

HERNANDO DEVIS ECHANDIA

*Profesor de las Facultades de Derecho de las Universidades Libres, del Rosario y del Externado de Colombia, en Bogotá*  
*Miembro de los Institutos de Derecho Procesal Iberoamericano, Colombiano, Español, Mexicano, Argentino y del Internacional*

# TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL

TOMO I

QUINTA EDICION



VÍCTOR P. DE ZAVALÍA - *Editor*  
ALBERTI 835 — BUENOS AIRES  
1981

# INDICE

## TOMO I

ADVERTENCIA DEL AUTOR .....	7
-----------------------------	---

### CAPÍTULO I

#### IMPORTANCIA Y DEFINICION DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

1. La noción de prueba trasciende el campo del derecho .....	9
2. Método general para la reconstrucción de cosas, hechos o actos y el judicial probatorio .....	12
3. Importancia de la prueba en el derecho y el proceso .....	12
4. Qué se entiende por pruebas judiciales. Su diferencia con el derecho probatorio .....	15
5. ¿Existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, etc.? .....	16

### CAPÍTULO II

#### NOCION O CONCEPTO DE LA PRUEBA. EL DERECHO SUBJETIVO DE PROBAR

6. Naturaleza jurídica del acto probatorio .....	19
7. Concepto o noción procesal de la prueba .....	20
8. Los tres aspectos de la noción de prueba judicial .....	28
9. Diferencia entre prueba y medio de prueba .....	29
10. Qué se entiende por "probar" en el lenguaje común y en derecho procesal .....	29
11. Nuestras definiciones .....	33
12. El derecho subjetivo de probar .....	34

### CAPÍTULO III

#### NATURALEZA DEL DERECHO PROBATORIO Y DE LAS NORMAS SOBRE PRUEBAS JUDICIALES

13. Diversas teorías .....	41
a) Primera tesis: Las normas sobre pruebas forman parte exclusivamente del derecho material .....	41

b) Segunda tesis: Las normas sobre pruebas son de naturaleza mixta	41
c) Tercera tesis: Las normas sobre pruebas son de naturaleza exclusivamente procesal	44
d) Cuarta tesis: Las normas sobre pruebas se dividen en dos ramas, procesal y material, cada una con su naturaleza propia	46
e) Quinta tesis: Las normas sobre pruebas pertenecen al llamado "derecho justicial". Noción del derecho justicial	47
14. Nuestro concepto	51

## CAPÍTULO IV

## BREVE HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

15. Diversas fases en su evolución	55
16. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma	56
a) En la fase del antiguo proceso romano o <i>per legis actiones</i>	57
b) Durante el Imperio aparece la fase del procedimiento <i>extraordinem</i>	57
c) Por último en el período justiniano	58
17. Las pruebas judiciales en la Europa posterior al Imperio Romano	59
a) La fase étnica o primitiva	59
b) La llamada fase religiosa o mística	60
c) Fase legal, mejor denominada "el sistema de la tarifa legal"	61
d) La fase sentimental, mejor denominada "de la convicción moral"	64
e) Fase científica	66
18. Evolución del concepto de prueba judicial en el derecho clásico y moderno	67
19. Características de los procesos acusatorio e inquisitorio	71
I. Características del proceso acusatorio	72
II. Características del proceso inquisitorio	73
20. Los modernos procesos mixtos	74
I. El proceso penal moderno	75
II. El proceso civil moderno	75
III. El proceso laboral	77
IV. Los procesos contencioso-administrativo, fiscal y aduanero	77

## CAPÍTULO V

## LOS DOS SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA LA REGULACION DE LA PRUEBA JUDICIAL

21. Sistema dispositivo o inquisitivo	78
22. Los dos aspectos del principio dispositivo	79
23. Objeciones al proceso civil inquisitivo, en materias de pruebas, y su refutación	81
24. Países que lo han consagrado	83
25. Sistemas de la tarifa legal o de la libre valoración de las pruebas por el juez	84
26. La tarifa legal, mal llamada "sistema de las pruebas legales" o "prueba formal". Qué debe entenderse por "prueba legal" y por "prueba formal"	84
a) No existe un sistema mixto	86
b) La motivación de la sentencia no es característica de la tarifa legal	87
c) Justificación histórica del sistema de la tarifa legal	88
d) Ventajas o beneficios del sistema de la tarifa legal	90
e) Desