada y que los perjudica (por ejemplo, porque impide que puedan hacer efectivos sus créditos sobre esos bienes), tienen la carga de probar la simulación.

Por consiguiente, puede decirse que también contra los terceros y en favor de quienes las otorgaron, tienen cierto valor probatorio las declaraciones y disposiciones contenidas en las escrituras públicas, en procesos con quienes fueron parte en éstas o en diligencias en que las mismas intervienen, aun cuando se perjudiquen con ellas, mientras no demuestren lo contrario, respecto a la situación jurídica que entre esas partes se ha creado con dicha escritura⁴⁷⁴. Tal ocurre cuando se aduce

⁴⁷⁴ RICCI, ob. cit., t. I, núm. 86; LESSONA, ob. cit., t. III, núms. 283-312, 315

por un tercero, un documento auténtico o con valor de prueba sumaria, de arrendamiento o de compraventa, de fecha cierta anterior, en una diligencia de secuestro o de entrega de bienes, pues prueba frente a quien pide que se practique la diligencia. Pero con esos documentos no se puede obligar a los terceros a cumplir lo que en ellos se estipule, ni sirven para extinguir o modificar sus derechos (véase número siguiente, literal g).

279.a)a. En principio, el documento público prueba su formación y los hechos que el escribano declara que ocurrieron en su presencia (BRA, 364), o sea, la fe alcanza a terceros en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte, hacen fe sólo contra los declarantes en ECU, 168. En PER, produce fe respecto de la realidad del acto verificado ante el notario o funcionario que lo extendió o autorizó.

URU, 350, norma que "hacen fe y constituyen prueba plena todos los documentos públicos", ejemplo de los cuales son todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto del superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados de la hacienda pública, del fisco, del municipio o de cualquiera otra persona de derecho público; los asientos de los libros y registros parroquiales; los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes (ECU, 167; GUA, 186; URU, 358: "con el sello de la República" y "los librados por las autoridades eclesiásticas en asuntos de su exclusiva competencia").

y 316; COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, núm. 83, ps. 113-114, en donde aclara el alcance de sus anteriores afirmaciones de que el contenido del documento público no puede afectar a terceros.

b) Son *eficaces*, sin necesidad de cotejo y salvo prueba en contrario:

1) Ejecutorias y certificaciones de sentencias firmes expedidas legalmente por mandato del tribunal que las dictó (ESP, 598);

2) escrituras públicas antiguas que carecen de protocolos (ESP, 598);

3) toda escritura pública cuyo protocolo matriz haya desaparecido (ARG, SFE, 169; ECU, 192: siempre que el documento no esté raído ni borrado en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pueda leer claramente);

4) cualquier documento público que por su índole carezca de original o registro con el cual pueda comprobarse (ESP, 598).

c) La *fe del documento público* sólo cesa cuando se declara judicialmente su falsedad (BRA, 387).

d) En *país organizado federativamente*, el documento público expedido en un Estado (o Provincia) necesita para hacer fe en juicio encontrarse en las condiciones que establezca la ley nacional (ARG, CBA, 247).

No requiere autenticación en MEX, 328, cuando, expedido el documento por autoridad de un Estado, se hace valer en el Distrito Federal.

e) El *testimonio de documento público* tiene el mismo valor probatorio que el original cuando:

1) Está autenticado por el notario o funcionario a cargo de quien se halla el original (BOL, 400; BRA, 365; COL, 254);

2) se trata de reproducción mecánica del original, autenticado por el funcionario tenedor del original y se otorga por orden judicial (BOL, 400; BRA, 384; COL, 253 y 254);

3) es compulsado con el original o con copia auténtica de él en el curso de una inspección judicial (salvo que la ley disponga otra cosa) (COL, 254).

280. Valor probatorio y fuerza obligatoria de los documentos privados

Es necesario distinguir los documentos privados auténticos y los no auténticos, y los efectos tanto probatorios como obligatorios entre las partes y respecto de terceros.

a) *Valor probatorio y fuerza obligatoria del documento privado no auténtico.* Este documento carece totalmente de valor probatorio contra terceros y entre las partes (excepto el valor de prueba sumaria cuando lleva la firma de dos testigos), lo mismo que de fuerza obligatoria entre éstas y sus causahabientes, puesto que mientras no se establezca su autenticidad (véanse núms. 263-276) no contiene ninguna confesión extrajudicial de la parte contra quien se aduce ni de su causante y le falta un requisito esencial de toda prueba; ni siquiera sirve para saber si realmente fue otorgado por quien lo firma, ni hay razón jurídica para presumirlo, ni vale como principio de prueba escrita. Pero una vez reconocido o declarado tal o producido el reconocimiento tácito por ausencia de tacha de falsedad (véase núm. 276), adquiere el carácter de auténtico.

b) *Valor probatorio del documento privado auténtico, entre las partes y sus causahabientes.* Establecida la autenticidad del documento privado o si existe desde un comienzo, o si se produce implícitamente, tiene el mismo valor que una escritura pública respecto de quienes lo suscribieron o crearon y de sus causahabientes, y también contra terceros siempre que el documento tenga fecha cierta anterior a la transferencia de esos derechos⁴⁷⁵. Por consiguiente, hace plena fe *entre las partes y sus causahabientes* a título universal o singular, mientras no se pruebe en contrario (véanse núms. 191-192) del hecho de haberse otorgado, su fecha, del lugar de otorgamiento, las personas que intervinieron, las declaraciones dispositivas y las enunciativas directamente relacionadas con las primeras, tal como lo expusimos para los documentos públicos (véanse puntos a, b, d y g, del número anterior). Se exceptúa el caso de que la ley exija una prueba diferente, como escritura pública, por la naturaleza del acto.

Se les aplica a estos documentos la distinción que se hizo (véase núm. 279) para las escrituras públicas, entre parte dispositiva y enunciativa (punto c, del número anterior), y lo expuesto sobre la indivisibilidad de su contenido para determinar su valor probatorio.

Cuando el documento auténtico es unilateral y se opone a la parte que lo firma, tiene el valor de plena prueba, como confesión documentada, mientras no se pruebe en contrario (véase núm. 191).

c) *Fuerza obligatoria del documento privado auténtico, entre las*

⁴⁷⁵ RICCI, ob. cit., t. II, núm. 118; ROCHA, ob. cit., ps. 510-516.

partes y sus causahabientes. También en este aspecto tienen igual valor el documento privado auténtico y la escritura pública, mientras la ley no exija ésta *ad solemnitatem*.

d) *Valor probatorio del documento privado auténtico, ante terceros*. La situación de los terceros, frente a estos documentos, es en principio la misma que respecto a las escrituras públicas (hacen plena prueba del hecho de haberse otorgado y acerca de su contenido, pero no de su veracidad), pero existe una diferencia muy importante, respecto a la fecha de su otorgamiento, que contra los terceros no es la que aparece en el documento privado, sino la de su autenticación o la de la ocurrencia de alguno de los hechos que conforme a la ley le otorgan la calidad de cierta, a saber: la del fallecimiento de alguno de quienes lo firmaron, o la del día en que fue copiado en un registro público o en que se presentó en un proceso o en que un funcionario público en ejercicio del cargo tomó razón de él (por ejemplo, para estampillarlo o ponerle el sello de pago del impuesto de timbre, o por relacionarlo en el acta de una diligencia judicial o por haberlo inventariado), o la de ocurrencia de otro hecho que le permita al juez según su libre criterio adquirir certeza de su existencia. Pero esos terceros pueden atenerse a la fecha del documento, si les conviene, lo mismo que a sus demás declaraciones (véase punto siguiente).

El contenido del documento privado auténtico no forma plena prueba en contra de los terceros; pero éstos no pueden desconocerlo, a partir de su fecha cierta, en cuanto una de sus partes sea una persona distinta de quien lo aduce como prueba y con él se establezca una situación jurídica para ésta (como la de comprador de un bien mueble o de arrendamiento de cualquier bien), tal como ocurre con las escrituras públicas, porque la presencia del notario en éstas no le da mayor verosimilitud a las declaraciones formuladas por las partes. Por consiguiente, no es cierto que el documento privado auténtico sea inoponible a los terceros y que su contenido sea inexistente para éstos, si los perjudica; otra cosa es que no los obligue, tal como ocurre con la escritura pública⁴⁷⁶. En cambio, si el documento privado auténtico proviene de la parte o un tercero que lo aduce a su favor, sólo puede

⁴⁷⁶ RICCI, ob. cit., t. I, núm. 117.

tener contra la otra el valor probatorio libremente apreciable por el juez que examinamos en el punto h del número anterior.

Ilustramos nuestro concepto con unos ejemplos: cuando en el curso de una diligencia judicial de entrega de bienes, de secuestro o de lanzamiento de arrendatario, una persona distinta del demandado o presunto demandado se opone y presenta un documento privado auténtico que lo acredita como comprador o arrendatario de ese bien, tal documento tiene cierto valor probatorio a su favor, a partir de la fecha cierta que corresponda, que si bien no es pleno contra el demandante ajeno al mismo, sí reviste importancia y permite formar el convencimiento del juez con la ayuda de cualquier otro medio, como uno o varios testimonios e inclusive de un indicio como el de la posesión o la tenencia material, si no aparece prueba en contrario llevada por la parte o por el juez oficiosamente; cuando en una quiebra o un concurso de acreedores y en tercerías en un proceso ejecutivo, se presentan otros créditos que constan en documentos auténticos o que gocen de tal presunción, tienen mérito probatorio contra los primeros acreedores demandantes, a pesar de que los perjudica y de que son terceros en relación con tales documentos y los contratos que contienen, mientras no los impugnen con prueba en contrario o el juez de oficio establezca su simulación o falsedad.

e) *Fuerza obligatoria de los documentos privados auténticos, frente a terceros.* La situación de los terceros es igual que respecto a las escrituras públicas (véanse puntos, c, h, del número anterior): no se les puede privar de sus derechos ni pueden ser obligados por esos documentos, en el sentido de que contra ellos no prueban obligaciones que puedan exigírseles coercitivamente, con base únicamente en ese escrito, por lo que nunca prestarán mérito ejecutivo en su contra, ni servirán (por sí solos) para imponerles una condena en proceso ordinario. Pero esto no significa que puedan desconocer la situación jurídica creada a favor de las partes del documento, como lo expusimos en el literal anterior.

En cambio, los terceros pueden atenerse al contenido del documento privado, cuando los favorezca, por ejemplo para probar la simulación del contrato celebrado por las mismas partes mediante escritura pública (véase número anterior) u otro documento privado, para

alegar sus efectos jurídicos desde su fecha a pesar de que sólo posteriormente haya adquirido el carácter de cierta, y para probar cualquier otro hecho que no requiera prueba solemne diferente.

f) *Prueba requerida para impugnar el documento privado auténtico.* Este punto lo estudiamos al tratar de las limitaciones del testimonio en razón de existir una prueba documental (véanse núms. 191 y 192). La situación es similar a la de la prueba contra lo dicho en la escritura pública (véase núm. 279, literales d, e, f, g).

g) *Documentos emanados de terceros y aducidos como prueba contra una de las partes del proceso.* Pueden tener distinta naturaleza y en cada caso producen también distinto efecto probatorio.

Se dispone que salvo norma en contrario, los estimará el juez según fuere su naturaleza:

1) *Si son de naturaleza dispositiva o simplemente representativa.* Aquélla cuando contienen actos de voluntad para disponer de derechos o asumir obligaciones, es decir los de tipo contractual o convencional, como una venta, un mutuo, un arrendamiento. Representativos, cuando no contienen ninguna narración o declaración, sino imágenes, como los cuadros, los planos, las radiografías, las películas que no sean parlantes (porque si lo son tienen naturaleza mixta, representativa y declarativa). En estos casos los debe apreciar el juez, de acuerdo con su libre criterio y según las circunstancias, si fueron reconocidos por sus autores o se ordenó tenerlos por reconocidos en una diligencia judicial anterior o en el mismo proceso, o si se prueba su autenticidad por cualquier otro medio.

2) Cuando son *simplemente declarativos*, es decir, documentos en los cuales terceras personas hacen constar hechos que no impliquen actos dispositivos de voluntad, por ejemplo, una carta en la cual un tercero le informa a una de las partes que le constan ciertos hechos de la parte contraria, y también esas narraciones que a veces obtienen los abogados de los testigos que el cliente les lleva, sobre los hechos que discutirán en el proceso. Para que estos documentos declarativos presten mérito probatorio, es indispensable que sus autores concurren al proceso a declarar sobre tales hechos, mediante testimonios con las formalidades normales. No es una ratificación, porque es un simple documento declarativo y no un testimonio previo. Es decir, no se les

debe preguntar si es cierto lo que se dice en el documento, sino que se les debe interrogar sobre los hechos narrados. Cumplida esta formalidad, el juez debe apreciar conjuntamente el documento y la declaración, como un simple testimonio.

Esta norma se aplica a lo laboral y contencioso-administrativo.

h) *Asientos, registros y papeles domésticos*. Hacen fe contra el que los escribió o firmó, con lo cual se contempla la posibilidad de que se trate de manuscrito no firmado.

i) *Notas al margen o al dorso de las escrituras*. Cuando aquéllas han sido escritas o firmadas por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de un documento que siempre ha estado en su poder, hacen fe en todo lo favorable al deudor. Nuevamente se contempla aquí la posibilidad del manuscrito sin firma, esta vez en el mismo documento, y se le reconoce plena fe en todo lo favorable al deudor, siempre que se prueben dos circunstancias: que ese manuscrito proviene del acreedor y que el documento haya estado siempre en poder de éste.

También hace fe la nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un documento, cuando éste se ha encontrado en poder del deudor. En ambos casos lo importante es establecer que la nota manuscrita sin firma corresponde al acreedor o que la firma es del acreedor, pues no se presumen auténticas y habrá que establecer su autenticidad por los medios ordinarios, es decir mediante testimonios, dictamen de peritos o confesión. Naturalmente, si se presenta el documento con la nota firmada o manuscrita sin firma, pero se alega que es de la parte contraria o de su causante, y no se propone por ésta en oportunidad la tacha de falsedad, se tiene por surtido el reconocimiento. Y si es el mismo acreedor quien presenta el documento con esa nota firmada o manuscrita, sin que en ese momento alegue su falsedad, se considera que la está reconociendo como auténtica.

280.a) *a. Difiere el valor probatorio de un documento privado en los distintos regímenes procesales:*

1) *Si está firmado por las partes, se tiene por auténtico salvo prueba en contrario (GUA, 186);*

2) *si no tiene firma o no es manuscrito*, carece de todo valor a menos que se reconozca expresamente (COL, 269);

3) *signado con impresión digital*, su eficacia probatoria queda librada a la apreciación judicial (ARG, SFE, 181);

4) *si tiene interlineado*, el juez lo aprecia libremente (BRA, 386; COL, 261: se desecha, a menos que esté salvado bajo firma del suscriptor; GUA, 180: no hace fe; URU, 359: ídem);

5) *si está roto o raspado*, el juez lo aprecia conforme las reglas de la sana crítica (COL, 261) (ECU, 170: no prueba el documento: que se halla roto, raído, abreviado, con borrones o testaduras no salvados; GUA, 180: no hace fe; ídem si está cancelado o quemado; URU, 359: no hace fe);

6) *si tiene nota escrita por el acreedor y no firmada*, hace prueba en beneficio del deudor (BRA, 377; COL, 282: "La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de un documento que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor. También la hace la nota escrita o firmada por aquél, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de un documento, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor");

7) *emanado de tercero*, sólo se estima por el juez si, siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa, fue reconocido por sus autores o se ordenó tenerlo por reconocido o se probó por otros medios su autenticidad; también si, siendo simplemente declarativo, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciará en la misma forma que los testimonios (COL, 227).

En ARG (SFE, 181), el documento simple comprobado por testigos tiene el valor probatorio que sus testimonios merecen. En PER, 433, tiene el valor que le asigne el prudente arbitrio del juez;

8) *si no es auténtico*, tiene carácter de prueba sumaria si fue suscripto ante dos testigos (COL, 279);

9) *si es auténtico*, tiene igual valor que el público tanto entre los que lo crearon y sus causahabientes como respecto de terceros (COL, 279; URU, 361).

En general, prueba contener una declaración, pero no el hecho declarado, salvo que se tenga a éste por auténtico (BRA, 373).

b) *La fecha del documento privado* puede probarse entre las

partes por cualquier medio, mas, en relación a terceros, se considera *fecha cierta*:

- 1) La del día en que fue registrado (BRA, 370; COL, 280; URU, 373: "en cualquier registro público");
- 2) la de la muerte de alguno de los signatarios (BRA, 370; COL, 280; URU, 373);
- 3) la de su presentación en juicio o repartición pública (BRA, 370; COL, 280; URU, 373: cuando queda allí archivado);
- 4) la de la imposibilidad física sobreviniente a cualquiera de los signatarios (BRA, 370);
- 5) el día que toma razón de él un funcionario competente en su carácter de tal (COL, 280);
- 6) el día que ocurre cierto hecho que le permite al juez adquirir certeza de su existencia (COL, 280).

281. Valor probatorio de las fotografías, fotocopias, microfotografías, películas y grabaciones

Se trata de documentos representativos, no declarativos (excepto las últimas, como expusimos atrás), por lo cual pueden aducirse como pruebas en cualquiera de nuestros procesos⁴⁷⁷.

Las fotografías de personas, cosas, predios, etcétera, sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero como es posible preparar dolosamente un conjunto fotográfico, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo, o mediante el dictamen de peritos, o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, son documentos privados auténticos que puedan llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente⁴⁷⁷⁻¹. También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la

⁴⁷⁷ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., p. 119, y *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. II, p. 407; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, Paris, 1960, p. 237; COUTURE, *Pruebas en materia civil*, Ediar, 1949, ps. 165-175.

⁴⁷⁷⁻¹ ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 495-496.

fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la cosa que dice haber conocido.

Las fotocopias y fotografías de documentos privados (escritos, planos, dibujos, etc.), pueden suplir los originales⁴⁷⁸ con el mismo requisito de establecer su autenticidad por confesión o testimonios de personas que hayan intervenido en su formación o en el original, como testigos actuarios, o que los hayan conocido posteriormente, o por indicios fehacientes, o por atestación de un notario o de un juez que haya conocido el original y hecho la necesaria comparación, aun cuando el documento no esté protocolizado en esa notaría o en el archivo del juzgado. Son también medios útiles para probar la pérdida del documento privado o público, cuando la ley lo exige como requisito *ad probationem* o *ad solemnitatem* (véase núm. 193, 3ª).

Téngase en cuenta que la prueba de la autenticidad de la fotocopia o fotografía de un documento no significa siempre la autenticidad de éste; porque puede fotografiarse o fotocoparse un documento falso y a quienes declaren sobre aquélla puede no constarles si el original era o no auténtico. Por lo tanto, si el original no era un documento auténtico o que gozara de presunción de serlo (como un título valor negociable), es indispensable establecer tanto la autenticidad del original, como la de la copia, sea por el reconocimiento expreso o tácito de la parte contra quien se opone, o sea por confesión o mediante testigos y cotejo grafológico (véase núm. 278). Naturalmente, si la parte a quien se opone la fotocopia o fotografía la reconoce expresa o implícitamente como auténtica, esto implica el reconocimiento de la firma puesta por ella o por su causante que allí aparece, y, por lo tanto, quedará establecida la doble autenticidad; igual sucede si el documento privado fotocopado no lleva la firma de quien lo reconoce, pero ha sido manuscrito por éste (véase núm. 275).

Las fotocopias o fotografías de instrumentos públicos, autenticadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos en donde se encuentra el original u otra copia auténtica, tienen el valor de copias

⁴⁷⁸ ROCHA, ob. cit., p. 497. Estamos de acuerdo con el ilustre profesor colombiano, en que si la fotocopia no es objetada ni tachada, se produce el reconocimiento tácito (ob. cit., p. 500). Véase también COUTURE, *Pruebas en materia civil*, Ediar, 1949, ps. 165-175.

auténticas. Lo mismo sucede con las de escrituras públicas, si las autentica el notario ante quien se otorgó la original; pero si la fotocopia o fotografía no ha sido autorizada por el mismo notario, no puede suplir la copia expedida por éste, que exija la ley, salvo cuando se pruebe su pérdida o destrucción y la del protocolo donde se conservaba el original, y cuando se trate de *copia o fotocopia obtenida de otra copia auténtica* que obre en una oficina judicial o administrativa o de policía, siempre que esté autenticada por el funcionario que podía expedir copias de ella (véase núm. 269), e igualmente cuando esas copias o fotocopias se obtengan del original o de otra copia auténtica en el curso de una inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa. El mismo valor tienen esas copias o fotocopias de otros instrumentos públicos y de documentos privados. En todos los anteriores casos tales copias o fotocopias tienen el mismo valor probatorio que el original.

La *microfilmación* de archivos oficiales y algunos privados está autorizada en muchos países, que les reconocen el valor de copias auténticas a las fotostáticas de los documentos microfilmados con las formalidades que allí se establecen; si faltan estas formalidades, será necesario demostrar su autenticidad y la del original como sucede con las fotografías. También se autoriza la posibilidad de la microfilmación de archivos y correspondencia de comerciantes en general, pero será necesaria la reglamentación posterior.

Las *películas* tienen el valor que le corresponde a las fotografías; si no es posible agregarlas al expediente, pueden exhibirse ante el juez, en inspección judicial, dejándose en el acta constancia de lo pertinente.

Las *grabaciones magnetofónicas* en discos, cintas o similares pueden aducirse como prueba de declaraciones y de confesiones extrajudiciales e indicios, si se establece fehacientemente su autenticidad y la identidad de la voz, por reconocimiento o confesión espontánea o provocada de la persona a quien se imputan, o con testimonios de quienes intervinieron en ellas o que presenciaron las conversaciones y siempre que no violen la intimidad del hogar, ni la reserva que la ley haya reconocido a la cuestión grabada (por ejemplo, cuando versan sobre datos de una declaración de renta y patrimonio o de un secreto profesional), porque de lo contrario será una prueba ilícita (véase núm.

117, n). La parte perjudicada puede desvirtuar esta prueba con la de haber hecho esas declaraciones en broma o para una disculpa social, es decir, sin seriedad o en estado de incapacidad o por virtud de una coacción, o mediante cualquier prueba en contrario, de la misma manera como se puede atacar una confesión extrajudicial (véanse núms. 134 y 155).

La prueba de la autenticidad de la voz y de la grabación es muy difícil de obtener y debe examinarse con mucho rigor. La simple comparación de las voces, por apreciación auditiva, nada demuestra, porque puede haberlas muy similares, es muy fácil imitar la de otras personas y no siempre la misma utiliza igual tono y acento, pues pueden cambiar por afecciones bronquiales o de la laringe. La comparación de "espectrogramas" de la voz no brinda tampoco ninguna garantía, aun cuando se utilice la misma palabra tomada de la grabación y de la persona a quien se imputa. Se han construido algunos complicados aparatos electrónicos para el análisis de las voces y su comparación, pero su exactitud es muy dudosa y no pueden dar la seguridad necesaria para construir plena prueba.

Por consiguiente, de tales grabaciones cuanto más se podrá obtener un indicio contra la persona a quien se impute esa voz, siempre que se base en un dictamen de verdaderos expertos en la materia, que hayan utilizado métodos e instrumentos realmente científicos para su estudio y que hayan concluido afirmando, sin vacilaciones, la identidad de las voces (aun así queda la posibilidad de una imitación o de que sean voces iguales, pero que provengan de diversas personas). Si el concepto de los peritos no tiene firmeza y seguridad, si apenas manifiestan que es probable que se trate de la misma voz o que hay analogía entre ellas, ningún mérito probatorio tiene, ni siquiera para estructurar un indicio, porque éste debe aparecer plenamente probado (véase núm. 302).

Si al indicio basado en un dictamen fehaciente sobre la identidad de voces se agregan otros indicios plenamente probados o testimonios fehacientes, que en conjunto no dejen la menor duda acerca de que esa conversación provino de tal persona, puede considerarse probado plenamente este hecho, y se tendrá entonces una confesión extrajudicial auténtica del hecho narrado en aquélla, si aparece expresa y seria.

En los códigos de procedimiento penal se autoriza al funcionario

de instrucción, en lo penal, para ordenar que se intercepten las comunicaciones que se hagan o reciban en determinado teléfono, mediante grabación magnetofónica, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, y que la grabación se agregue al expediente; pero se ordena al juez decretar las pruebas necesarias para identificar las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica⁴⁷⁸⁻¹.

281)a. Ver núm. 280)a.

282. Valor probatorio de los documentos rotos, enmendados, suplantados o alterados

Cuando el documento original o su copia aparece con enmendaduras, tachaduras, alteraciones o entrerrenglonaduras, se distinguen tres hipótesis: 1ª) si han sido salvadas por medio de notas puestas al margen o al fin y firmadas por las mismas partes del documento o por el funcionario que haya expedido la copia, el documento goza del mismo valor probatorio que tendría si no tuviera esos defectos; 2ª) si no aparece esa salvedad, lo interlineado o la parte enmendada o raspada, carece de valor probatorio, pero en lo demás tiene eficacia probatoria corriente; 3ª) si la enmendadura, alteración o tachadura no salvada comprende parte sustancial del documento, éste no tiene valor probatorio, en parte alguna, a menos que en la no defectuosa alcance a servir como principio de prueba por escrito (véase núm. 193, § 1º). No se requiere alegar la falsedad, ni probarla, para rechazar el documento, en el último caso.

Si el documento está roto o destruido parcialmente, el juez lo apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir: si lo que falta no es parte sustancial, podrá atenderse al texto legible restante, pero en caso contrario, apenas podrá reconocerle el valor de principio de prueba escrita cuando lo narrado en el texto que se conserve haga verosímil el acto documentado. No se distingue si esa rotura o destrucción fue extraña a la intención del interesado o por culpa de éste.

⁴⁷⁸⁻¹ Véase nuestra ponencia *Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna*, al II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal (Rosario, mayo de 1983), en *Cuadernos de Derecho Procesal*, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983, ps. 87-108.

Mucho menos se exige prueba de ausencia de culpa o de fuerza mayor o caso fortuito.

Para que la parte alterada, tachada o rota tenga eficacia probatoria, es preciso demostrar cuál era el texto original del documento, y ello puede resultar de un concepto técnico de peritos, de testimonios de quienes lo hayan conocido y puedan recordar su texto o de confesión; a falta de esta prueba, el documento tendrá eficacia únicamente en lo no alterado, tachado o roto, como acabamos de explicar.

Si existen otras copias del documento o su original, lo pertinente es aducir aquéllas o solicitar otra copia por conducto del juez u obtenerla mediante una inspección judicial, previa orden de exhibición, si no obra en oficina pública; como la negación de que existen es indefinida, a quien presente el documento defectuoso le bastará alegarlo, y la parte contraria tendrá la carga de probar que existen, si lo afirma.

282)a. Ver núm. 280)a.

283. El caso de las cartas y telegramas

Estos documentos privados tienen la característica muy importante de que gozan de garantía constitucional y legal de inviolabilidad y reserva⁴⁷⁹. La ley garantiza esta reserva, por una parte asignándole el carácter de delito a la violación de correspondencia y, por otra, otorgando la propiedad intelectual de cartas y telegramas a la persona a quien se remiten, reservando el derecho a disponer su publicidad a su autor o remitente y el derecho a aducirlos como prueba a ambos, en cualquier proceso judicial o administrativo (se debe incluir en éste el de policía), con una excepción si el autor de la carta le da un carácter confidencial, porque expresa o implícitamente solicita que los hechos referidos no se comuniquen a otras personas, el destinatario no puede aducirla como prueba en un proceso con un tercero, sin la autorización del remitente, pero sí en proceso con éste.

a) *En materia civil, laboral y contencioso-administrativa.* Si se aducen en estos procesos cartas o telegramas sin las necesarias autorizaciones, por ejemplo, mediante sustracción que de ellos haga un

⁴⁷⁹ ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, p. 505.

tercero o violando su carácter confidencial, se tratará de una prueba ilícita, similar a la producida con violación del secreto profesional, y, como consecuencia, carecerá de mérito probatorio en ese proceso (véanse núms. 117, n, y 118). Tampoco podrá citarse a su autor para que bajo juramento diga si los reconoce o no como auténticos.

Los terceros no están obligados a exhibir documentos privados de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio. Significa esto que sólo quien conforme a la ley sobre propiedad intelectual de las cartas y telegramas tiene el derecho de aducirlas como prueba, puede exigir su exhibición a quien la tenga como propietario y no es parte en ese proceso civil. En cambio, si la carta o telegrama está en poder de una de las partes del proceso, por ser destinataria, autora o heredera de una de éstas, la parte contraria puede exigirle la exhibición, aunque la segunda no sea ni el autor ni el destinatario; es decir, también los terceros respecto de la carta o telegrama, pueden exigir su exhibición por vía judicial, en el proceso con el destinatario o el autor que lo tiene en su poder. Pero si la carta es confidencial, se necesita el consentimiento de su autor.

La exhibición debe tener, en todos los casos, una significación probatoria en cuanto se persiga probar algún hecho de interés para el proceso.

Cuando la carta o telegrama se encuentre en poder de una persona distinta de su autor, de su destinatario o de sus herederos, es indispensable la autorización de uno de ellos para que aquél pueda entregarla espontáneamente a otra persona con el fin de que la aduzca como prueba en un proceso civil, administrativo o de policía, y siempre la autorización de su autor si es una carta confidencial, en virtud de las garantías de reserva que consagran los textos comentados; es suficiente entonces la autorización previa que se le haya dado a ese tercero para disponer libremente del escrito. Si en esta hipótesis se solicita judicialmente a ese tercero la exhibición de la carta o telegrama, se deben aplicar las reglas anteriores, a saber: si quien la pide es el autor o el destinatario o un heredero de éstos, tiene derecho a que se ordene y cumpla la exhibición, a menos que en el segundo caso sea una carta confidencial, pues entonces se requiere la autorización del autor; pero si es otra persona, el tenedor del escrito puede negarse a su exhibición,

si no ha sido autorizada por quien tenía el derecho de hacerlo (destinatario o autor o un heredero; el segundo o su heredero, si es carta confidencial). Además, si el tercero tiene en su poder la carta o el telegrama, en virtud de un secreto profesional, puede alegarlo como razón suficiente para negarse a su exhibición (véase núm. 118).

b) *En materia mercantil*. En los procesos de quiebra y de concurso de acreedores se autoriza al juez para tomar la totalidad de los papeles y libros del deudor y su correspondencia relacionada con sus negocios. La correspondencia de los comerciantes, vinculada con sus operaciones, forma parte de sus libros de comercio, estando obligados a dejar copia de la que ellos remitan y por tanto puede pedirse su exhibición. El valor probatorio es el mismo que en lo civil (véase núm. 291).

Por otra parte, las cartas o telegramas equivaldrían a la forma escrita cuando se exige como solemnidad un documento privado, con tal que estén firmados por el remitente o se pruebe que han sido expedidos por éste o por su orden.

c) *En materia penal*. En el proceso penal el juez puede examinar, copiar e inclusive agregar oficiosamente al expediente cualquier correspondencia postal o telegráfica que se relacione con los hechos investigados, sea favorable o desfavorable al sindicado y esté o no en poder de éste; pero en el último caso hay que tener en cuenta el secreto profesional, que se extiende a esos documentos (véase núm. 118) e inclusive las cartas dirigidas por el sindicado o su defensor o apoderado. Igualmente hay que considerar que al sindicado no se le puede exigir que bajo juramento manifieste si reconoce como suya esa correspondencia o si la recibió (precepto que se extiende a cualquier documento privado), porque equivaldría a coaccionarlo para que declare contra sí mismo. Esta prohibición se extiende respecto a los parientes del sindicado dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, de acuerdo a la ley colombiana, pero voluntariamente pueden rendir la declaración juramentada.

d) *Mérito probatorio*. En los demás aspectos, las cartas y telegramas se rigen por los principios y normas examinados al tratar de los documentos privados, con o sin firma (véanse núms. 266, 267, 271 a 280, 282 y 283). Por consiguiente, para que un telegrama tenga mérito probatorio deben establecerse su autenticidad por confesión o recono-

cimiento, testimonios o dictamen grafológico sobre el original manuscrito o firmado, sin cuyo requisito nada prueba, porque puede provenir de cualquier persona; sobre la simple copia oficial no puede operar el reconocimiento tácito por falta de tachá, porque no tiene firma ni es manuscrito por el remitente, pero si se lleva a cabo el cotejo con el original en poder de la oficina de telégrafos, manuscrito o firmado por el remitente, la falta de tachá a éste produce ese reconocimiento implícito (véase núm. 276)⁴⁸⁰.

283)a. Difieren las legislaciones respecto de la naturaleza de los telegramas:

a) Son instrumentos públicos en ARG, SFE, 182;

b) son documentos privados (si el original de la oficina expedidora fue firmado por el remitente): BRA, 374 (se presume conforme con su original; ver BRA, 375).

Su fecha es la de expedición y recepción en las oficinas telegráficas: ARG, SFE, 182; BRA, 375.

284. Valor probatorio y autenticación de los documentos otorgados en el exterior

El valor probatorio de los documentos otorgados en otros países es el mismo que la ley local extranjera les reconoce, siempre que se cumpla el requisito de la especial autenticación que la ley exige (véanse núms. 263 y 102). Igualmente, el valor que pueda corresponderles como requisito *ad substantiam actus*, se rige por su ley local (*locus regit actum*), con una excepción: cuando se trata de actos sobre bienes inmuebles ubicados en el país donde cursa el proceso (como compra-venta o hipoteca), rige la ley nacional en cuanto exige la escritura pública y su registro en la oficina correspondiente⁴⁸¹; esa escritura puede ser otorgada ante el cónsul o agente diplomático nacional con funciones de tal o ante el competente funcionario local extranjero.

Cuando el documento se otorga ante funcionario del país extranjero, luego de recibir la autenticación de sus superiores se hace au-

⁴⁸⁰ LESSONA, ob. cit., t. III, núm. 285; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria*, ed. cit., t. IV, núms. 120-121.

⁴⁸¹ ROCHA, ob. cit., ps. 541-546; RESTREPO HERNÁNDEZ, *Derecho internacional privado*, Bogotá, 1914, cita de ROCHA.

tenticar la última firma (generalmente de un funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores o el que haga sus veces) por el agente consular nacional en ese país (o, en su defecto, por el de una nación amiga y la de éste por su gobierno y luego por el agente consular nacional en ese país), lo cual hace presumir que el acto se otorgó de acuerdo con la ley local extranjera, siempre que lleve la autenticación de la firma del agente consular nacional por el Ministerio de Relaciones Exteriores. La forma de los instrumentos públicos se rige también por la ley local. Esta materia fue estudiada al tratar de la vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio (véase núm. 102).

284)a. El valor probatorio del *documento público extranjero* es idéntico que el nacional si:

- 1) Su objeto es lícito (ARG, CBA, 245; ESP, 600);
- 2) el acto que instrumenta es permitido por las leyes locales (ARG, CBA, 245; GUA, 190; ESP, 600);
- 3) su otorgamiento se hizo con arreglo a las leyes del país de origen (ARG, CBA, 245; SFE, 172; COS, 271; GUA, 190; PER, 403; ESP, 600: incluye la capacidad de los otorgantes);
- 4) está autenticado ("legalizado") en debida forma (ARG, CBA, 245; SFE, 172; COL, 259; COS, 271; CHI, 345; ECU, 209; GUA, 190: "o haya sido otorgado el documento ante el funcionario diplomático o consular de Guatemala"; PER, 403; URU, 357; ESP, 600).

CHI, 345, explica qué son *documentos legalizados*: "Cuando en ellos consta el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarse. La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile por alguno de los medios siguientes: 1) el atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores; 2) el atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del Ministerio

Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos; y 3) el atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República”.

285. Los libros de comercio y su valor probatorio

Los libros de comercio dan fe contra el comerciante, sea que estén llevados en buena o en mala forma; a favor de él, sólo en el primer caso. En pleitos entre comerciantes, si los libros de ambos están mal llevados, el juez decidirá según el mérito que le suministren las otras pruebas, porque entonces no tiene base para darle preferencia a los unos sobre los otros.

Muy importante es que al comerciante no se le admite prueba que tienda a destruir lo que resulte de sus libros. Se les da así mayor garantía y respetabilidad.

Es relevante observar que los comerciantes deben dejar copia de su correspondencia relacionada con sus negocios; tanto estas copias como la correspondencia que reciban, lo mismo que los comprobantes de las partidas contables, forman parte integrante de la contabilidad, por lo cual a ellos se extiende la exhibición.

En cuanto al mérito probatorio tenemos que hacen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, tanto judicial como extrajudicialmente; en cambio, en cuestiones civiles, aun entre comerciantes, dichos libros y papeles sólo tendrán valor probatorio contra el comerciante que los lleve, respecto a lo que en ellos conste de manera clara y completa, siempre que su contraparte no los rechace en lo que a ésta resulten desfavorecidos (es decir, se les aplica el *principio de la indivisibilidad*).

285.a)a. Los libros de comercio prueban:

1) Contra su autor: BRA, 378 (sin embargo, el comerciante puede probar por todos los medios que los asientos no son veraces, ver BRA, 378); COL, 271 (cuando no estén llevados en legal forma,

no se le admite prueba que tienda a destruir lo que resulte de sus libros); GUA, 189;

2) a favor de su autor, en litigio entre comerciantes y siempre que se lleven con los requisitos legales: BRA, 379; COL, 271; GUA, 189.

El juez puede ordenar su exhibición total (BRA, 381: en casos de liquidación de sociedad, sucesión por muerte de socio y cuando lo determina la ley) o parcial (BRA, 382; COL, 288: se limita a los asientos y papeles que tienen relación necesaria con el objeto del proceso), y la verificación se realiza en el lugar donde se hallan (PER, 445; ESP, 605).

El comerciante que no presenta sus libros queda sujeto a los libros de su contraparte en tanto estén llevados en forma legal, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado, siquiera sumariamente, una causa justificativa de su renuencia, dentro de un plazo dado por la ley, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale (COL, 288).

b) Las *notas y registros domésticos* prueban cuando:

1) Enuncian el recibo de un crédito: BRA, 376;

2) contienen anotación que suple la falta de título de quien es apuntado como acreedor: BRA, 376;

3) expresan conocimiento de hechos para los cuales no se exige determinada prueba: BRA, 376.

Hace fe contra el que los ha escrito o firmado: COL, 281; URU, 353.

286. El registro como requisito para la eficacia probatoria del documento y como medio de prueba

Al tratar de los requisitos para la eficacia probatoria de los documentos en general y de los documentos públicos en particular (véanse núms. 236, punto 7, y 269), vimos que cuando se trate de escrituras públicas que por ley deban ser inscriptas en una Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o en el Registro comercial, para que tengan valor probatorio como tales *contra terceros*, deben llevar la constancia de haber sido registradas debidamente o ésta debe suplirse con el certificado de la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos

o Cámara de Comercio; pero *contra las partes* tienen mérito probatorio normal sin registro, salvo los efectos sustanciales propios de éste en cuanto a la transferencia o gravamen o limitación de bienes inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos. Los efectos que produzcan modificaciones a la situación de los inmuebles o gravámenes sobre éstos, sólo se producen con el registro.

No es indispensable que la constancia del registro de la escritura o sentencia aparezca en su copia, pues si obra en el proceso la prueba de haberse cumplido tal formalidad, se cumple la exigencia legal. Es suficiente la certificación del registrador de instrumentos públicos del respectivo circuito, y también las constancias que se dejen en el acta de una inspección judicial sobre los libros de registro (aunque lo lógico es pedir el certificado, en vez de ésta). Lo anterior se aplica a la prueba del registro en las Cámaras de Comercio.

Por regla general, los certificados del registrador no suplen las copias de las escrituras, cuando son pruebas necesarias, sino que las complementan y suplen la simple constancia de su registro. Sin embargo, por excepción se acepta como prueba supletoria del título la certificación del registrador acerca de los puntos de que trata la escritura y que constan en la oficina de registro, cuando se prueba la pérdida del protocolo o del expediente en donde se encontraba y no existe otra copia en poder del interesado o en alguna oficina pública; esta certificación sólo se debe expedir mediante despacho que le libre el juez de la causa, a petición de parte o de oficio.

La falta de registro y de protocolo, cuando los respectivos archivos han sido destruidos, se puede suplir solicitando la exhibición de la copia que de la escritura tenga la parte contraria o un tercero, para que se tome copia por el juez, o con testimonios de quienes conocieron el original o alguna copia, si no existe ninguna. Cuando falte sólo la constancia del registro en la copia, se le envía al registrador para que certifique si allí aparece registrada dicha escritura, la cual debe ordenar el juez de oficio si la parte no se lo solicita. Lo mismo debe aplicarse a la falta de constancia en una copia, del registro mercantil.

287. Los requisitos del timbre y del papel oficial

Cuando la ley exige el impuesto del papel oficial o sellado para la documentación del acto, su otorgamiento en papel común no le quita valor, pero la eficacia probatoria del documento queda condicionada a que se pague la sanción fiscal que la misma ley contempla y mediante la cual se revalida dicho papel. El juez debe enviar oficiosamente el documento al recaudador de impuestos nacionales del lugar, para que proceda a liquidar el monto del impuesto y la multa; pero si la parte interesada no los paga, se devuelve al juez el documento y no es considerado como prueba (véase núm. 263).

Cuando la ley lo exija, todos los documentos privados que se presenten como prueba y las copias de instrumentos públicos deben llevar adheridas y anuladas las estampillas de timbre que conforme a la ley les corresponde o el sello de la administración de hacienda en que conste su pago, para que el juez pueda reconocerles eficacia probatoria (véase núm. 263). Si no se ha cumplido este requisito, el juez debe ordenar de oficio que se remita el documento a la oficina recaudadora para que se liquide el impuesto y la multa correspondiente; si la parte interesada no cancela el gravamen y la multa, se devuelve el documento al juzgado, y el juez se abstiene de considerarlo como prueba.

Se trata de requisitos simplemente *ad probationem* y no para la validez ni la existencia jurídica del acto o de las obligaciones y derechos que de él emanan.

Sin embargo, cuando la prueba documental ha sido decretada de oficio por el juez o el magistrado, “no aparece como razonable y lógico, que ante la renuencia de uno de los litigantes o de todos en cancelar los gastos ocasionados en la producción de un medio de convicción decretado de oficio, quede por ello subestimado el principio de la inquisición en materia probatoria y, por ende, sin ningún efecto o nugatorias las facultades oficiosas del sentenciador”, como con estúpido criterio lo ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia. Es decir: que en ese caso se le debe reconocer al documento mérito probatorio aun cuando no se haya pagado el impuesto de timbre.

288. Pérdida o destrucción del documento

En el número 286 vimos cómo puede suplirse el documento perdido o destruido, con el certificado de la oficina de registro o con copia de otra copia que se encuentre en poder de la parte contraria o de un tercero, y en último caso con testimonios.

En el número 193 estudiamos la conducencia de la prueba testimonial para establecer el nacimiento, la modificación o la extinción de obligaciones emanadas de contratos que han debido consignarse por escrito, cuando se produce su pérdida o destrucción. En el número 282 examinamos el valor probatorio de los documentos rotos o parcialmente destruidos. Nos remitimos a lo expuesto en esos números.

289. Prueba documental de informes de bancos e instituciones de crédito y entidades oficiales

El artículo 278 del Código de Procedimiento Civil colombiano consagra la prueba de informes de bancos e instituciones de crédito. Les da valor probatorio a los informes de bancos e instituciones de crédito legalmente autorizadas, para cualquier fin, con tres requisitos: 1) que la operación esté registrada en sus libros o que de ella haya constancia escrita en sus archivos; 2) que se expidan bajo juramento, que se considera prestado por el solo hecho de la firma; 3) que los firme el gerente o el funcionario autorizado para ello (lo último debe presumirse).

Se permite que la parte contraria e inclusive la parte que solicita el informe, o ambas si se peticionó de oficio, pidan adiciones o aclaraciones dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que lo admite. Si alguna de las partes sospecha que a pesar de la seriedad que debe tener todo banco, ha habido una colusión fraudulenta en favor de la otra parte, podrá solicitar una inspección si está en tiempo de pedir pruebas, o pedirle al juez que la practique de oficio. También podrá pedirla por fuera del proceso y si de ella aparece la falsedad puede llevarle al juez copia del acta, en la seguridad de que éste la tendrá en cuenta oficiosamente y decretará otra por él mismo para verificar ese hecho, pues es lógico que haga uso de sus facultades oficiosas en un caso como éste, que será verdaderamente excepcional.

También en segunda instancia se debe aceptar la solicitud para practicar esa inspección, si el informe se rindió cuando ya no podía pedirse pruebas en la primera, por ser un hecho nuevo.

El artículo 199 del Código de Procedimiento Civil autoriza también informes oficiales de los representantes administrativos de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos; se trata de otra prueba *sui generis*, análoga a los informes antes mencionados.

Téngase en cuenta que los informes de instituciones privadas no son certificados, porque éstos deben emanar siempre de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Su naturaleza jurídica probatoria, como la de los informes oficiales de los representantes administrativos de las entidades públicas depende de su contenido y pueden presentar tres hipótesis: 1ª) si se copian actuaciones, oficios o datos contables que consten en libros y archivos, se tratará de simple prueba documental, de carácter público o privado, según la entidad que lo rinda, y el juez la debe apreciar conforme a las reglas que determinan el mérito de esta clase de prueba; 2ª) si el informante se limita a referir lo que le consta de los hechos, sin copiar documentos, se tratará de un testimonio rendido por escrito, similar al que se autoriza para ciertos funcionarios, y el juez debe aplicarle la crítica propia de esa prueba; 3ª) si contienen copias de documentos y narración personal, se tratará de una prueba mixta (documental y testimonial). Es decir, no existe la prueba de informes como autónoma, sino apenas se trata de una manera especial de allegar al proceso la prueba documental y testimonial.

Existe otra clase de informes, que se asimilan a peritaciones, *sui generis* sin posesión de los expertos en cada caso, pues basta la del cargo, y son cuando los rinden técnicos o científicos al servicio de entidades y oficinas públicas o de la policía judicial. Si se rinden como testimonios, serían técnicos y científicos aptos para suplir la peritación (véase núm. 169).

Respecto a informes de la policía judicial existe norma expresa en el Código de Procedimiento Penal, lo mismo que respecto a las autopsias o necropsias e informes de lesiones y enfermedades por los médicos legistas y del estado mental de los reclusos en manicomios,

clínicas oficiales y lugares similares, se tiene que los primeros son testimonios oficiales que deben notificarse en declaración juramentada, y los otros son peritaciones oficiales (véase núm. 234).

289)a. Además de COL, 278, cuyos requisitos son sintetizados por el autor en el texto, autoriza este medio de prueba, GUA, 183: "El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquiera oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso". ARG, SFE, 228, legisla la prueba de informes como medio autónomo, dedicando una sola norma a su regulación: "Los jueces podrán, de oficio o a petición de parte, requerir de las oficinas, establecimientos bancarios o de otra índole, pero de importancia análoga, informes, certificados, copias o antecedentes relativos a hechos concretos, claramente individualizados, que se ventilen en el pleito y *que consten en anotaciones o asientos de sus libros*. Podrán, igualmente, otorgar a las partes una credencial, con transcripción de este artículo, que los autorice a gestionar de modo directo tales datos, los que deberán ser expedidos con nota de no servir sino para el juicio". También ARG, NAC, 396; BUE, 394, consagran autónomamente este medio de prueba con esta limitación: no será admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos.

290. Interpretación y valoración del documento.

Su indivisibilidad. Documentos contradictorios

En los números 279 y 280 estudiamos el valor probatorio de los documentos públicos y privados. Agregamos ahora que para una adecuada valoración de cualquier documento, es indispensable su correcta interpretación, es decir, conocer exactamente qué significa lo que en él se dice.

Los códigos civiles contienen sabias normas sobre interpretación de los contratos, que regirían por obvias aunque no tuvieran consagración legal y que deben aplicarse también a las declaraciones documentales unilaterales: "Conocida claramente la intención de los con-

tratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, regla que se aplica a las declaraciones ambiguas y a las inadecuadas, aun cuando sean claras⁴⁸² (se requiere que sea la intención común y no la de uno de los contratantes); si una cláusula aparece ambigua, debe recurrirse a las demás y hacerse una interpretación conjunta del contrato o recurrirse a las de otro celebrado entre las mismas partes y sobre la misma materia; las cláusulas del contrato se interpretan “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”, o por otros contratos celebrados entre las mismas⁴⁸³.

Lógico aparecen también las siguientes normas de los códigos civiles: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; las cláusulas de uso común, se presumen aunque no se expresen”. “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”; es una especie de “riesgo de la errónea transmisión del pensamiento”⁴⁸⁴.

Esa interpretación del documento con base en la intención real que las partes tuvieron al elaborarlo, tiene una importante limitación cuando se le aduce como prueba contra terceros y cuando éstos se atienen a su tenor literal. En efecto, la necesaria protección a la buena fe y a las relaciones del comercio jurídico exige que en contra y en favor de los terceros se acepte el sentido natural y lógico que el texto del documento presenta⁴⁸⁵.

En la interpretación del documento y su valoración probatoria,

⁴⁸² CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, núm. 138, p. 370.

⁴⁸³ CARNELUTTI, ob. cit., ps. 372-373.

⁴⁸⁴ CARNELUTTI, ob. cit., p. 367.

⁴⁸⁵ MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ed. cit., ps. 201-204; CASTÁN y CARIOTA FERRARA, citados por el mismo.

debe tenerse en cuenta el principio de su indivisibilidad, análogo al de la confesión (véase núm. 151), sin que pueda separarse lo dispositivo de lo meramente enunciativo, siempre que esto tenga relación directa con aquello (véase núm. 279, c).

Cuando la misma parte presente dos o más instrumentos de igual naturaleza, contrarios entre sí, o sea en forma que lo dicho en el uno desvirtúe lo expuesto en el otro, el juez debe desestimarlos en lo contradictorio, salvo que, por otros medios de prueba, se demuestre ser verdad lo consignado en alguno de ellos; pero cuando el uno contiene un contrato o una declaración simulados y el otro sirve de prueba de tal simulación (véase núm. 192) o si aparece claramente que el posterior sustituye al primero, se le debe dar preferencia al que prueba la simulación y al que sustituye el anterior, respectivamente. Cuando esos documentos son aducidos por las distintas partes, se deben apreciar tanto por separado como en conjunto, para concluir, mediante su razonable apreciación, si se desvirtúan recíprocamente sólo en forma parcial, o si el posterior sustituye al otro por aparecer que ésa fue la finalidad perseguida al otorgarlo, o si por otras razones debe prevalecer uno de ellos. En todo caso es indispensable proceder a su interpretación y valoración de acuerdo con las normas generales estudiadas en los números anteriores para determinar la verdadera intención que se tuvo al otorgar el de fecha posterior, que puede ser para aclarar o corregir el primero, o para hacer constar la simulación total o parcial de obligaciones o derechos, etcétera; por lo que únicamente cuando no pueda conocerse que tal fue esa intención cabe considerarlos como verdaderamente contradictorios y excluyentes de su respectiva eficacia probatoria (véase núm. 192).

Si la contradicción que evidentemente exista entre los varios documentos se refiere a una parte de sus estipulaciones, se deben desestimar únicamente en ésta, y conservan su eficacia probatoria en lo demás. Naturalmente, si por cualquier otro medio de prueba se establece cuál sea el documento cierto, se le da preferencia sobre el otro. Por otra parte, esos documentos contradictorios si bien no prueban por sí mismos, equivalen al principio de prueba por escrito.

En cuanto a la apreciación o valoración del mérito probatorio propiamente dicho, téngase en cuenta las distintas clases de documentos

(públicos y privados, dispositivos y meramente declarativos, testimoniales o declarativos provenientes de terceros, con o sin firma, auténticos o no, *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* y *ad probationem*, que se estudiaron en los núms. 257, 266, 269 a 286) y los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria (núms. 261 a 263).

290)a. La *eficacia probatoria* del documento público y privado es *indivisible* (BOL, 401; BRA, 373: es prohibido a la parte aceptar los hechos favorables y negar los contrarios, salvo que pruebe que éstos no se verificaron; COL, 258: comprende aun lo meramente enunciativo que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; ECU, 197; URU, 372: documento privado).

291. Exhibición de documentos u otras cosas muebles y libros o papeles de comercio

I) *De documentos no comerciales y otras cosas muebles*. En materia de exhibición de documentos existen algunos principios:

En primer lugar, quien pretenda utilizar documentos originales o en copia, que se hallen en poder de otra de las partes o de un tercero, debe solicitar su exhibición dentro de la oportunidad para pedir pruebas, lo cual significa que no se puede pedir la inspección judicial sobre el documento sin que sea el resultado de una exhibición decretada por el juez.

Debe tenerse en cuenta lo expuesto sobre exhibición de cartas y telegramas en el número 283.

Quien pida la exhibición deberá expresar los hechos que pretende demostrar y las características del documento y afirmar que éste se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo. Con esa sola afirmación el juez decreta la exhibición. Se cambia, pues, el sistema: ya no se tramita incidente, y la diligencia se practica en el despacho del juez, si éste lo prefiere, o donde esté el documento.

Una vez que se ha dado la orden de exhibición pueden ocurrir varias hipótesis:

1ª) Se presenta el documento sin oposición y entonces el juez lo podrá transcribir o reproducir mecánicamente por xerocopia, fotocopia u otro medio similar, a menos que la parte que lo tiene acceda volun-

tariamente a que se agregue al expediente, pues entonces así se hace. El juez no puede forzar la entrega del documento para agregarlo al expediente, porque la parte o el tercero sólo tienen la carga de exhibirlo, salvo en materia penal.

2ª) Por el contrario, puede suceder que la persona a quien se ordene la exhibición formule oposición en el término de ejecutoria del auto que la decreta, alegando que no tiene el documento, o que éste goza de reserva legal, o que lo tiene pero no le pertenece y sobre él existe una reserva profesional; entonces el juez al decidir la instancia o el incidente en que fue decretada la exhibición, apreciará los motivos de la oposición. Quienes se opongan a la exhibición correrán el riesgo de que les resulten efectos perjudiciales para la sentencia o dicho incidente, los cuales se determinarán así:

a) Si bien basta afirmar que el documento se encuentra en poder de la otra parte o del tercero para que se ordene la exhibición, en cambio para que se saquen circunstancias adversas al que se opuso a ella y no la cumplió, hace falta que en el expediente aparezca la prueba de que ese documento estaba en poder de éste, para lo cual será aconsejable llevar esa prueba con el escrito en que se solicite la exhibición o pedirla junto con las demás del proceso. Por ejemplo: si se trata de libros de comercio, se puede presentar el certificado de la Cámara de Comercio de que ese comerciante registró sus libros, lo cual hará presumir que éstos subsisten, de manera que si aquél alega que se perdieron o destruyeron tendrá la carga de probar ese hecho, y en general el que justifique su negativa a exhibir. Cuando se trate de otro tipo de documento, quien pide su exhibición puede llevar declaraciones de testigos o utilizar el interrogatorio a la parte para probar su existencia y que ésta lo tiene en su poder.

b) Si el juez encuentra probado que el documento está en poder de esa parte, deberá examinar la excusa que dio ésta para negarse a exhibirlo. En ese aspecto la situación es similar a la anterior: para que la exhibición no se realice basta simplemente manifestar la oposición; pero para justificar la negativa y evitar las consecuencias adversas, si la otra parte probó que el documento estaba en poder de aquélla, es indispensable probar el hecho justificativo, a menos que se trate de un documento que goce de reserva legal o que esté amparado por el secreto profesional, porque entonces no se requiere otra prueba. Esas consecuencias son diferentes

según se trate de una parte o de un tercero: 1. Si el renuente es una parte del proceso, se tienen por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, siempre que admitan prueba de confesión, y si el hecho no admite esa prueba, tal conducta se considera como un indicio (es una regulación similar a la adoptada en materia de interrogatorio de parte, cuando la citada no concurre o se niega a responder). 2. Cuando se trate de exhibición pedida a un tercero, como no es el caso de obtener ninguna consecuencia probatoria, se le aplica una multa, a menos que sea exonerado de ella porque justifique su negativa.

c) Puede suceder también que la parte o el tercero a quien se pidió la exhibición no se opongan dentro del término que la ley procesal señale. En ese caso no puede haber oposición posteriormente, pero si a pesar de ello no se exhibe el documento en la diligencia señalada, se aplica la misma consecuencia probatoria desfavorable o la multa, salvo que dentro del término que la ley procesal señale se pruebe siquiera sumariamente causa justificativa de la no exhibición y que luego se cumpla en la nueva diligencia que se señale.

Cuando se trata de una parte, el hecho de que el documento le cause perjuicio no puede ser motivo para justificar su negativa a exhibirlo, porque como con él se busca precisamente una prueba contra esa parte, es lógico que por este aspecto siempre el documento le va a causar un perjuicio; en cambio será motivo suficiente que el documento goce de reserva legal.

Se aplica la misma regulación cuando se trate de exhibir cosas muebles.

Cuando la exhibición haya de practicarse con una inspección judicial, se aplican las reglas relativas a ésta, lo cual es obvio.

Estas normas se aplican a los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; pero no a los penales, pues en éstos el juez tiene poderes coercitivos para apoderarse de los documentos o cosas muebles con valor probatorio y para imponer multas y arrestos por desacato, pero no opera la confesión ficta, sino apenas un indicio contra el procesado renuente.

II) *De libros y papeles de comerciantes.* Deben tenerse en cuenta las normas especiales que consagra el Código de Comercio.

CAPÍTULO XXVI

DE LA PRUEBA DE INDICIOS

292. Qué se entiende por indicios

Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o juntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales⁴⁸⁶.

293. Los indicios son un medio de prueba

Por lo general la doctrina reconoce el carácter de medio de prueba a los indicios⁴⁸⁷. Sin embargo, Florian y Leo Rosenberg consideran que los indicios no son prueba, sino objeto y argumento de prueba⁴⁸⁸;

⁴⁸⁶ GIANTURCO, Vito, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, ps. 2-3 y 169; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 304; CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, núm. 211, ps. 501-502; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 807-810; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. I, ps. 205-225; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1877, ps. 123-124 y parte séptima, ps. 351-360; ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, 1967, ps. 615-624; MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, p. 223; ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, 1944, ps. 62, 79, 80; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1952, t. III, núm. 332 bis, p. 482.

⁴⁸⁷ Véanse citas anteriores.

⁴⁸⁸ ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, p. 204; FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. I, núm. 60.

su error consiste en contemplar el hecho en sí mismo, separado de la inferencia que de él obtiene el juez y que constituye su fuerza probatoria⁴⁸⁹.

294. Naturaleza de la prueba de indicios

Los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta (véase núm. 117, puntos a, d). No pueden ser una prueba histórica ni representativa y mucho menos directa, porque su función probatoria consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos crítico-lógicos, basados en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigando⁴⁹⁰.

295. Diferencia entre indicios y presunciones judiciales o de hombre

Algunos autores como Mittermaier, Gianturco, Guasp, Bonnier, de Pina y Rocha, identifican estos dos conceptos y lo mismo ocurre en numerosos códigos civiles y de procedimiento⁴⁹¹ (así ocurría en los arts. 1768 y 1769 del C. C. colombiano, que fueron derogados por el nuevo C. de P. C. de 1970).

Pero la mayoría los distingue, sin dejar de reconocer que los indicios operan como base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y que éstas concurren en la valoración de aquéllos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que guían el criterio del juzgador al apre-

⁴⁸⁹ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 45, ps. 191-194.

⁴⁹⁰ GIANTURCO, ob. cit., p. 173; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 304-305; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 127-129 y 214-217; CARNELUTTI, ob. cit., núm. 211, ps. 501-502.

⁴⁹¹ MITTERMAIER, ob. cit., p. 446; GIANTURCO, ob. cit., ps. 16-20, 29, 31, 169-178; GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, 1962, ps. 428-432; ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, 1967, p. 614; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 809-810; DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, ps. 225-233; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 6 y t. V, núms. 57 y 75.

ciar el mérito probatorio de aquéllos⁴⁹². Adoptamos la última opinión, porque el indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial o de hombre consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados, que le permite al juez darle valor probatorio a aquél, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata (véase núm. 29). La presunción judicial sirve de razón para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios, y, por lo tanto, no puede confundirse con éstos (véanse núms. 310-313). Por esto mismo, el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, al paso que la presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado y el indiciario han ocurrido. Separando adecuadamente estas dos nociones, se obtiene un concepto claro y exacto de ambas. Además, las presunciones se aplican también a la valoración de todas las otras pruebas.

Es indispensable distinguir expresamente el indicio y la presunción, como vimos.

296. Importancia de la prueba de indicios

Tanto en el proceso civil-comercial y en el laboral, como en el penal, la prueba de indicios tiene una gran importancia, para suplir la falta, muy frecuente sobre todo en el último, de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez. Su importancia creció con la abolición del tormento para obtener confesiones y en el derecho moderno cuando, gracias a la libertad que se dio al juez para valorarla, de acuerdo con las reglas de la sicología, de la lógica y de la experiencia, se reconoció que

⁴⁹² FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 214-215 y 224-227; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., p. 200 y nota 342; PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 467; MESSINA, *Regimen delle prove nel nuovo Cod. di Proc. Pen.*, núm. 209; MANZINI, *Trattato di dir. proc. pen. it.*, t. III, p. 417; FLORIAN, *La prove penale*, Milano, 1921, t. I, núm. 38; SABATTINI, *Principii di dir. proc. pen. it.*, Castello, 1931, ps. 330-331; ELLERO, ob. cit., ps. 28, 207, 213 y 217; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 153-154; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ed. cit., ps. 183-196 y 225-226; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 519-521.

puede llegar a ser plena o completa, suficiente para formar por sí sola la convicción o certeza necesaria para proferir la decisión sobre los hechos investigados, lo mismo en el proceso penal que en el civil o en otro cualquiera⁴⁹³.

Ciertamente es una prueba de difícil valoración y para otorgarle la calidad de plena se debe aplicar el máximo de rigor crítico; pero lo mismo ocurre con la prueba por testimonios (véase núm. 209). Más adelante examinaremos los principios fundamentales para su correcta apreciación (véase núm. 307). En el proceso penal es una prueba indispensable en la mayoría de los casos; en los procesos civiles, comerciales y laborales, tiene aplicación decisiva en muchos, por ejemplo, cuando se discute sobre posesión de estado civil, filiación extramatrimonial, conocimiento o ignorancia de la ley, la intención de los contratantes cuando las declaraciones son ambiguas, la mala fe o fraude, la simulación de contratos, el consentimiento tácito, la posesión material de bienes⁴⁹⁴. En lo contencioso-administrativo es menos utilizada debido a que generalmente se trata de acusaciones contra actos escritos de la administración pública; pero sin embargo puede tener aplicación en los casos de indemnizaciones por simples hechos de los funcionarios que no estén precedidos de un acto escrito, como en ciertas ocupaciones de bienes muebles o inmuebles.

Las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escrituras, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etcétera, han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios. Los dictámenes de los expertos en la técnica de investigación, cada día más numerosos, cuando prueban plenamente los hechos objeto del mismo, le prestan actualmente un auxilio valiosísimo a la prueba indiciaria, por lo cual algunos la consideran ya como la principal en el proceso penal y una de las mejores en los demás procesos⁴⁹⁵.

⁴⁹³ GIANTURCO, ob. cit., ps. 8-9.

⁴⁹⁴ LESSONA, ob. cit., t. V, núms. 196, 207-211.

⁴⁹⁵ DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, ed. cit., Caps. XI y ss.; GIANTURCO, ob. cit., Caps. I, VI, VII; FAUTRIER, Segundo, *La prueba de indicios*,

297. Distintas clases de indicios

El número de los indicios es prácticamente ilimitado y ninguna clasificación puede comprenderlos totalmente. De ahí que mientras los antiguos juristas elaboraron, a manera de tarifa legal, largas y minuciosas clasificaciones que tenían por fin guiar el criterio de los jueces que por entonces carecían de una suficiente preparación para su examen personal, los modernos expositores están de acuerdo en que tales clasificaciones sean artificiales e inútiles, en presencia de la libertad de que goza el juzgador para la apreciación de su fuerza probatoria (véase núm. 307).

Sin embargo, conservan cierta utilidad práctica algunas de esas clasificaciones, por ejemplo: a) la de indicios *anteriores, concomitantes y posteriores* al hecho desconocido que se trata de verificar; b) la de indicios *personales o subjetivos y reales o materiales*, según se refieran a condiciones y modos de ser de una persona (como la capacidad intelectual, física y moral para el acto delictivo o el hecho de significación civil) o a cosas, huellas, rastros y similares; c) la de *necesarios y contingentes*, según que uno solo baste para producir el convencimiento en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado (lo cual sólo ocurre cuando corresponde a una ley física inalterable) o que apenas constituya una inferencia de probabilidad; d) la de *graves y leves*, en que se subdividen los contingentes, o también la de *inmediatos y mediatos*, según la proximidad de la conexión entre los dos hechos; e) la de *positivos y negativos*, según que concurren a indicar la existencia o la inexistencia del hecho investigado o de la responsabilidad del sindicado; f) la de *causales y de efectos*, según que determinen la causa del hecho o signifiquen efectos del mismo (Framarino dei Malatesta habla de indicios causales de la capacidad intelectual, física y moral del sindicado para cometer el ilícito, y de indicios de efectos deducidos de las huellas materiales y morales del delito; Ellero habla de indicios causales de capacidad para delinquir, del móvil, de la oportunidad de delinquir, y de indicios de efectos como huellas del

Buenos Aires, 1940, ps. 9, 54 y 106; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., Cap. II, p. 42 y Cap. IV, ps. 458-460; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 813-823; GARRAUD, cita de GORPHE, ob. y ps. cit.

delito y manifestaciones posteriores a ésta)⁴⁹⁶; g) *ordinarios y técnicos o científicos*, según exijan o no conocimientos especializados para apreciarlos.

Es decir, en muchos casos el hecho indiciario es un efecto del hecho desconocido que le sirve de causa; pero en ocasiones aquél puede ser el hecho-causa y lo investigado un hecho-efecto.

298. En el proceso penal la confesión no es un indicio

Algunos autores consideran que la confesión es en el proceso penal un indicio, en virtud de que no tiene el valor de plena prueba⁴⁹⁷, pero, como observa atinadamente Carnelutti, esta circunstancia no sirve para asignarle tal carácter, porque aquélla es una prueba histórica representativa, al paso que el indicio, por contrario, es una prueba crítica-lógica⁴⁹⁸. Apenas puede decirse que en el proceso penal en que se deja al juez en libertad para valorar su mérito probatorio y no es suficiente para condenar, la confesión es prueba de un hecho indiciario: el reconocimiento por el confesante de la autoría o de la responsabilidad del hecho o de la obligación.

299. Los otros medios de prueba tampoco son indicios cuando no producen el pleno convencimiento

Otro error similar es el de considerar indicios las pruebas imperfectas o incompletas, que no alcanzan a formar el convencimiento del juez, como uno o varios testimonios sin suficiente razón del dicho, o un documento no auténtico o un dictamen pericial insuficiente. Éste es un concepto irregular e inadmisibles del indicio, porque, como veremos más adelante, para que un hecho tenga este carácter, debe aparecer plenamente probado, de manera que si los testimonios, el documento o el dictamen de peritos no sirven para formar el convencimiento

⁴⁹⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 266-318; GIANTURCO, ob. cit., Cap. VI, ps. 81-132; ELLERO, ob. cit., ps. 68-99; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 827-829; FAUTRIER, ob. cit., ps. 16-31; LÓPEZ MORENO, Santiago, *La prueba de indicios*, Madrid, 1887, ps. 152-154.

⁴⁹⁷ MANZINI, *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 335.

⁴⁹⁸ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 31, nota 161.

del juez, carecen totalmente de valor probatorio y no pueden demostrar la existencia del hecho indicador⁴⁹⁹. Cuando varios medios de prueba imperfectos otorgan en conjunto ese pleno conocimiento, tampoco se trata de indicios, sino de una prueba mixta o compleja formada por ese grupo de medios.

En el caso del llamado principio de prueba escrita (véase núm. 193) existe una prueba completa del hecho del otorgamiento de ese escrito, cuya autenticidad debe estar probada o legalmente presumida, que sirve de indicio del contrato celebrado, y, por lo tanto, no se trata de una excepción a la tesis que en este número defendemos.

300. Fundamento del valor probatorio de los indicios y naturaleza del razonamiento valorativo

La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido que investiga. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos; en el primer caso, se trata de esas máximas o reglas generales de la experiencia, que le sirven al juez de guía segura para la valoración de toda clase de pruebas y en especial de la indiciaria (véase núm. 29). Al juez le basta aplicar a los hechos indiciarios debidamente probados y que conoce con certeza, esas máximas comunes o los conocimientos especiales que tenga o que le hayan suministrado unos expertos, para obtener con la ayuda de la lógica su conclusión acerca de si de aquéllos se induce o deduce el hecho por verificar.

Si se contemplan los hechos indiciarios conocidos y la conclusión que de ellos se obtiene para dar por cierto el hecho desconocido, es indudable que la operación lógica que entonces se utiliza, es de naturaleza inductiva: de aquéllos se induce la existencia o inexistencia de éste; desde ese punto de vista tienen razón los autores que consideran inductivo el razonamiento probatorio que acompaña a los indicios⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 202, p. 407.

⁵⁰⁰ LÓPEZ MORENO, ob. cit., cita de DELLEPIANE, ob. cit., p. 69; GARRAUD, *Droit criminel*, cita de FAUTRIER, ob. cit., p. 49.

(por ejemplo: el juez parte del hecho probado de la fuga del sindicado o imputado, como premisa mayor; le aplica a este hecho la regla de experiencia que hace presumir una conciencia de culpabilidad en quien se fuga, como premisa menor, e induce de aquella fuga que es probable que ese sujeto sea culpable).

Pero si se contempla la máxima general de la experiencia o la regla técnica que se utiliza para el argumento probatorio como premisa mayor, se tiene que de la generalidad y constancia de aquélla se deduce el nexo o conexión que debe existir entre el hecho indiciario y el hecho desconocido por probar, y entonces aparece una especie de razonamiento deductivo, aun cuando en el fondo es una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa, como observa Dellepiane (por ejemplo: la experiencia indica que quien se fuga tiene generalmente conciencia de su culpa o responsabilidad, es así que el imputado se ha fugado, luego puede deducirse que es probable que sea responsable del hecho delictuoso que se le imputa). Por lo tanto, no puede descartarse el razonamiento deductivo en la valoración de la prueba por indicios, como lo enseñan también otros autores: inducción y deducción se confunden en el juicio lógico-crítico⁵⁰¹.

En todo caso, la fuerza probatoria de los indicios, supuesta la prueba plena de los hechos indiciarios, depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentra entre aquéllos y el hecho desconocido que investiga, con fundamento en las reglas generales de la experiencia o en las técnicas, según el caso; es decir, depende de la mayor o menor probabilidad del hecho indicado en razón de la existencia de los indicios contingentes o de la indispensable relación de causa a efecto, o viceversa, que existe entre aquél y el indicio necesario. Pero para que esta fuerza probatoria sea eficaz, es indispensable eliminar, como advierten Dellepiane, Framarino y Gorphe⁵⁰², las dos falsas causas que pueden producir una aparente fuerza probatoria: la falsifi-

⁵⁰¹ DELLEPIANE, ob. cit., ps. 69-71; GIANTURCO, ob. cit., p. 27; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 46; GARRAUD, cita de GORPHE, ob. y p. cit.; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ed. cit., ps. 187-188; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 14, 15 y 45.

⁵⁰² DELLEPIANE, ob. cit., ps. 79 y 96; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 172-173 y 258-260; GORPHE, ob. cit., ps. 49, 71-72 y 169-170.

cación de los hechos indiciarios o de su prueba y el azar que haya podido crear una aparente conexión entre éstos y el hecho investigado. Lo primero puede ocurrir tanto en los indicios necesarios como en los contingentes; lo último es improbable en los indicios necesarios, debido a su peculiar condición. Sólo cuando esas dos hipótesis quedan desvirtuadas, los indicios podrán gozar de su plena eficacia probatoria y disminuirá ésta a medida que resulten posibles aquéllas.

Por consiguiente, los indicios pueden llevarle al juez la certeza sobre el hecho o únicamente el concepto de su probabilidad o verosimilitud. En el primer caso los indicios contingentes o el indicio necesario, constituirán plena prueba; en el segundo, se tendrá una prueba incompleta que apenas hace el hecho investigado verosímil o probable (véanse núms. 75 y 308), pero se puede perfeccionar con la ayuda de otros medios. Más adelante veremos cuándo se les puede reconocer el carácter de plena prueba (véanse núms. 304 y 307). Si no se llega a ésta, deben desecharse y se aplica la regla sobre carga de la prueba, o la del *in dubio pro reo*.

301. Cuándo existe indicio necesario. Diferencia con el grave

Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible o absolutamente cierta demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (según se trate de indicio necesario positivo o negativo); ya no se trata de hacerlo posible, ni probable, para que unido a otros similares formen aquella certeza, sino de constituirla por sí solo, con independencia de cualquier otra prueba. Para esto es indispensable que la regla de la experiencia o científica que le sirve de fundamento o que constituye la premisa mayor del razonamiento indiciario, sea de aquellas que no sufren excepción, que ineludiblemente se cumple, para que la inferencia indiciaria resulte también inexorablemente cierta, lo cual sólo ocurre en las leyes físicas inmutables y constantes; por ejemplo: de la regla de la experiencia que indica que solamente seres humanos pueden, en nuestro planeta, edificar una verdadera casa de habitación, puede inferirse que la edificación existente en un lugar prueba plenamente que allí hubo, al menos transitoriamente, seres humanos; de la regla de la experiencia que indica como inexorable que un em-

barazo de mujer no dura más de trescientos días, puede concluirse que si el esposo de la madre murió antes, no es el padre de ese hijo⁵⁰³.

Los demás indicios serán contingentes, aunque parezcan graves y aun gravísimos, y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación de certeza; pero varios de ellos, como veremos, pueden otorgar ese pleno convencimiento (véanse núms. 304 y 307).

302. Requisitos para la existencia jurídica del indicio

Para que procesalmente pueda decirse que existe un indicio con fines probatorios, es indispensable que se reúnan los siguientes requisitos:

a) *La prueba plena del hecho indicador*. Puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inferir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de éstos debe aparecer completa y convincente en el proceso, cualesquiera que sean los medios probatorios que lo demuestren. Si no hay plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inferir de éstos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura.

Se ha discutido acerca de cuál debe ser la prueba del hecho indicador: si completa o plena, o si puede ser imperfecta; si directa o si puede ser indirecta; si por medios distintos a otros indicios o si éstos son también conducentes.

La tesis de que la circunstancia indiciaria puede estar probada "perfecta o imperfectamente" y que según esto puede inducirse "una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga"⁵⁰⁴, es sin duda equivocada, porque si la prueba del hecho indicador es imperfecta, el juez no puede considerarlo probado, y, por lo tanto, de él no puede inferir, ni siquiera imperfectamente, el hecho investigado;

⁵⁰³ DELLEPIANE, ob. cit., ps. 69 y 73; FAUTRIER, ob. cit., ps. 57 y 65; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 218-221; GIANTURCO, ob. cit., p. 87; ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales*, ed. cit., p. 101.

⁵⁰⁴ ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales*, ed. cit., p. 63, pero en la p. 192 exige la plena prueba.

en tal hipótesis no existe indicio. Los autores por lo general exigen la prueba plena del hecho indicador⁵⁰⁵.

Se ha dicho también que la prueba del hecho indicador debe ser directa⁵⁰⁶, en el sentido de que no es conducente probar el hecho indicador con otros indicios, tesis que es defendida por muchos autores, con base en el antiguo apotegma: *præsumptio de præsumptiones non admittitur* o *præsumptum de præsumpto non admittitur* (se utiliza el término presunción en el sentido de indicio); es decir, según esta tesis los indicios de un indicio carecen de mérito probatorio⁵⁰⁷. Veamos qué valor tiene esta tesis.

Desde el punto de vista teórico no hay razón para excluir la prueba por indicios del hecho indicador de otro hecho desconocido, como lo observan algunos autores modernos⁵⁰⁸, porque aquélla puede adquirir el carácter de plena en dos hipótesis: cuando se trata de un indicio necesario y cuando son varios indicios graves, precisos y concordantes (véanse núms. 301 y 307). Las máximas latinas citadas valen únicamente en cuanto signifiquen que un solo indicio contingente o no necesario o un conjunto de aquéllos que no produce el pleno convencimiento, no es suficiente para probar el hecho indicador de otro hecho desconocido y que el hecho indicador no puede basarse en una o en varias presunciones judiciales, es decir en simples inferencias del juez, sin que ellas estén basadas en hechos plenamente probados que sirvan a su vez de indicios concordantes que otorguen certeza sobre la exis-

⁵⁰⁵ ELLERO admite esta exigencia más adelante, ob. cit., p. 192 y en sus *Conclusiones*, p. 218, núm. 31; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 172-173, 216-217 y 261-262; MANZINI, ob. cit., t. III, núm. 332 bis; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 67 y 93; GIANTURCO, ob. cit., ps. 62-63; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 304; FAUTRIER, ob. cit., ps. 32, 37, 38 y 48; ROCHA, *La prueba en derecho*, 1961, ps. 615-616; RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Pruebas penales colombianas*, Bogotá, 1970, t. II, ps. 41-50; MITTERMAIER, ob. cit., p. 573; FLORIAN, ob. cit., t. I, núm. 60; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 525; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 205.

⁵⁰⁶ DELLEPIANE, ob. cit., p. 93.

⁵⁰⁷ DELLEPIANE, ob. y p. cit.; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 262-263; ROCHA, ob. cit., ps. 615-617.

⁵⁰⁸ GIANTURCO, *La prova indiziaria*, ed. cit., ps. 88, 93 y 142; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ed. cit., ps. 190-191; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 45-50; ELLERO, ob. y p. cit.; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 205.

tencia de tal hecho indicador, debido a la firme relación de causalidad que haya entre éste y aquéllos; pero no tiene aplicación cuando aquella prueba consiste, sea en un conjunto de indicios contingentes que le produzcan al juez el pleno convencimiento, o sea en un indicio necesario, porque entonces el hecho así probado plenamente puede servir de indicio de otro hecho que se esté investigando.

Desde el punto de vista legislativo colombiano lo mismo cuando la prueba es aducida en un proceso civil, que en uno penal, el juez goza de libertad para aceptar cualquier medio de prueba del hecho indicador, como testimonios, documentos, inspecciones, confesión judicial o extrajudicial, dictámenes de peritos, e inclusive la de otros indicios si le producen el pleno convencimiento (véanse núms. 301, 304 y 307); pero no bastan las simples inferencias que no sean el resultado seguro y firme de hechos indiciarios plenamente probados, en vista de la relación de causalidad que exista entre estos hechos y el que se está investigando (véase núm. 304). Los autores de derecho procesal penal o de pruebas penales, por lo general no excluyen la prueba por indicios del hecho indicador⁵⁰⁹. Así, el hecho indiciario de enemistad grave del imputado o sindicado con la víctima de un homicidio, puede aparecer probado por otros hechos indiciarios plenamente probados, que hagan inferir con certeza aquella enemistad, por ejemplo: injurias graves cruzadas una vez, agresión de hecho ocurrida en otra ocasión, amenazas serias producidas en otro momento, etcétera.

Lo que sí resulta indiscutible es que tanto en los procesos civiles como en los penales y de otra jurisdicción, cada hecho indicador debe aparecer plenamente demostrado, de manera que al juez no le quede duda sobre su existencia.

No es necesario que el hecho indicador aparezca probado por un único medio; puede resultar su prueba de un conjunto diverso (testimonios, inspección, dictámenes de peritos, documentos y otros indicios). De un medio de prueba (como un documento, una confesión, una inspección o de los mismos testigos), pueden resultar plenamente probados varios indicios, si demuestra hechos diversos.

⁵⁰⁹ MANZINI, ob. cit., t. III, núm. 332 bis; ELLERO, ob. y p. cit.; MESA VELÁZQUEZ, *Derecho procesal penal*, Medellín, 1963, ps. 285-286; RODRÍGUEZ, obs. cit., acepta la prueba por un indicio necesario pero no por indicios contingentes.

b) *Que el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga, por existir alguna conexión lógica entre ellos.* Es obvio que si a pesar de haberse probado plenamente un hecho, el juez no encuentra conexión lógica entre éste y el otro hecho desconocido que investiga, el primero no puede tener el carácter de indicio, porque ninguna significación probatoria puede tener respecto del segundo. La necesidad de este requisito para que exista un indicio se aprecia en las definiciones y los conceptos de todos los autores sobre este medio de prueba, pues es unánime la opinión de que, además de la existencia probada del hecho, es indispensable que de él sea posible obtener la inferencia lógica que conduzca al hecho que se investiga (en virtud de la conexión necesaria o probable que entre ellos exista)⁵¹⁰.

Precisamente, la mayor o menor fuerza probatoria del indicio depende del mayor o menor nexo lógico que exista entre aquél y el hecho desconocido que se pretende demostrar⁵¹¹.

303. Requisitos para la validez de la prueba por indicios

Cumplidos los requisitos examinados en el número anterior, podrá decirse que en el proceso existen indicios del hecho investigado; pero para que el juez pueda considerarlos como un medio de prueba, es indispensable que constituyan una prueba válida y para ello es necesario que además se cumplan los siguientes:

a) *Que las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido decretadas y practicadas o presentadas y admitidas, en forma legal.* El indicio es una prueba que necesita ser probada, y, por lo tanto, si los medios empleados para este fin (testimonios, documentos, inspecciones, confesiones, dictámenes de expertos) adolecen de nulidad o carecen de valor procesal por vicios en el procedimiento para su aduc-

⁵¹⁰ Véanse citas anteriores.

⁵¹¹ MANZINI, ob. cit., t. III, núm. 333; ELLERO, ob. cit., ps. 218-219; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., ps. 183-191; GIAN TURCO, ob. cit., ps. 31-34, 142-150; CARNELUTTI, ob. cit., núms. 45-46; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 218-219 y 254-266; BONNIER, ob. cit., t. II, ps. 466-478; HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho*, Madrid, 1931, núm. 35, p. 209; GUASP, *Derecho procesal civil*, p. 430; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 305-308.

ción, ordenación, admisión o práctica, el juez no podrá otorgarles mérito probatorio y, en consecuencia, el hecho indiciario le será procesalmente desconocido. La invalidez de aquellas pruebas deja sin valor el indicio que de ellas pueda resultar. Para subsanar el vicio deben repetirse las pruebas, si todavía es procedente hacerlo.

b) *Que no hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley para demostrar el indicio.* En el requisito anterior se contempla la ausencia de vicios en el procedimiento de la prueba del indicio; en éste la invalidez de la prueba en sí misma, sea por su ilicitud, sea porque la ley prohíba su práctica en general o para el hecho especial que constituye el indicio (véanse núms. 81, d; 117, n). En estos casos el juez no puede reconocerle valor alguno a esa prueba, ni al indicio que de ella resulte.

c) *Que no exista una nulidad del proceso que vicie las pruebas del indicio.* Puede suceder que las pruebas del hecho indicador estén libres de vicios en cuanto a los dos aspectos anteriores, pero que formen parte de un procedimiento nulo por otras razones y que la causa de esta nulidad deje sin valor esas pruebas (véase núm. 93). El resultado será entonces el mismo: el indicio que de ésta surja, carecerá de valor. La parte interesada y el juez (cuando tenga facultades para ello) deben proveer a la ratificación de esas pruebas, si es procedente, o a su repetición, para solucionar este problema (véase núm. 90).

d) *Que la ley no prohíba investigar el hecho indicador o el indicado.* Cuando por razones sociales, morales o de otra índole la ley prohíba investigar un hecho, las pruebas que por error del juez se practiquen sobre éste quedan viciadas de nulidad, por objeto ilícito (véanse núms. 82 y 117, n). Por consiguiente, el juez no puede reconocerle valor alguno al indicio que resulte de un hecho que la ley prohíba investigar, ni a los indicios que si bien consisten en hechos cuya prueba está permitida, tienen por objeto demostrar la existencia de otro hecho cuya investigación prohíba la ley. Así ocurre, por ejemplo, respecto a la concepción del hijo de mujer casada con un hombre distinto de su marido, en vida de éste, a solicitud de una tercera persona.

304. Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios

Una cosa es que existan indicios procesalmente válidos del hecho desconocido que se investiga y otra muy distinta que esos indicios tengan eficacia probatoria para que el juez declare la existencia o inexistencia de aquel hecho (según se trate de indicios positivos o negativos); es decir, tal como ocurre con cualquier otro medio de prueba, la de indicios, plena y válidamente establecidos, puede resultar insuficiente o ineficaz para otorgarle al juez la certeza que necesita sobre el hecho que investiga (véanse núms. 63-77, 136, 189, 222, 246, 263).

Todo indicio tiene alguna significación probatoria, debido a la conexión lógica que lo relaciona con el hecho desconocido que se investiga (véase núm. 302), pero, salvo cuando se trate del caso excepcional de un indicio necesario (véase núm. 301), ese contenido probatorio varía respecto de cada uno y del conjunto formado por varios, desde el mínimo hasta el máximo grado, en escala imposible de pre-determinar. De acuerdo con esto, el hecho indicado puede aparecer, en virtud de los indicios válidamente probados, como apenas remotamente posible, o como menos probable que improbable, o como tal probable como improbable, o como más probable que improbable, o como muy probable, o como seguro y cierto; en cada una de estas hipótesis, el hecho investigado puede aparecer más o menos verosímil, excepto en la última que supone la certeza sobre su existencia o inexistencia. Sólo en el último caso habrá prueba del hecho con sólo esos indicios. Los resultados dependen fundamentalmente de la preparación del juez y del método adecuado o inadecuado que siga para precisar su valor probatorio (véase núm. 307). El principio de que mientras el juez no tenga certeza sobre un hecho, no puede considerarlo probado, rige siempre, cualesquiera que sean los medios empleados para verificarlo, en toda clase de procesos (penales, civiles, comerciales, laborales, etc.). Y para que esa certidumbre pueda ser adquirida con fundamento en los indicios que aparezcan plena y válidamente probados, son indispensables los siguientes:

a) *La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado.* Cuando se trata de probar simples hechos jurídicos, la prueba por indicios es siempre conducente, tal como ocurre con la de

testigos (véase núm. 190). Pero cuando se trata de actos jurídicos pueden existir algunas restricciones legislativas al empleo de este medio de prueba, las cuales son frecuentes en los sistemas de tarifa legal, pero también en los de libre valoración, e inclusive en el proceso penal se presentan algunos casos de limitación a la conducencia de esta prueba, sea porque se trate de actos jurídicos para cuya existencia o validez exija la ley una formalidad o un documento (como la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles), o porque para ciertos efectos jurídicos se exija una prueba especial (como la del acta de los dos matrimonios para el delito de bigamia, o el dictamen de expertos para establecer la cuantía de un perjuicio) (véase núm. 257).

Es indispensable tener en cuenta que si los indicios no son conducentes para sustituir esas formalidades, son en cambio pruebas aptas para establecer su cumplimiento, por ejemplo cuando se destruyó o se olvidó sentar el acta de nacimiento o se destruyó la escritura pública original y no existen copias auténticas que la suplan (véase núm. 193) y en la posesión de estado civil de matrimonio o de hijo legítimo o extramatrimonial. En el último ejemplo, la prueba de la posesión de estado consiste en un conjunto de indicios conexos y graves (el trato público, la aceptación social, el sostenimiento, la educación, etc.), establecidos mediante un conjunto de testimonios fidedignos que no dejen la menor duda acerca de cada uno de esos hechos y de su significado probatorio. Salvo este caso de la posesión notoria y el de la filiación extramatrimonial en virtud de relaciones sexuales en la época de la concepción y el trato concluyente al ocurrir el embarazo y el parto, los indicios no sirven para acreditar el estado civil de las personas.

Cuando se prueba la pérdida o destrucción del documento privado o público, o la imposibilidad física o moral de obtenerlo, puede utilizarse la prueba indiciaria para establecer la celebración del contrato y su contenido (véase núm. 193).

Es indiscutible que puede también suplirse el documento requerido por la ley como simple formalidad probatoria (por ejemplo, en razón del valor del contrato), cuando existe un principio de prueba por escrito complementada con indicios que den el pleno convencimiento sobre la celebración del acto y su contenido (véase núm. 193). Pero se discute si puede suplirse ese documento con sólo indicios. Los Códigos Civiles

de Francia e Italia (arts. 1353 y 2729, respectivamente) excluyen la prueba por indicios (mal denominada en ellos, de presunciones) para los casos en que la ley no admite la prueba por testigos. A falta de norma basta concluir que si la ley excluye la prueba por testigos para un hecho, es obvio que también se excluye la de indicios probados sólo por aquéllos; mas su conducencia es perfecta si los indicios aparecen probados por otros medios, como documentos, inspecciones judiciales, dictámenes de peritos, confesiones judiciales o extrajudiciales u otros indicios no probados por testimonios⁵¹². En lo penal no existen esas limitaciones.

En cuanto a la conducencia de la prueba por indicios para adicionar, alterar o desvirtuar lo dicho en documentos públicos o privados y, por lo tanto, para los casos de simulación, hay que aplicar el mismo criterio que rige para los testimonios. Por consiguiente, cuando la ley les da cabida a las declaraciones de testigos, de acuerdo con la libre valoración que de ellas haga el juez, cualquiera que sea el valor del contrato, resulta la conducencia en todos los casos de la prueba de indicios basados únicamente en testimonios o también en otras pruebas, sea en procesos entre las partes contratantes o sus herederos, o entre aquéllas y terceros (véase núm. 191).

Los errores en este punto serán de derecho para el recurso de casación.

b) *Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por obra de la casualidad o el azar.* La fuerza probatoria de los indicios depende de la mayor o menor firmeza de la conexión causal que exista entre ellos y el hecho desconocido que se investiga. Por consiguiente, si existe la posibilidad de que se trate de una falsa conexión, creada por obra del azar, el juez no puede fundar sólo en ellos su convencimiento, porque no serán una prueba plena. El azar consiste en que a pesar de la aparente conexión de causalidad entre el hecho probado y el desconocido, en realidad tienen causas separadas e independientes entre sí. La posibilidad del azar existe siempre en el indicio contingente,

⁵¹² ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, p. 151; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 197.

por lo cual se presentan muchos aparentes, como huellas de sangre, heridas, posesión de objetos, etcétera, que en realidad nada tienen que ver con el delito investigado; pero está descartada en el necesario, debido a que se trata precisamente de un hecho que responde a una ley física inmodificable (véase núm. 301).

Para desvirtuar esa posibilidad, es indispensable que existan otras pruebas que conduzcan a la misma conclusión que los indicios contingentes o que en virtud del número plural de éstos aparezca increíble tal azar; lo último explica por qué si se trata de indicios contingentes deben ser varios y graves, puesto que cuanto mayor sea el número de los que conduzcan al mismo hecho, menor es la posibilidad de que todos hayan sido obra del azar; ésta va disminuyendo a medida que aumentan aquéllos. Es indispensable la certeza de que esa conexión sea verídica, para que los indicios merezcan credibilidad⁵¹³. Su mala apreciación constituirá error de hecho en casación.

Es error imponerle al sindicado o a la parte perjudicada con los indicios contingentes, la carga de probar que son obra del azar; porque a quien alegue los indicios a su favor (si el proceso es civil, laboral o contencioso-administrativo) o al Estado por conducto del ministerio público o del juez instructor y a la parte civil (si el proceso es penal), corresponde la carga de probar su veracidad, ya que, de lo contrario, quedará la duda acerca de su valor probatorio y no existirá plena prueba. Exigir lo contrario será error de derecho en casación.

Esa duda crecerá si se prueban contraindicios, es decir, indicios que conduzcan hacia el hecho contrario, o se aducen otras pruebas que hagan posible este último. Si la prueba en contrario es plena, el indicio queda totalmente desvirtuado; pero para que pierda su mérito como plena prueba es suficiente que haya una duda razonable.

c) *Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes.* Es otro requisito implícito en la exigencia legal de la plena prueba del hecho indicador. Esta posibilidad es mayor que la anterior y a

⁵¹³ DELLEPIANE, ob. cit., ps. 79-96; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 258-260; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 49, 71-72 y 169-170; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 193; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 809 y 831.

diario se comprueba, principalmente en los procesos penales. Podemos citar estos ejemplos: traslado del cadáver de la víctima del delito a un lugar diferente; huellas de sangre estratégicamente colocadas; utilización de armas ajenas o su colocación donde incriminen a un inocente; alteración de los mojones o señales de un lindero; plantación de árboles ya crecidos para simular una posesión material muy anterior; falsificación de cartas y telegramas, etcétera. Hay una gama casi ilimitada de maniobras fraudulentas con este propósito. Esta posibilidad existe inclusive en el indicio necesario, como la simulación de un parto o un embarazo para que se suponga necesariamente la concepción. De ahí que sea indispensable una crítica rigurosa y una investigación técnica y concienzuda de los hechos indiciarios. El error en este punto es de simple hecho, en casación.

La carga de probar la autenticidad del hecho indiciario corresponde, sin la menor duda, a quien lo alega a su favor (en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos) o al investigador, al ministerio público y a la parte civil (en el proceso penal), porque es un requisito para su eficacia probatoria. La parte perjudicada con ese falso indicio puede aducir pruebas en este sentido, y le conviene hacerlo si le es factible; pero si el juez no está seguro de su autenticidad, debe desechar el indicio, porque no le será posible basar en él un pleno convencimiento. Así, bastará la sospecha razonable de que el cadáver fue trasladado al lugar donde se encontró, o de que la sangre fue puesta allí dolosamente, para que el juez descarte ese indicio en contra de quien habita en ese lugar o estuvo allí a la hora del crimen; pero, si nada crea esa sospecha y el juez encuentra que las circunstancias indican la autenticidad del hecho, debe considerarlo como cierto. La autenticidad del hecho indicador se puede inducir de las circunstancias que lo rodean, de otros indicios o de pruebas diferentes⁵¹⁴.

También puede presentarse la falsificación de las pruebas del hecho indicador (testimonios falsos de que se vio a una persona en cierto lugar, un día determinado, o de que existían unas huellas de sangre; cartas falsas para constituir el indicio de trato como padre en una

⁵¹⁴ DELLEPIANE, FRAMARINO DEI MALATESTA, BONNIER, GORPHE, MUÑOZ SABATÉ, obs. y ps. cites.

filiación extramatrimonial; dictámenes dolosos de peritos, etc.); pero esta hipótesis es diferente: se trata de configurar falsamente la plena prueba necesaria para que exista el indicio (véase núm. 302). En la primera hipótesis se falsifica el hecho que luego se prueba con medios veraces, como la inspección del mismo juez o el testimonio de quienes efectivamente lo conocieron después; en la segunda, el hecho y las pruebas de éste son falsos.

A diferencia de lo que ocurre con el azar, el mayor número de hechos indiciarios no disminuye siempre la posibilidad de su falsedad, porque es frecuente que se falsifique todo un conjunto de ellos. Cada caso presenta diferentes características y del cuidadoso examen individual y de conjunto de los indicios, tanto los favorables como los desfavorables a cada hipótesis, lo mismo que su cotejo con las demás pruebas, depende la conclusión que el juez debe adoptar, con la ayuda de las reglas generales de la experiencia y las técnicas que le suministren los peritos.

Es fundamental el auxilio que los expertos pueden suministrarle al juez para determinar la autenticidad de los rastros, huellas, objetos, escritos, etcétera, y su mayor o menor conexión con el hecho investigado, principalmente si se trata de indicios técnicos; la prueba técnica es un poderoso auxiliar de la indiciaria y el juez debe recurrir a aquélla de oficio cuando sea posible. Afortunadamente los métodos científicos de investigación progresan cada día. Urge que los gobiernos se preocupen por montar buenos laboratorios al servicio de la justicia, dotados de aparatos y medios materiales modernos y de verdaderos técnicos para su manejo.

d) *Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador (o el conjunto, si son varios indicios contingentes) y el indicado.* Este requisito rige tanto para el indicio necesario como para el contingente, y apenas varía el carácter de ese vínculo de causalidad, que en el primero es constante e ineludible por lo que uno solo engendra la certeza, al paso que en el segundo es apenas ordinario y corriente, porque corresponde al modo natural de ser, y, por lo tanto, sólo significa una probabilidad de grado mayor o menor según las circunstancias de cada caso; sin embargo, la concordancia y convergencia de varios indicios contingentes pueden elevar esa probabilidad

hasta convertirla en certeza, porque esa relación de causalidad aparezca clara y cierta, respecto de cada indicio en particular y con mayor razón de su conjunto. El examen de este requisito debe hacerse con la ayuda de la lógica, basada en las reglas generales de la experiencia que forman parte del patrimonio cultural del juez (cuando se trata de indicios comunes) o en las reglas técnicas que le suministren los peritos (si se trata de indicios técnicos).

Si esa relación de causalidad aparece únicamente vaga e incierta, existirá un indicio contingente o un conjunto de éstos, pero de tan escaso valor probatorio que el juez no podrá considerarse convencido de la realidad del hecho indicado, y, en consecuencia, tendrá que declararlo no probado (trátese de proceso civil, penal o de otra clase), y a menos que disponga de otras pruebas, tendrá que recurrir a la norma subsidiaria sobre la carga de la prueba, para pronunciar su decisión de fondo (que en lo penal se traduce en la aplicación del clásico axioma: *in dubio pro reo*: véanse núms. 107-112). El olvido de este requisito constituye error de hecho en casación.

Cuando los indicios contradigan una regla general de la experiencia, carecerán de mérito probatorio.

La doctrina es unánime en la necesidad de examinar cuidadosamente este requisito⁵¹⁵.

e) *Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes.* Puesto que esta clase de indicios se basa en los principios de la causalidad y la analogía, de acuerdo con la manera ordinaria o corriente (pero no inexorable) como se suceden ciertos hechos físicos o actúan las personas humanas (según se trate de fenómenos materiales o morales y síquicos), es lógico que uno solo representa apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se

⁵¹⁵ FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 218, 223, 240, 250, 255, 260, 263; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 94 y 108-109; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 15 y 45; GIANTURCO, ob. cit., ps. 17-20, 31-34 y 147-168; ELLERO, ob. cit., ps. 63-66, 99-104 y 219; BRICHETTI, Giovanni, *L'evidenza nel diritto processuale penale*, Napoli, 1960, ps. 42-43; FAUTRIER, ob. cit., ps. 10-23 y 48; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 809 y 831; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 308; MITTERMAIER, ob. cit., ps. 361 y 373-378.

investiga (según se trate de indicio positivo o negativo). Tal es la razón para que la doctrina y las legislaciones le nieguen el valor de plena prueba al indicio contingente único, así sea muy grave, en oposición a lo admitido lógicamente para el indicio necesario (véase núm. 301). Pero al juez le corresponde definir cuándo dos o más constituyen plena prueba, sin que pueda fijarse previamente su número. Y debe ser una pluralidad real de indicios autónomos o separados, y no aparente, lo último se presenta cuando varios hechos constituyen en realidad un solo indicio, porque son apenas sucesivos momentos o partes integrantes de una misma circunstancia o del mismo acontecimiento, como cuando se prueba que el sindicado odiaba a la víctima de un homicidio, que lo había agredido en una ocasión y que en otra lo amenazó de muerte⁵¹⁶, porque apenas constituyen el indicio de la enemistad. Dos principios importantes son: "Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario...", y "Los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio".

Se acepta como motivo de casación por manifiesto error de hecho que el juzgador de instancia haya considerado como varios indicios los hechos que constituyen en realidad uno solo, para imponer una condena civil o penal, si no existen otros indicios o pruebas distintas que sustenten la decisión. Pero si el tribunal dice que basta un indicio contingente, habrá error de derecho.

f) *Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes.* Puesto que los indicios se pesan y no se cuentan, no basta que aparezcan probados en número plural; es indispensable que, examinados en conjunto, produzcan la certeza sobre el hecho investigado, y, para que esto se cumpla, se requiere que *varios sean graves*, que concurren a indicar el mismo hecho y que suministren presunciones que converjan a formar el convencimien-

⁵¹⁶ MITTERMAIER, ob. cit., ps. 373 y 378; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 263-266; ELLERO, ob. cit., ps. 102-204 y 219, numerales 33 y 34; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 106-109; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., ps. 192-193; FAUTRIER, ob. cit., ps. 47-48; ALSINA, *Tratado*, cd. cit., p. 525; ROCHA, ob. cit., ps. 615-617; ALZATE NOREÑA, ob. cit., ps. 158-162; RODRÍGUEZ, ob. cit., t. II, ps. 87-105.

to en el mismo sentido⁵¹⁷. El olvido de esto constituye error de derecho en casación.

Si los varios indicios son leves o de poco valor probatorio, porque la relación de causalidad con el hecho indicado no es clara ni precisa, de su conjunto tampoco podrá resultar la certeza necesaria para que el juez base en ellos su decisión. Pero uno o varios leves pueden concurrir con otros graves y en conjunto dar la seguridad indispensable para constituir plena prueba.

Suelen refundirse en uno solo los requisitos de que sean indicios concurrentes o concordantes y convergentes. Algunos autores hablan únicamente de concurrencia o concurso de los indicios⁵¹⁸, otros sólo de concordancia⁵¹⁹ (sin embargo, en el fondo exigen los dos requisitos, con una sola denominación). Pero, como muy acertadamente lo observa Dellepiane⁵²⁰, la concurrencia y la convergencia son requisitos diferentes, aunque conexos: aquélla se refiere a los hechos indicadores y significa que deben concordar entre sí, que no se excluyan sino que se ensamblen armoniosamente, de modo que produzcan un conjunto coherente: la convergencia se refiere a las inferencias que de esos hechos se obtienen con ayuda de la lógica, de los principios de la causalidad y la analogía y de las reglas de la experiencia, y significa que todas deben conducir a una misma conclusión, por ejemplo: a señalar a un mismo sujeto como el autor del delito o a una misma persona como propietaria o poseedora del bien discutido. Es decir, no basta que los varios indicios concurren a formar un todo armónico, sino que es indispensable que de cada uno de ellos pueda obtenerse la misma inferencia sobre el hecho o la responsabilidad que se investigue. Es lo que se llama *univocidad* de los indicios. El error en esta apreciación será siempre de simple hecho, en casación.

⁵¹⁷ FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 264-265; ELLERO, ob. cit., ps. 101-103; BONNIER, ob. cit., t. II, p. 498; MITTERMAIER, ob. cit., ps. 361-385; FAUTRIER, ob. cit., ps. 41, 43 y 67-68; GIANTURCO, ob. cit., ps. 47-51 y 157-151; ALSINA, ob. cit., t. II, ps. 525-526; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 79-80, 97-103 y 108; ROCHA, ob. cit., ps. 618-619; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 198.

⁵¹⁸ ELLERO, ob. cit., ps. 102-104; MITTERMAIER, ob. cit., p. 378; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., ps. 263-265.

⁵¹⁹ ROCHA, ob. cit., ps. 618-619; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 198.

⁵²⁰ DELLEPIANE, cita anterior.

g) *Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente.* Si son varios indicios graves, pero no concurrentes o concordantes y convergentes hacia un mismo hecho y una misma conclusión, lejos de aumentar su mérito probatorio en razón de su número, resulta disminuido o desvirtuado totalmente, según la importancia de la oposición que entre ellos exista. De ahí que otro de los requisitos para la eficacia de esta prueba es la ausencia de contraindicios, y de motivos infirmantes de las inferencias que de ellos se obtienen, que le quiten convicción a los primeros.

Se entiende por contraindicios los hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que suministran otros indicios; por ejemplo: éstos indican la responsabilidad del sindicado y aquéllos la disminuyen o la hacen improbable o crean la probabilidad de que el verdadero autor del delito sea otra persona o indican más concretamente su inocencia; los últimos hacen inducir la simulación de un contrato, mientras que los primeros la hacen improbable o indican su seriedad. Es un imperativo deber del juez penal el investigar y procurar la prueba de los hechos indiciarios que favorezcan al sindicado o imputado, con el mismo celo e imparcialidad que aplique para los inculpativos. Cuando el juez civil o laboral tiene facultades para investigar oficiosamente los hechos, tiene también el deber de procurar la verificación de todos los que interesen a la causa, sin importarle a cuál de las partes puedan favorecer o perjudicar. Y en todos los procesos, la crítica de la prueba indiciaria debe hacerse por igual respecto de los hechos que conduzcan a determinada conclusión y de los que la contrarían o lleven a diferentes inferencias. El juez debe prestarle la misma atención a los indicios y a los contraindicios de cada hecho o de cada hipótesis por verificar, pues de lo contrario no obrará con imparcialidad ni con técnica y correrá el grave riesgo de pronunciar una decisión equivocada e injusta.

Cuando resultan probados hechos indicadores y contraindicios respecto del hecho desconocido que se investiga, sin que sea posible desechar razonablemente unos u otros en virtud de su calidad intrínseca, el conjunto queda desarticulado, se rompe su conexión y unidad, desaparece su concurrencia y convergencia y no podrá obtenerse de ellos el pleno convencimiento. El juez tendrá entonces que prescindir de

los indicios, a menos que disponga de otros medios en virtud de los cuales pueda resolver ese desacuerdo entre los hechos indicadores, por la exclusión del mérito probatorio de unos y la confirmación de los otros⁵²¹.

h) *Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada (la univocidad o polivocidad de los indicios)*. Es muy frecuente que un mismo hecho indiciario se preste a diversas inferencias que conduzcan a distintos resultados; por ejemplo, el hecho probado de que en determinada máquina de escribir se haya elaborado la misiva utilizada para un chantaje o una extorsión, puede significar que ésta fue escrita por el dueño de esa máquina, por uno de sus empleados o por un tercero que visitó la oficina donde se encontraba; el hecho de que el sindicado tenga una herida en la mano, puede indicar que se la causó él mismo al cometer el crimen, que se la ocasionó la víctima al defenderse o que se la infligió otra persona en ocasión distinta, o que fue producida por un accidente ajeno al hecho investigado, etcétera.

También puede ocurrir que del conjunto de hechos indiciarios concordantes, cuyas inferencias converjan armónicamente, resulten posibles varias conclusiones. No existen entonces indicios y contraindicios, sino un conjunto de *indicios equívocos o polivocos*, que pueden llevar a conclusiones diferentes. De ahí que se hable de la frecuente polivocidad de los indicios⁵²² y del requisito de su univocidad⁵²³, es decir que se hayan descartado razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse. También es posible que de los mismos hechos puedan inducirse diversos argumentos o motivos de los cuales unos confirmen y otros infirmen la conclusión adoptada, sin que por ello conduzcan a otra; es decir, simples argumentos que no descartan los indicios, pero que ponen en tela de juicio la certeza de la conclusión, si subsisten al hacerse su estudio global y coordinado. Los indicios serán entonces equívocos.

Es obvio que mientras no se hayan descartado razonablemente

⁵²¹ FRAMARINO, ob. cit., ps. 250-257; GIANTURCO, ob. cit., ps. 149-150; ELLERO, ob. cit., p. 99; MITTERMAIER, ob. cit., ps. 366-368.

⁵²² FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 255 y 260.

⁵²³ GIANTURCO, ob. cit., ps. 49, 149-150 y 153-155.

esas diversas hipótesis probables y esos argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, mediante la crítica de cada indicio y contraindicio y de su conjunto, no puede el juez adquirir el convencimiento indispensable para darles el valor de plena prueba, porque no se cumplirán los requisitos de que sean graves, convergentes y concordantes. La doctrina es unánime en este sentido⁵²⁴.

i) *Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquéllos.* Es otro requisito elemental y se basa en la misma doctrina y en los textos legales mencionados en los puntos anteriores. Esa prueba en contrario puede ser simplemente infirmativa de los hechos indiciarios o puede demostrar plenamente otro hecho opuesto al indicado por aquéllos. En ambas hipótesis, si no puede desecharse razonablemente esa otra prueba, de acuerdo con una sana crítica severa y global de todas las aducidas al proceso, la indiciaria perderá su mérito probatorio.

j) *Que no estén en contradicción con una presunción "juris et de jure" que no admite prueba en contrario, ni de cosa juzgada.*

k) *Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.* Si luego de examinar los anteriores requisitos, el juez se encuentra perplejo o inseguro sobre la verdad del hecho objeto de la investigación penal, del litigio civil, laboral o de otra naturaleza, *porque subsistan dudas razonables* sobre la conclusión a que conduzca el conjunto de indicios y contraindicios probados, de manera que aun cuando le parezca muy probable no se considere plenamente convencido de ella, no podrá adoptarla en su sentencia y deberá acogerse al recurso sucedáneo de la carga de la prueba o al *in dubio pro reo*, en lo penal, a menos que con el auxilio de otros medios encuentre la certeza necesaria para su decisión.

Para que ese pleno convencimiento se produzca, es indispensable *que la conclusión sea precisa y segura*, que aparezca como resultado

⁵²⁴ MITTERMAIER, ob. cit., ps. 366-388; ELLERO, ob. cit., p. 99; FRAMARINO DEI MALATESTA, t. I, ps. 250-260; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 98-103; GIAN-TURCO, ob. cit., ps. 49, 149-155, 159 y 167; FAUTRIER, *La prueba de indicios*, ps. 41, 47-48, 79-84; MANZINI, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. III, núm. 333; ROCHA, ob. cit., ps. 624-625.

lógico inmediato y no como el final de una dispendiosa cadena de argumentaciones y silogismos, cuya complicación estará indicando precisamente, todo lo contrario. Es decir, el conjunto no convincente de indicios, que haga verosímil y probable el hecho indicado, forma una prueba incompleta que puede concurrir con otras para formar la prueba completa que suministre esa certeza; pero por sí solo es insuficiente. El error en esta conclusión es de simple hecho, en casación.

El principio de que es indispensable la certeza o el pleno convencimiento del juez para que declare probado un hecho rige para los indicios, como para todas las pruebas, en cualquier clase de proceso (véase núm. 13, 1). El legislador autoriza este medio de prueba, porque estima que con ella puede adquirir el juez esa certeza y la somete a esta condición. La doctrina es unánime en el mismo sentido⁵²⁵.

305. Investigación oportuna y técnica de los hechos indiciarios

La suerte de la prueba indiciaria depende principalmente de la oportuna y técnica investigación de los hechos, especialmente en los procesos penales. En éstos, esa investigación se inicia generalmente antes del proceso, por la policía judicial o secreta que tiene noticia del hecho delictuoso y luego por el funcionario encargado de adelantar el sumario, el juez de instrucción, alcalde o inspector o comisario de policía, según la regulación legal que exista. En los procesos civiles y laborales la investigación previa depende de la iniciativa de las partes, a menos que se trate de hechos de los cuales queden constancias en actuaciones de policía, jurisdiccionales o administrativas.

La urgencia de la investigación inmediata es mucho mayor en el proceso penal que en los demás, debido a la peculiar naturaleza de los hechos delictivos, a su ordinaria transitoriedad, a que su autor

⁵²⁵ MITTERMAIER, ob. cit., ps. 375-380; ELLERO, ob. cit., ps. 99-104; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 263-265; GIAN TURCO, ob. cit., ps. 150-168; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 108-109; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 825 y 833; BRICHETTI, *L'evidenza nel diritto processuale penale*, Napoli, 1950, ps. 41-43 y 117-130; FAUTRIER, ob. cit., ps. 47-48, 67 y 79-84; MANZINI, ob. cit., t. III, núm. 333; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 308-314; ALSINA, ob. cit., t. II, ps. 525-526; RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Pruebas penales colombianas*, Bogotá, 1970, t. II, ps. 114-120; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 98.

permanece muchas veces desconocido en los comienzos del sumario, y, por lo tanto, le es más fácil adulterar o destruir los indicios y preparar otros falsos. De la rápida y técnica intervención de los funcionarios depende generalmente la suerte de esta prueba, que en un elevado porcentaje de casos es la única disponible para llegar al conocimiento de los hechos.

El requisito de que esa investigación sea técnica exige una preparación adecuada de los investigadores, que comprende actualmente diversas ramas técnicas, además de la sicología judicial y la lógica. Un mal investigador no solamente deja sin verificar muchos hechos, sino que destruye o borra o los altera, y también dificulta la verificación de otros. Esa técnica de investigación es complicada y difícil. Su estudio debe ser objeto de un curso de especialización y excede los límites de este libro. Sobre ella pueden consultarse los autores citados a lo largo de este capítulo.

306. El comportamiento de las partes en el proceso como indicio probatorio

En varios lugares hemos insistido en la necesidad de que el juez civil, laboral, penal y de cualquier otro proceso, tenga en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o un argumento de prueba, en favor o en contra, según el caso, y cuya gravedad la debe apreciar aquél libremente (véanse núms. 13, punto 6; 72, 128-131). La doctrina contemporánea reclama esta facultad del juez, unida a la de interrogar informalmente a las partes, como una de las conquistas más importantes del moderno proceso civil y en algunos países, como Colombia, Alemania e Italia, se ha incluido expresamente en los Códigos de Procedimiento Civil⁵²⁶.

⁵²⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, parte primera, ps. 90-102, 180-182 y 201; FURNO, Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, núms. 18-19, ps. 67-74; GIANTURCO, ob. cit., ps. 55, 66, 118 y 181; DELLEPIANE, ob. cit., p. 91; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Inactividad de las partes en el proceso civil*, en *Revista iberoamericana*

307. Apreciación o valoración de los indicios

Una apreciación adecuada y completa de esta prueba implica el cuidadoso examen de todos los requisitos necesarios para la existencia, la validez procesal y la eficacia probatoria de cada indicio y de su conjunto. Por consiguiente, cuando los explicamos dejamos adelantado en gran parte el estudio sobre la técnica para su valoración. Nos limitaremos ahora a un resumen general sobre este punto.

a) *Crítica individual de los indicios.* La primera actividad crítica del juez o del abogado respecto de este medio de prueba debe encaminarse a verificar si cada uno de los hechos que considera fuente de indicio, o sea los llamados hechos indicadores, está o no plenamente probado (véase núm. 302). Si el resultado de este examen es negativo, no necesita continuar analizándolo porque es forzoso descartarlo por esa razón.

Si el hecho indiciario aparece plenamente probado, es indispensable examinar el nexo causal que pueda unirlo al hecho desconocido que se investiga, para saber si efectivamente tiene valor probatorio respecto al segundo y si se trata de un indicio necesario o contingente (véase núm. 301). En el último supuesto hay que analizar la seguridad de ese nexo causal para calcular, de acuerdo con la mayor o menor firmeza de la regla de experiencia que le sea aplicable, el grado de probabilidad que lógicamente encierra y, por lo tanto, si se trata de un indicio grave o leve, tomado aisladamente (véase núm. 302, punto b; núm. 304, puntos d, g). Y para concluir esta primera parte de la crítica de los indicios, es indispensable examinar si puede descartarse razonablemente el doble peligro de que hayan sido falsificados y de que sean el resultado de la casualidad o el azar (véase núm. 304, puntos b, c).

Pero la crítica individual de los indicios no estará todavía completa. Será preciso determinar si existen contraindicios u otros medios de prueba que puedan infirmar el resultado obtenido con el análisis an-

de derecho procesal, 1960, núm. 3; MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., ps. 399-408; GENTILE, Francesco Silvio, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 401; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, eds. 1972, 1974 y 1977, t. II, núm. 384.

terior, bien sea porque demuestren hechos que lo excluyan o porque desvirtúen los hechos indicadores que sirvieron para obtenerlo (véanse núms. 74, 77 y 304, i).

b) *Crítica global o de conjunto*. Viene luego el examen global de indicios y contraindicios. Como salvo el caso excepcional del indicio necesario, para que constituyan plena prueba es indispensable que sean plurales, graves, concurrentes y concordantes y que las inferencias que otorguen converjan hacia el mismo resultado, de manera que en conjunto merezcan plena credibilidad y le lleven al juzgador el absoluto convencimiento sobre el hecho investigado, del examen singular de esos indicios y contraindicios debe pasarse a su confrontación global, formando un conjunto con aquéllos y otro con éstos, porque así será más segura la crítica general de sus respectivos argumentos probatorios y podrá apreciarse mejor si pueden descartarse razonablemente los segundos (en cuyo caso quedarán en pie los primeros), o si por el contrario los contraindicios desvirtúan las inferencias de los indicios (en cuyo caso será forzoso prescindir de éstos), o si no pueden descartarse razonablemente ninguno de los dos grupos (por lo cual habrá que considerarlos como una prueba incompleta o deficiente, que por sí sola no podrá fundamentar una condena civil ni penal, por faltarles el requisito de ser precisos y concluyentes). Para este estudio debe examinarse la coordinación que en cada conjunto tengan las varias unidades que lo componen, para adquirir un concepto claro y seguro acerca de si efectivamente son concurrentes o convergentes, es decir, si ensamblan como piezas de un rompecabezas o como los hilos trenzados de un cable, pues en caso contrario no serán convincentes.

Si del anterior estudio comparativo quedan en pie los indicios, porque resultan descartados los contraindicios, con la ayuda de la lógica y de acuerdo con las normas de la experiencia común y de las técnicas que hayan suministrado los expertos, se podrá adoptar la conclusión final acerca de si ese conjunto de indicios conduce unívocamente a producir la certeza sobre la existencia del hecho investigado, es decir, si constituye plena prueba, o si, por el contrario, apenas merece el calificativo de prueba incompleta que por sí sola no sirve para sustentar una decisión (véase núm. 304, puntos f, j). Naturalmente debe compararse dicha conclusión con la que se obtenga de las otras pruebas,

porque la decisión final debe ser siempre el resultado del examen integral de todos los elementos probatorios que existan en el proceso⁵²⁷.

Es decir, la certeza sobre el hecho indicado por ese conjunto de indicios no es el resultado matemático de su coordinación y de la convergencia de sus argumentos probatorios⁵²⁸. Para adoptar esa conclusión es indispensable que el juez se encuentre subjetivamente convencido, sin que le queden dudas razonables, sobre la verdad del hecho investigado; es decir, que adquiera certeza. En esto existe unanimidad de conceptos en la doctrina clásica y moderna⁵²⁹. Y es necesario tener presente que los indicios, como los testimonios, se pesan y no se cuentan; con la salvedad de que los contingentes deben ser por lo menos dos. De la suma de varios o muchos indicios aparentes o sin valor propio, no puede resultar ninguna prueba, y de varios indicios leves puede inferirse una prueba incompleta, que sumada a otras sirva para llegar a la convicción plena, pero por sí solos no pueden suministrarla, porque no excluyen lógicamente las demás posibilidades que de ellos mismos se infieran⁵³⁰. En cambio, un conjunto de indicios graves y leves puede llevarle al juzgador la certeza que es necesaria para considerar procesalmente cierto el hecho investigado, sin que deba exigirse *a priori* un número especial de los primeros o de los últimos; pero también puede constituir apenas una prueba incompleta. Es decir, la prueba indiciaria como otra cualquiera, puede desempeñar dos funciones en el proceso: darle al juez por sí sola la convicción plena sobre los hechos, o contribuir a ese resultado en concordancia con otras pruebas.

⁵²⁷ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. I, núm. 173; DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, t. V, núm. 717, y *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, eds. 1972, 1974 y 1977, núms. 89-90.

⁵²⁸ BERTRAND, *Traité sur les probabilités*; MANZINI, *Tratato di diritto processuale penale*; MOLTENI, *Del metodo nelle scienze sociale*; PASCALE, *Uso ed abuso della statistica*; citas de GIANTURCO, *La prova indiziaria*, ed. cit., p. 144; LESSONA, ob. cit., t. V, núm. 205, p. 412.

⁵²⁹ BENTHAM, MITTERMAIER, ELLERO, BONNIER, LESSONA, ALSINA, FRAMARINO DEI MALATESTA, BRICHETTI, FURNO, DELLEPIANE, CARNELUTTI, MANZINI, GIANTURCO, SCARDACCIONE, FAUTRIER, LÓPEZ MORENO, MUÑOZ SABATÉ, ROCHA, RODRÍGUEZ, citas anteriores.

⁵³⁰ En contrario, LESSONA, quien considera que de un conjunto de indicios leves puede obtenerse una plena prueba, ob. cit., t. V, núm. 200, p. 406.

Como sucede con la prueba por testigos, los peligros que se le atribuyen a la de indicios y que efectivamente existen, radican más en la deficiente técnica empleada para su investigación y en la ligereza de criterio para apreciarla, que en el medio en sí mismo considerado. Si los jueces cumplen con rectitud, imparcialidad, técnica y diligencia sus deberes en la etapa investigativa y someten luego sus resultados a la rigurosa y detallada crítica que la naturaleza especial de este medio de prueba exige, podrán utilizarlo con la misma confianza con que emplean los otros medios, dentro de la relativa seguridad de la justicia humana (véanse núms. 72-77).

307)a. Muy pocos CPC tratan —y escasamente— el tema. Como sólo a ellos nos remitimos en estas anotaciones, acotamos acá que para que un hecho pueda ser considerado indicio, debe estar probado en el proceso (COL, 248), pudiendo el juez deducirlo de la conducta procesal de las partes (COL, 249).

El juez debe valorar en conjunto los indicios (COL, 249), haciendo prueba cuando por su *gravedad* (ARG [CBA, 316; SFE, 226]; BOL, 477; COL, 250; CHI, 426; GUA, 195; URU, 454: queda confiado a las luces y a la prudencia del magistrado), *número* (ARG, CBA, 316; SFE, 226), *convergencia* (COL, 250) o *conexión con el hecho* (ARG, CBA, 316; SFE, 226), *precisión* (BOL, 477; CHI, 426), *concordancia* (COL, 250) y *relación con las demás pruebas rendidas en el proceso* (COL, 250; GUA, 195), sean capaces de producir convencimiento sobre la existencia del hecho (ARG [CBA, 316; SFE, 226: según apreciación hecha por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica]; BOL, 477; CHI, 426), convencimiento éste que constituye la base de una presunción.

308. La prueba por indicios para la detención preventiva en el proceso penal y para ciertas resoluciones provisionales en lo civil

En ciertos casos, el legislador permite que el juez adopte una decisión provisional con base en la prueba de la simple probabilidad o credibilidad del hecho, sin exigir la certeza necesaria para las decisiones definitivas (véase núm. 75). De esta suerte, un solo indicio contingente grave o varios que no alcancen a dar el pleno convenci-

miento, pueden servir para adoptar esa medida. La detención preventiva del sospechoso de ser responsable de una infracción penal o de policía, es un claro ejemplo. Pero no basta un hecho equívoco que dé margen a una simple sospecha y mucho menos la sospecha subjetiva del juez sin apoyo en la prueba; es indispensable que ese indicio reúna los requisitos examinados para su existencia jurídica, su validez y su eficacia probatoria y principalmente los de estar plenamente probado, tener una relación de causalidad clara y segura con el hecho delictuoso que se investiga, no aparecer desvirtuado por otros indicios y otras pruebas, no presentar signos sospechosos de falsificación, ni poderse explicar razonablemente como obra de la casualidad o del azar (véanse núms. 302-304). De lo contrario la detención preventiva no estará justificada y se incurrirá en arbitrariedad⁵³¹.

Como muy acertadamente se ha dicho, existe un verdadero derecho subjetivo del sospechoso o sindicado a su libertad provisional, mientras no haya una seria base probatoria que justifique su detención⁵³². Los jueces y funcionarios de instrucción abusan frecuentemente de su facultad de ordenar detenciones preventivas, por ligereza o ignorancia.

En los procesos civiles y laborales puede ser suficiente también la prueba de un indicio contingente grave o de varios que no alcancen a otorgar el pleno convencimiento, cuando el legislador exija únicamente la verosimilitud o la justificación del hecho y en algunas medidas provisionales para la seguridad de personas o de bienes (véase núm. 75).

⁵³¹ GIANTURCO, ob. cit., ps. 70-71; MANZINI, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. II, p. 629, nota 1; FENECH, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. II, ps. 824-828; CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1966, t. V, ps. 251-294.

⁵³² NIEVES, Héctor, *La libertad provisional del detenido como derecho y como institución de prevención criminal*; JARDÍ ABELLA, Martha, *La libertad provisoria del detenido como derecho y como instituto de previsión criminal*, ambos en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, 1967, núm. 4. Presentaron también trabajos sobre este tema, que se publicaron en el núm. 1, 1968, de la misma revista: Alfredo VÉLEZ MARICONDE, Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Arturo ZELEDÓN CASTRILLÓN, en las *IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*.

CAPÍTULO XXVII

DE LAS PRESUNCIONES

309. Etimología y breve nota histórica

Etimológicamente se entiende por presunción (*præsumere*) suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste; en la selección de los trabajos de los jurisconsultos clásicos romanos, hecha por encargo del emperador Justiniano, se encuentran ya fragmentos de los clásicos anteriores en los que la palabra *præsumere* se usa en el sentido de opinión, suposición o creencia; los compiladores los adicionaron en ocasiones, contraponiendo las voces *præsumere* y *adprobare* o *probare*, con lo cual se le da ya el significado de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario: *præsumptum esse debet, nisi contrarium approbetur*⁵³³.

Sin embargo, en el derecho romano no se encuentra un verdadero sistema de presunciones, con efectos generales sobre la carga de la prueba. Siglos más tarde, aparecen en el derecho canónico verdaderas presunciones, algunas de ellas que no admiten prueba en contrario, es decir, *iuris et de iure*, tal como actualmente se conciben. Al desarrollarse más tarde la teoría legal de la prueba, se generalizó la tendencia a sustituir por presunciones la prueba de indicios, y vino luego la división tripartita, hecha por los glosadores, de *præsumptiones iuris et de iure*, *præsumptiones iuris tantum* y *præsumptiones facti* (las últimas conocidas como judiciales o de hombre) que fue incorporada al Código de Napoleón y subsiste en el derecho moderno⁵³⁴.

⁵³³ HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho*, Madrid, 1931, ps. 2-47.

⁵³⁴ HEDEMANN, ob. cit., núms. 11-16, ps. 65-90.

310. Qué se debe entender por presunción y sus varias clases

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez (según sea presunción legal o judicial), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos⁵³⁵.

Cuando la presunción es creada por el legislador, sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, se considera cierto el hecho, definitivamente (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras); cuando es simple presunción judicial o de hombre, se considera ese hecho simplemente como probable.

Función de las presunciones judiciales es servirle de guía al juez para la valoración de las pruebas; pero no la de servir, por ejemplo, cuando se critica la exposición del testigo o del perito y se mide su credibilidad de acuerdo con la base de hechos que narra, el tiempo transcurrido desde la percepción, la forma como ésta ocurrió, las capacidades del exponente, o cuando se examinan los indicios debidamente probados, e inclusive la confesión judicial y extrajudicial⁵³⁶. De acuerdo con las circunstancias, el juez infiere una presunción judicial a favor o en contra de la verosimilitud de los hechos que son objeto de esas pruebas y de la sinceridad del sujeto que se los hace conocer (véanse núms. 209 y 234).

Por su parte, las presunciones legales tienen también una función sustancial y extraprocesal, muy importante, además de la indirecta-

⁵³⁵ CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 19, nota 158 y texto y núm. 47; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., ps. 223-232; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 181-208; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 30; ELLERO, ob. cit., p. 217; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 46; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 145; RICCI, ob. cit., t. I, núm. 34; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 111-120; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Normas de presunción en el Código Civil*, Barcelona, 1963, ps. 5-37.

⁵³⁶ ELLERO, *De la certidumbre*, ed. cit., ps. 207 y 213; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 6; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 31 y 49; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, ed. cit., t. I, p. 94; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 115; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, p. 224; DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. V, núm. 704, C.

mente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio, a la posesión de la tierra, al ejercicio de los derechos políticos (presunción de capacidad para su ejercicio por mayores de edad), etcétera. Desde este punto de vista reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente (por ejemplo, los derechos herenciales del hijo legítimo, en un proceso de sucesión por muerte de su padre). Las judiciales o de hombre cumplen exclusivamente la función procesal mencionada. Es una diferencia muy importante entre los dos tipos de presunciones, que determina la verdadera naturaleza de las primeras⁵³⁷.

Las presunciones legales son necesariamente de derecho y pueden ser *iuris tantum* e *iuris et de iure*; no pueden existir sin norma legal expresa que las consagre; no pueden ser obra de la costumbre o de la jurisprudencia⁵³⁸. Las primeras permiten probar en contrario del hecho presumido; las segundas no y son, por lo tanto, definitivas y concluyentes.

Es un error llamar presunción *de derecho* a la que no admite prueba en contrario y *legal* a la que sí la admite, porque todas las de derecho las consagra la ley y todas las legales son de derecho. Las primeras son las *iuris et de iure* y las segundas *iuris tantum*.

Tanto la presunción legal como la de derecho suponen antecedentes y circunstancias. Con esto se quiere recordar que si bien el hecho presumido por la ley debe ser aceptado por el juez y por todo el mundo como cierto sin necesidad de que esté aprobado (mientras no se demuestre lo contrario en la *iuris tantum*), en cambio, el hecho del cual se presume aquél y que le sirve de antecedente, sí necesita plena prueba para que el juez lo considere cierto y pueda aplicar esa presunción. "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

⁵³⁷ ROSENBERG, *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 15; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 30; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., nota 47, p. 342; BONNIER, ob. cit., t. II, núm. 835; DELLEPIANE, ob. cit., Cap. XVII, § V, p. 117.

⁵³⁸ HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho*, ed. cit., núm. 43.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

310)a. Con total prescindencia de lo que sobre el tema se norma en leyes de fondo, cuya compulsas excede el límite impuesto a estas anotaciones, cabe acotar que son escasos los CPC que legislan acerca de este medio de prueba, tal como se verá a continuación.

Presunción es la “consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido” (MEX, 379; URU, 451), llamándose a la primera *legal* y a la segunda, *humana* (MEX, 379).

MEX, 380, expresa que hay presunción legal cuando “la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley” (en este caso, sólo debe probarse el hecho en que se funda, MEX, 381); es humana cuando “de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél”.

Las presunciones legales y absolutas hacen plena prueba por sí mismas (ARG, CBA, 315), sin admitirse prueba en contrario (URU, 452; MEX, 382: “cuando la ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo que la ley haya reservado el derecho de probar”).

Las presunciones legales no absolutas hacen plena prueba en defecto de prueba en contrario (CBA, 345; GUA, 194: a menos que la ley lo prohíba expresamente; MEX, 383; URU, 452 y 453).

Las presunciones judiciales sólo producen prueba si son consecuencia directa, precisa y lógicamente deducida de un hecho comprobado (GUA, 195).

URU, 455, enuncia las condiciones que necesariamente deben tener las presunciones para que puedan servir de base a una resolución judicial: “1) Se han de relacionar con el hecho primordial que debe servir de punto de partida para la conclusión que se busca; 2) no han de ser equívocas, de manera que puedan conducir a conclusiones diversas; 3) han de dar un resultado preciso y no dudoso al que ha de ser conducido el ánimo sin violencia; 4) han de ser directas, de manera que tiendan naturalmente al hecho de que se trata; 5) deben ser claras y concordantes las unas con las otras, de modo que se relacionen sin esfuerzo desde el punto

de partida hasta el fin buscado; 6) deben ser tales que establezcan la ilación continuada sin interrupción sobre los hechos que sirvan de antecedentes; 7) que se funden en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones”.

311. Naturaleza jurídica de la presunción. El problema de si son o no medios de prueba

Es éste un tema muy discutido. En primer término hay que resolver si las presunciones son o no medios de prueba. Las opiniones se encuentran divididas. Unos, como Gorphe, de la Plaza, Gianturco, Guasp, consideran que lo son las presunciones simples, de hombres o judiciales, pero como las identifican con los indicios, en realidad ese concepto es consecuencia de tal confusión⁵³⁹; otros, como Lessona, Framarino dei Malatesta y Antonio Rocha, opinan que también son pruebas las presunciones legales *iuris tantum*⁵⁴⁰ y no falta quien les otorgue ese carácter inclusive a las presunciones legales *iuris et de iure*, como lo hace Framarino dei Malatesta⁵⁴¹. Pero la mayoría de los autores modernos niega que las varias clases de presunciones sean pruebas, y distinguen las simples o judiciales de los indicios, como vimos en el número 295⁵⁴².

Nosotros acogemos la última tesis. Pero para una mejor comprensión de este punto, es conveniente distinguir las tres clases de presunciones que en el número anterior indicamos, porque su naturaleza no es una misma.

⁵³⁹ GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 155; DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho procesal civil*, t. I, ps. 454 y 467; GIANTURCO, ob. cit., ps. 18-20, 29-31, 169-178; GUASP, ob. cit., ps. 428-432.

⁵⁴⁰ LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 6 y t. V, núms. 57 y 75; FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 107 y 222; ROCHA, ob. cit., p. 562.

⁵⁴¹ FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. y p. cit.

⁵⁴² Adicionamos las citas que aparecen en el núm. 295, con éstas: ELLERO, ob. cit., p. 194; PLANIOL y RIPERT, *Tratado*, ed. cit., t. VII, p. 766; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., 197-211; HEDEMANN, ob. cit., núms. 40 y 45; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 33 y 37; EISNER, *La prueba en el proceso civil*, ed. cit., p. 78; COUTURE, *Estudios de derecho procesal*, ed. cit., t. II, ps. 111 y 189; DE PINA, *Tratado de las pruebas civiles*, ed. cit., p. 41; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 112-113; SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., ps. 47-64.

a) La presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce (véase núm. 295). Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez la inferencia lógica que le permite presumir el hecho indicado; pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda. Es decir, los indicios son los hechos y la presunción judicial o inferencia lógica es la conclusión del razonamiento que a aquéllos se aplica. También puede el juez obtener igual inferencia de la valoración de otras clases de pruebas, sin que aquella presunción se confunda con ellas. El juez las utiliza simplemente como principios basados en máximas de la experiencia, para la valoración de las pruebas. En ambas hipótesis estas presunciones son ajenas al problema de la carga de la prueba, porque no determinan quién estaba sujeto a ello o quién debía probar.

b) Las presunciones legales son reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del hecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen fuera del proceso y son reconocidos en éste, en el cual influyen, además, sobre la carga de la prueba⁵⁴³. Así, cuando la ley presume que el hijo de la mujer casada es también del marido, y por lo tanto, legítimo, los efectos sustanciales de tal presunción se producen desde el momento del nacimiento; cuando presume que el poseedor material de un inmueble es su dueño, éste disfruta de los derechos de tal aun fuera del proceso. Pero una vez que el hecho presumido (legitimidad o propiedad) se discute en un proceso, tales presunciones producen el efecto procesal de limitar la prueba del presupuesto fáctico que la norma sustancial contempla para que se surtan sus efectos jurídicos, sacando del mismo el hecho presumido, por lo cual el favorecido por tal presunción no necesita demostrarlo, sino que le basta probar los otros hechos que sirven de base a tal presunción (el matrimonio y el nacimiento dentro de éste o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, en el primer ejemplo; los actos materiales de posesión, en el segundo). Como consecuencia de lo anterior, la parte que niegue el hecho presumido está sujeta a la carga de probar

⁵⁴³ CARNELUTTI, *La prueba civil*, núm. 47, nota 342; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, núm. 15; MICHELI, *La carga de la prueba*, núms. 30-33; BONNIER, ob. cit., t. II, núms. 835-836; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 116-117.

el hecho contrario (que esa persona es hijo de otro hombre o que ese terreno es de su propiedad). Ese doble efecto (sustancial y procesal) de la presunción de origen legal, sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, es claro e indudable y pone de manifiesto que no constituye un medio de prueba.

Es, por lo tanto, un grave error decir que la presunción legal es prueba del hecho presumido. En tal caso se exige de prueba tal hecho, lo cual es algo muy distinto: conduce a que se tiene por cierto el hecho en virtud de tal presunción, pero ésta no es prueba de aquél.

Así, la norma legal que presume la concepción entre los ciento ochenta y los trescientos días anteriores al parto, no contiene la prueba de aquélla, sino una regla jurídica en virtud de la cual se señala la época en que debe considerarse que ocurre la concepción, con los correspondientes efectos sustanciales y procesales; éstos en cuanto influye en la carga de la prueba de quien la invoque, al eliminar el hecho presumido del presupuesto fáctico que debe probarse para la aplicación de la norma sustancial que lo regula (véase núm. 112).

312. Naturaleza del razonamiento empleado en la presunción

Las presunciones se basan en lo que hay de ordinario y constante en los fenómenos físicos, síquicos, sociales y morales (reglas de la experiencia), para inferir lo ocurrido en el caso particular, por lo cual las simplemente judiciales se utilizan para valorar los efectos probatorios de los indicios y demás medios de prueba. A esa regla se llega por un proceso inductivo, que se apoya en la observación de casos particulares análogos; pero en la presunción de origen legal el juez prescinde de este proceso inductivo previo, que está implícito en la norma.

En el razonamiento del juez que aplica una presunción legal se parte de la regla general (implícita en la norma legal), que indica lo ordinario en esa especie de fenómenos materiales o morales, y que constituye la premisa mayor (por ejemplo: el hijo de mujer casada suele tener por padre el marido de ésta, por lo que se presume que así es en los casos concretos); la premisa menor es el razonamiento del juez, que le permite considerar el hecho probado como idéntico o

análogo al que sirve de presupuesto a esa norma (éste es un hijo de mujer casada); la conclusión es la consecuencia deductiva de aplicar aquella regla general a ese caso concreto análogo o idéntico (luego este hijo es del marido de la madre). Es, pues, un razonamiento lógico basado en el principio de identidad o analogía⁵⁴⁴.

En cambio, en el razonamiento del juez que aplica las presunciones de hombre para valorar una prueba por indicios, se parte del hecho particular probado o hecho indicador, que constituye la premisa menor (por ejemplo: está probada la fuga del sindicado); se procede luego a aplicar la regla general de la experiencia que constituye la premisa mayor, en virtud de la cual se deduce cuál es la causa o efecto ordinario de ese hecho (ordinariamente la fuga es efecto de la responsabilidad del delito), y por último, se utiliza la presunción de hombre que esa regla general suministra, para obtener la conclusión, en la que se declara inductivamente o por inferencia la probabilidad de que exista el hecho investigado (luego es probable que el sindicado sea el responsable de ese ilícito). Cuando la conclusión definitiva se saca de un conjunto de presunciones judiciales, se procede de la misma manera; la conclusión es el resultado de la convergencia de las diversas inferencias que de cada uno de esos hechos obtiene el juez. Es un razonamiento lógico basado en el principio de causalidad.

313. La cuestión de si las presunciones son o no reglas de prueba.

Naturaleza de las normas legales que la consagran

Para dar una adecuada respuesta a este interrogante, es necesario distinguir entre las presunciones simples y judiciales y las creadas por la ley. Como las primeras son reglas basadas en la experiencia para la valoración de las pruebas (véanse los números anteriores), es indudable que en este sentido son *reglas* de prueba, pero no *medios* de prueba.

En cuanto a las legales, como son ajenas a esa función, la respuesta depende de lo que se entienda por regla de prueba. En efecto, si se considera como regla de prueba únicamente la que sirve para su valoración, las presunciones legales indudablemente no tienen ese ca-

⁵⁴⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, ps. 207-225.

rácter⁵⁴⁵; si se acepta que la regla sobre carga de la prueba es una regla de prueba, la cuestión se complica, porque no se puede negar la influencia que sobre tal regla tienen las presunciones legales *iuris tantum* e *iuris et de iure*, por lo cual podría pensarse que éstas son reglas de prueba; pero es indispensable recordar que estas presunciones son fundamentalmente reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho, de contenido más amplio que el de la regla sobre la carga de la prueba, porque aquéllas producen efectos sustanciales fuera del proceso⁵⁴⁶. Es decir, las presunciones legales son reglas sustanciales con efectos procesales sobre la carga de la prueba, pero no verdaderas reglas de prueba; por esta razón las normas que las consagran son de naturaleza sustancial y no procesal, como lo reconoce la mayoría de los autores modernos, pues el hecho de que una norma sustancial llegue a prestar una función procesal, no altera su naturaleza⁵⁴⁷.

314. En qué consisten los efectos procesales de la presunción legal y sus relaciones con la carga de la prueba

Vimos que las presunciones legales *iuris tantum* eliminan el hecho presumido del presupuesto fáctico para la producción de los efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca e imponen a la otra parte la carga de probar el hecho contrario o la inexistencia del primero, y que las *iuris et de iure* se limitan a producir el primer efecto. Queremos puntualizar mejor cuál es entonces ese efecto procesal sobre la carga de la prueba.

Varios son los conceptos sobre este punto: 1º) Unos creen que las presunciones legales trasladan o invierten la carga de la prueba, porque

⁵⁴⁵ MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 30-31, 195-202; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 15, ps. 197-198.

⁵⁴⁶ ROSENBERG, ob. cit., núms. 15-16; MICHELI, ob. cit., núm. 30, ps. 198-199; HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho*, núms. 40-47; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 115.

⁵⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Sull'onere della prova*, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957, p. 432; ROSENBERG, ob. cit., núms. 15-16; MICHELI, ob. cit., núm. 30; DELLEPIANE, ob. cit., Cap. 17, V, p. 117, las considera mixtas: sustanciales y adjetivas. En contra, GORPHE, quien las califica de procesales, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 155; también HEDEMANN, ob. cit., núm. 39.

en vez de pesar sobre la parte a quien debía corresponder de acuerdo con la regla general, la imponen a la parte contraria⁵⁴⁸, pero creemos que ésta tiene la carga de probar un hecho diferente que alega a su favor (el contrario al presumido), de manera que en realidad no existe ninguna inversión ni traslado de la carga. 2º) Otros consideran que con ellas se cumple la carga de probar y que, por lo tanto, son sucedáneos o sustitutos de la prueba⁵⁴⁹; pero ya hemos visto que la presunción no prueba, sino que hace innecesaria la prueba. 3º) Otros opinan que las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* liberan o dispensan o eximen o alivian de la carga de probar a la parte favorecida con ellas⁵⁵⁰; este concepto elimina la idea del traslado o la inversión y la de sucedáneos de prueba, con lo cual se avanza notablemente en su estructuración. 4º) También se habla de que hacen superflua o innecesaria la prueba, lo que en el fondo equivale a liberar o dispensar de ella⁵⁵¹. 5º) Por último, algunos prefieren decir que simplifican el presupuesto de hecho de la norma sustancial, porque eliminan de éste el hecho presumido⁵⁵².

Creemos que los tres últimos conceptos son correctos y que armonizan perfectamente. Como estas presunciones son normas que regulan situaciones jurídicas sustanciales, razón tienen Micheli y Liebman cuando dicen que al suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para que tales efectos se produzcan, lo simplifican y delimitan, por lo cual no hay ninguna inversión ni un traslado de la carga, ni son excepciones a la regla general sobre ésta, sino su aplicación normal⁵⁵³ (véase núm. 112). Pero también es cierto que, como

⁵⁴⁸ PLANIOL y RIPERT, *Tratado*, ed. cit., t. VII, p. 763.

⁵⁴⁹ Cita de CARNELUTTI, *La prueba civil*, núm. 4, nota 20.

⁵⁵⁰ HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho*, ed. cit., núm. 45, ps. 301-303; ROCHA, ob. cit., p. 557; ALSINA, ob. cit., t. II, p. 194, no obstante el subtítulo *Inversión de la prueba*; WACH, UNGER, SCHMIDT y otros citados por HEDEMANN, ob. y ps. cit.

⁵⁵¹ ROSENBERG, ob. cit., núm. 15, p. 197.

⁵⁵² MICHELI, ob. cit., núm. 30; LIEBMAN, *Sull'onere della prova* cit., p. 432, y autores citados en el núm. 135, b.

⁵⁵³ DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1967, t. V, núms. 757-758, y *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, eds. cit., t. I, núm. 392; MICHELI y ROSENBERG, obs. cit.

lo observa Rosenberg, hacen superflua o innecesaria la prueba de ese hecho, e indudablemente lo anterior se traduce en una liberación, dispensa o exención de prueba, como afirman Hedemann, Alsina y Rocha; por ese motivo la prueba que se pida para demostrar el hecho presumido es redundante e inútil y el juez debe rechazarla de plano si implica tiempo y trabajo (véase núm. 81, d).

315. Las presunciones de procedimiento

Existen también algunas presunciones de origen legal y otras de hombre, en el trámite de los procesos. Dichas presunciones son normas de procedimiento que regulan una situación procesal y que permiten considerar como cierto un hecho para la estabilidad del proceso.

Por ejemplo: cuando el Código de Procedimiento Civil colombiano dispone que se entienden surtidos los efectos de la notificación, cuando la persona que debía notificarse manifiesta que conoce la providencia, en escrito firmado por ella, o retire el expediente en los casos autorizados; cuando se presume el allanamiento de la nulidad por falta de competencia o por falta de citación o emplazamiento, cuando se interviene en el proceso sin haber reclamación oportuna. Son presunciones *iuris et de iure*.

Ejemplo de presunciones de hombre de tipo procesal es la de que las diligencias practicadas por el juez han cumplido las formalidades legales, si en ellas no aparece lo contrario⁵⁵⁴.

316. Prueba de los hechos que sirven de base a la presunción. Aplicación de la máxima *præsumptum de præsumpto non admittitur*

Como de lo expuesto en los números anteriores se deduce que quien alega una presunción legal *iuris tantum* o *iuris et de iure* debe probar plenamente y por los medios conducentes los hechos que sirven de base a la presunción, es decir, aquellos que son el presupuesto para su aplicación; por ejemplo, el matrimonio y el nacimiento, para la presunción de legitimidad del hijo de mujer casada; los actos de ocupación y utili-

⁵⁵⁴ FLORIAN, *La prueba penal*, ed. cit., t. II, núm. 174.

zación económica de la tierra por el poseedor, para la presunción de propiedad. En principio esa prueba es libre y, por lo tanto, puede consistir en indicios o testimonios que den al juez la plena convicción; salvo que una norma legal exija un medio determinado o excluya alguno.

Igualmente, para que las presunciones judiciales operen con base en hechos conocidos por el juez, es indispensable que se hayan probado plenamente esos hechos. Es el caso de recordar aquí el problema planteado respecto a la aplicación de la máxima *præsumptum de præsumpto non admittitur* (no es admisible la presunción de presunción). Como dijimos atrás (véase núm. 302), en el derecho contemporáneo se rechaza su aplicación a los indicios, porque contraría la libertad del juez para valorar la prueba, y se considera que, salvo norma legal en contrario (que no existe en Colombia) es admisible probar un indicio con otro necesario o con un conjunto de indicios contingentes que produzcan certeza sobre la existencia de aquél. Por lo tanto, es indudable que puede probarse con indicios el hecho que sirve de base a la presunción tanto legal como judicial. Pero aquella máxima se refiere a otro aspecto: la argumentación lógica que el juez aplica en las presunciones judiciales (en las legales no, porque ese razonamiento ha sido hecho por el legislador y el juez se limita a aplicarlo; véase núm. 312), no debe ser una cadena de silogismos o de inferencias.

Es decir, significa este axioma que para que el juez tenga por cierto un hecho fundado exclusivamente en presunciones judiciales obtenidas de indicios u otras pruebas, es indispensable que la conclusión adoptada resulte precisa e indudable (véanse núms. 304 y 307). Esto exige que el razonamiento debe ser claro y exacto, por lo cual debe partir de una base segura: la máxima general de la experiencia en que se basa esa presunción. Si en lugar de esto, se parte de otra presunción judicial anterior, el argumento probatorio se convierte en una cadena de silogismos, en un *sorites*, como lo definen los lógicos, y la conclusión ya no será inequívoca, precisa y exacta, sino endeble e imprecisa, razón por la cual no podrá existir la seguridad necesaria para que el juez la adopte⁵⁵⁵. En este sentido la máxima conserva todo su valor y es su verdadero significado.

⁵⁵⁵ DELLEPIANE, ob. cit., p. 108, y autores citados al tratar de la valoración y los requisitos para la eficacia probatoria de los indicios.

317. Presunciones judiciales basadas en pruebas incompletas

Suele decirse que el juez puede inferir presunciones de hombre también de pruebas incompletas, es decir, que no alcanzan a suministrar la plena convicción sobre el hecho objeto de ellas. En realidad se trata de que las pruebas defectuosas o incompletas en su contenido, sólo sirven para contribuir a formar la convicción del juez con apoyo en otras y no por sí solas, y que el juez tiene absoluta libertad para calificar la importancia del argumento probatorio que en ellas encuentre; pero por sí solas no pueden servir de base a ninguna presunción judicial, porque el hecho en el cual se debe basar ésta, requiere prueba plena, sea de indicios o de testimonios o de otra clase. Es un error similar al de pensar que en pruebas incompletas puede encontrarse un indicio, porque éste exige indispensablemente la plena prueba del hecho indicador (véanse núms. 299, 301 y 307).

318. Presunciones judiciales relativas y absolutas

El razonamiento presuntivo puede conducir a una conclusión de simple probabilidad del hecho investigado, cuya calificación corresponde soberanamente al juez, en cuyo caso esa presunción no podrá darle a éste, por sí sola, la certeza necesaria para declarar cierto ese hecho, con base en la prueba a la cual se aplica, como suele ocurrir en la de indicios contingentes. Entonces, si el juez encuentra otras presunciones similares convergentes basadas en otras pruebas de cualquier clase, que concurren en el mismo sentido, esas presunciones entran a formar parte del conjunto de *argumentos probatorios* que en definitiva determinan la decisión del juzgador. Se trata en este caso de presunciones judiciales relativas.

Puede suceder también que una sola presunción judicial basada en un hecho o en un conjunto de hechos plenamente probados, sea tan convincente, que le dé al juez la certeza sobre el hecho investigado.

319. Las dos maneras de desvirtuar una presunción: prueba en contrario de los hechos en que se basa o del hecho presumido

La prueba por una de las partes de los *hechos bases* de la presunción

no impide que la adversaria lleve al proceso otras pruebas con la finalidad de desvirtuar aquélla y demostrar que en realidad esos hechos no han ocurrido. Si se consigue este objetivo o por lo menos que el juez estime inciertos aquellos hechos, éste no podrá aplicar la presunción. Por ejemplo: si se demuestra que quien pretende ser poseedor material, no tiene esa calidad, o que no hubo relaciones sexuales entre el presunto padre natural y la madre del demandante, o al menos que existan otros hechos que hacen improbables aquéllos y dejan al juez en incertidumbre sobre su verdad, la presunción de propietarios o de paternidad extramatrimonial quedará descartada. Lo mismo ocurrirá si se prueba que el aparente matrimonio, que relata una partida civil o eclesiástica, no existió; quedará entonces descartada la presunción de filiación legítima y de paternidad del ficticio marido respecto de los hijos de la mujer (por razón del matrimonio).

Cuando se trate de presunción legal *iuris tantum*, también puede la parte perjudicada probar que el hecho presumido no es cierto, a pesar de que sí lo son los que sirven a aquélla de fundamento; por ejemplo: que el hijo de la mujer casada es de un tercer hombre, a pesar de haber nacido dentro del matrimonio, o que el poseedor material del inmueble no es su propietario, sino el demandante o un tercero. Esta prueba debe ser plena, porque si el juez no obtiene la certeza sobre el hecho contrario al presumido legalmente, debe atenerse a la presunción. Cuando la presunción legal es *iuris et de iure*, la prueba en contrario del hecho presumido es inadmisibile; pero cabe desvirtuar atacando la prueba del hecho en que se basa. Si se trata de presunción judicial, basta que de la prueba resulte incierto el hecho para que aquélla quede descartada.

Por regla general esa prueba en contrario es libre, en ambas hipótesis; salvo que una norma legal disponga otra cosa⁵⁵⁶. El artículo 66 del Código Civil colombiano se refiere a la prueba en contra del hecho presumido, sin exigir ningún medio especial. Sin embargo, hay que tener en cuenta las exigencias que la ley haya introducido en ciertos casos, en cuanto a los hechos que deben probarse, como para

⁵⁵⁶ FLORIAN, ob. cit., t. II, núm. 174; LESSONA, ob. cit., t. V, núms. 145 y 200; ROSENBERG, ob. cit., núm. 16; BONNIER, ob. cit., t. II, núm. 840, ps. 504-505; ROCHA, ob. cit., p. 576.

desvirtuar la presunción de paternidad del marido respecto a los hijos habidos por su cónyuge (pero la prueba de tales hechos es libre).

320. Diversas maneras de consagrar el legislador presunciones

No siempre el legislador utiliza la palabra presumir o sus derivados para crear presunciones. Por el contrario, en ocasiones se limita a expresar la conclusión, por ejemplo: la ignorancia de las leyes no sirve de excusa; la buena fe existe mientras no se prueba lo contrario; el sindicado es inocente mientras no se pruebe su responsabilidad. Otras veces el legislador dice que "se entenderá" o "se colige" o "se tendrá" o "se estimará" como ocurrido o existente o inexistente un hecho, *si no se prueba lo contrario o mientras no se desvirtúe*. En todos estos casos existirá una presunción legal⁵⁵⁷.

Es posible que el legislador consagre una presunción mediante una fórmula negativa; por ejemplo: la mala fe no se presume, las donaciones no se presumen, la gratuidad no se presume en los préstamos mercantiles, lo que significa que se presume la buena fe y el carácter oneroso de la transferencia de bienes y préstamos. Pero no existe presunción en todos los casos en que se emplea esa redacción y es indispensable desentrañar el verdadero contenido de la norma, porque la presunción debe aparecer clara y expresa. Por ejemplo, cuando se dice que "no se presume el ánimo de permanecer [...] por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico...", no está consagrando ninguna presunción; precisamente por esto se consagra la presunción de domicilio, por el hecho de abrir tienda u otro establecimiento durable o por aceptar un empleo en el lugar y por otras circunstancias análogas. Tampoco se consagra presunción cuando la ley se limita a decir que en un contrato no se entiende pactada una condición o una cláusula como la solidaridad entre los varios deudores sin que aparezca expresamente.

No existe presunción cuando en un texto legal se dice que cierto hecho "se tendrá" o "se reputará" o "se considerará" cierto o existente, *sin que pueda probarse en contrario* (si se admitiera esta prueba, se

⁵⁵⁷ DELLEPIANE, ob. cit., ps. 118-119; ROCHA, ob. cit., p. 564.

trataría de presunciones *iuris tantum*); aclaramos que en aquel caso, puede tratarse de presunción *iuris et de iure* o de ficción, como explicamos en el número 322.

321. Las presunciones en el proceso penal

Entendidas las presunciones de hombre o judiciales como lo hemos expuesto (véanse núms. 310-313), es obvio que tienen aplicación constante en el proceso penal, como resultado de valorar la prueba de indicios y cualesquiera otras.

Las presunciones legales *iuris et de iure* son improcedentes en derecho penal⁵⁵⁸.

Entendidas en su verdadero sentido, las presunciones legales *iuris tantum* no se oponen a la estructura del proceso penal; pero como constituyen una limitación a la libertad del juez para valorar las pruebas, es mejor suprimir las que vayan contra el sindicado o imputado y con mayor razón contra el procesado o enjuiciado para efectos de la sentencia, porque contrarían los principios universales de que ningún hecho ilícito existe mientras no sea probado plenamente y que al procesado se le considera inocente mientras no se pruebe plenamente su responsabilidad penal. Este último principio constituye una verdadera presunción de inocencia, que determina la ausencia de carga de la prueba de la no responsabilidad⁵⁵⁹.

322. La ficción legal y sus diferencias con la presunción

Para concluir este capítulo y el libro, nos referiremos brevemente a la ficción como figura jurídica legal.

La ficción, a diferencia de las presunciones, sólo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho

⁵⁵⁸ FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, ps. 228 y 319-334.

⁵⁵⁹ FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, p. 319; MANZINI, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. III, núm. 295 bis; RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Pruebas penales colombianas*, 1970, t. II, ps. 167-197; MESA VELÁZQUEZ, Luis Eduardo, *Derecho procesal penal*, Medellín, 1963, p. 290; ARENAS, Antonio Vicente, *Procedimiento penal*, Bogotá, 1971, ps. 165-166.

o una cosa *que no es así*, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otro diferente, como si fueren iguales⁵⁶⁰. Hay de común entre la ficción y las presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario; pero la ficción es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta⁵⁶¹.

Estas ficciones se fundamentan en razones de conveniencia social y de técnica legislativa, como, por ejemplo, la que existe en la norma según la cual la ley es conocida de todo el mundo, a sabiendas de que esto es imposible; o la que le otorga personalidad jurídica al ser humano concebido, como si tuviera vida propia, a sabiendas de que esto es falso; o la que considera que hay identidad entre la persona del causante y la del heredero, siendo diferentes.

⁵⁶⁰ LESSONA, ob. cit., t. V, núms. 53-64; ROSENBERG, *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 5, ps. 191-193; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 31, nota 102; ROCHA, *De la prueba en derecho*, 1967, ps. 576-578.

⁵⁶¹ En esto nos separamos de ROSENBERG, quien estima que las presunciones *iuris et de iure* son ficciones, cita anterior, y de GIORGI y FERRINI citados por LESSONA, ob. cit., núm. 65. En cambio, estamos de acuerdo con LESSONA, ob. cit., núm. 65, quien cita en el mismo sentido a MATTIROLO, GLUCK, SCIALOJA y otros, e igualmente con ROCHA, ob. y p. cit.

ÍNDICE SUMARIO

CAPÍTULO XXII

DEL TESTIMONIO DE TERCEROS

167. Qué se entiende por testimonio judicial	7
168. Objeto del testimonio de terceros	8
169. El testimonio técnico	9
170. Características del testimonio de terceros	12
171. Testimonio de terceros y confesión	13
172. Transformación del testimonio de terceros en confesión y viceversa	13
173. Naturaleza jurídica del testimonio de terceros	14
174. Nuestra definición	14
175. Naturaleza jurídica de la declaración extraprocesal de terceros	15
176. Quién es testigo y en qué momento se adquiere esta calidad	15
177. El deber jurídico de testimoniar	17
178. Excepciones al deber de testimoniar	21
179. La remuneración o indemnización al testigo	27
180. Sujetos del testimonio	28
181. Distintas clases de testimonios y de testigos	28
182. Los llamados testigos instrumentales y actuarios extraprocesales, los actuarios procesales y los que firman a ruego	28
183. El testimonio de oídas, sobre hechos antiguos, la fama pública y el rumor público	30
184. Fundamento del mérito probatorio del testimonio	31

185. Importancia y necesidad práctica de la prueba testimonial	32
186. Peligros de la prueba testimonial. Testimonios falsos y equivocados	32
187. Requisitos para que exista procesalmente un testimonio	33
188. Requisitos para la validez del testimonio	35
189. Requisitos para la eficacia probatoria del testimonio	39
190. Limitaciones a la conducencia del testimonio como medio de prueba en materia civil o comercial y sus razones o causas	47
191. Limitación a la conducencia del testimonio para reformular, adicionar o desvirtuar documentos	51
192. El caso de la prueba de la simulación	52
193. Los casos del principio de prueba por escrito, de imposibilidad física o moral y de destrucción o pérdida del documento público o privado	53
194. Inhabilidades e impedimentos para testificar	61
195. Los anteriores impedimentos para declarar son hoy motivos de sospecha	65
196. La tacha de los testigos	66
197. La tacha de falsedad del testimonio	67
198. Disponibilidad del testimonio	68
199. Comunidad del testimonio	68
200. Renuncia al testimonio y desistimiento de él	69
201. La retractación o rectificación del testimonio	70
202. Solicitud y ordenación de los testigos	71
203. La limitación del número de testigos y su rechazo por impertinentes o inconducentes	73
204. La citación del testigo y sanciones por desobediencia	73
205. La recepción del testimonio	74
206. El interrogatorio y su técnica. El problema de las preguntas sugerentes o sugestivas	79
207. Necesidad del careo, en todos los procesos, de los testigos que se contradigan	87
208. El testimonio extraproceso o anticipado para futura memoria y el recibido en otros. Su ratificación y abono	88
209. La apreciación o valoración del mérito probatorio del testimonio	90
210. El testimonio único y su valor probatorio	96
211. La crítica del testimonio plural o múltiple: concordancias y contradicciones	97

212. El testimonio en materia laboral.....	98
213. El testimonio de terceros en materia penal.....	98
214. El testimonio de terceros en materia comercial.....	99

CAPÍTULO XXIII

DE LA PRUEBA POR PERITOS O DEL DICTAMEN TÉCNICO

215. Cuándo es necesario el dictamen técnico.....	101
216. Diferencias entre testigo y perito.....	102
217. El dictamen pericial es un medio de prueba y una declaración de ciencia.....	102
218. Importancia de esta prueba.....	104
219. La designación de los peritos, su imparcialidad y su naturaleza jurídica. Su versación técnica y su reemplazo.....	105
220. Requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial.....	106
221. Requisitos para la validez del dictamen.....	107
222. Requisitos para la eficacia probatoria del dictamen.....	108
223. La valoración por el juez del dictamen de los peritos.....	112
224. Número de peritos para cada dictamen.....	116
225. Cómo se pide y se decreta la prueba del dictamen pericial.....	117
226. Aceptación y posesión de los peritos.....	120
227. Oportunidad para pedir adiciones al dictamen.....	121
228. Impedimentos y recusaciones.....	122
229. Cómo se prepara y rinde el dictamen.....	124
230. Contradicción del dictamen. Traslado, Su aclaración y objeción.....	128
231. Cuántos dictámenes puede haber en un mismo proceso. Traslado de dictámenes rendidos en otros procesos o extrajudicialmente.....	130
232. Honorarios de los peritos.....	131
233. Deber de colaboración de las partes con los peritos.....	131
234. Los informes técnicos de funcionarios oficiales.....	132
234 bis. Los certificados de médicos y otros profesionales.....	135

CAPÍTULO XXIV

DE LA PRUEBA POR INSPECCIÓN O RECONOCIMIENTO JUDICIAL

235. En qué consiste esta prueba y su importancia	137
236. Naturaleza jurídica de la inspección judicial	138
237. Objeto de la inspección judicial	140
238. Quién puede solicitar esta prueba y su decreto de oficio por el juez	141
239. Cómo se pide y se decreta la inspección	142
240. Por quién se practica la inspección	145
241. Cómo se practica la diligencia	146
242. Inspección judicial, con exhibición de documentos o cosas muebles	157
243. Nombramiento de los peritos, notificaciones a éstos, remuneración, tachas y dictamen. Declaraciones de testigos	157
244. Inspecciones practicadas en otro proceso	158
245. Inspecciones judiciales practicadas fuera de proceso	159
246. Requisitos para que exista jurídicamente la inspección, para su validez y para su eficacia probatoria	161
247. La apreciación del valor probatorio de la inspección	167

CAPÍTULO XXV

DE LA PRUEBA POR DOCUMENTOS

248. Qué se entiende por documento	173
249. Objeto del documento	174
250. Sujetos del documento	174
251. Materia y forma del documento	175
252. Diferencias entre el testimonio y el documento	175
253. Diferencias y semejanzas entre el documento y la confesión	177
254. El documento como objeto de percepción	179
255. El documento como objeto de prueba	179
256. Naturaleza jurídica del documento y sus funciones jurídicas	180
257. Documentos <i>ad solemnitatem</i> o <i>ad substantiam actus</i> y <i>ad probationem</i>	181

258. Diferencias entre documentos y pruebas preconstituidas	183
259. Diferencias entre documento y las llamadas “piezas de convicción”	183
260. Diferencias entre documento y declaración de voluntad en él contenida	184
261. Requisitos para la existencia jurídica del documento	184
262. Requisitos para la validez del documento como prueba	185
263. Requisitos para la eficacia probatoria del documento	186
264. Importancia, ventajas y defectos de la prueba documental	188
265. Valor de los pactos que exigen el documento como prueba, sin que legalmente sea necesario	189
266. Distintas clases de documentos	189
267. Disponibilidad del documento como medio de prueba y su exhibición	191
268. Manera de allegar el documento al proceso	193
269. Documentos aducidos en copias y en periódicos oficiales. El requisito del registro	198
270. Documentos públicos, instrumentos públicos, escrituras públicas y documentos auténticos	201
271. Documentos e instrumentos privados	206
272. Documentos con o sin firma. Qué se entiende por firma	208
273. Cómo se debe firmar. Requisitos legales	210
274. De la firma por otro a ruego de quien no sabe o no puede firmar	213
275. De la firma de documentos en blanco o con espacios sin llenar	214
276. Reconocimiento expreso, implícito o ficto de documentos privados. Su naturaleza, efectos y trámites	216
277. Documento privado no reconocido pero que goce de presunción de autenticidad o que esté firmado ante dos o más testigos. Prueba sumaria documental	225
278. Tacha de falsedad material de documentos y verificación de su autenticidad	226
279. Valor probatorio y fuerza obligatoria del documento público	233
280. Valor probatorio y fuerza obligatoria de los documentos privados	240
281. Valor probatorio de las fotografías, fotocopias, microfotografías, películas y grabaciones	247
282. Valor probatorio de los documentos rotos, enmendados, suplantados o alterados	251

283. El caso de las cartas y telegramas	252
284. Valor probatorio y autenticación de los documentos otorgados en el exterior	255
285. Los libros de comercio y su valor probatorio.	257
286. El registro como requisito para la eficacia probatoria del documento y como medio de prueba	258
287. Los requisitos del timbre y del papel oficial	260
288. Pérdida o destrucción del documento	261
289. Prueba documental de informes de bancos e instituciones de crédito y entidades oficiales	261
290. Interpretación y valoración del documento. Su indivisibilidad. Documentos contradictorios	263
291. Exhibición de documentos u otras cosas muebles y libros o papeles de comercio	266

CAPÍTULO XXVI

DE LA PRUEBA DE INDICIOS

292. Qué se entiende por indicios	269
293. Los indicios son un medio de prueba	269
294. Naturaleza de la prueba de indicios	270
295. Diferencia entre indicios y presunciones judiciales o de hombre	270
296. Importancia de la prueba de indicios	271
297. Distintas clases de indicios.	273
298. En el proceso penal la confesión no es un indicio.	274
299. Los otros medios de prueba tampoco son indicios cuando no producen el pleno convencimiento	274
300. Fundamento del valor probatorio de los indicios y naturaleza del razonamiento valorativo	275
301. Cuándo existe indicio necesario. Diferencia con el grave	277
302. Requisitos para la existencia jurídica del indicio.	278
303. Requisitos para la validez de la prueba por indicios.	281
304. Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios.	283
305. Investigación oportuna y técnica de los hechos indiciarios	295
306. El comportamiento de las partes en el proceso como indicio probatorio	296

307. Apreciación o valoración de los indicios	297
308. La prueba por indicios para la detención preventiva en el proceso penal y para ciertas resoluciones provisionales en lo civil	300

CAPÍTULO XXVII

DE LAS PRESUNCIONES

309. Etimología y breve nota histórica	303
310. Qué se debe entender por presunción y sus varias clases.	304
311. Naturaleza jurídica de la presunción. El problema de si son o no medios de prueba	307
312. Naturaleza del razonamiento empleado en la presunción	309
313. La cuestión de si las presunciones son o no reglas de prueba. Naturaleza de las normas legales que la consagran	310
314. En qué consisten los efectos procesales de la presunción legal y sus relaciones con la carga de la prueba.	311
315. Las presunciones de procedimiento	313
316. Prueba de los hechos que sirven de base a la presunción. Aplicación de la máxima <i>præsumptum de præsumpto non admittitur</i>	313
317. Presunciones judiciales basadas en pruebas incompletas.	315
318. Presunciones judiciales relativas y absolutas	315
319. Las dos maneras de desvirtuar una presunción: prueba en contrario de los hechos en que se basa o del hecho presumido.	315
320. Diversas maneras de consagrar el legislador presunciones	317
321. Las presunciones en el proceso penal	318
322. La ficción legal y sus diferencias con la presunción	318
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS DE LA OBRA	321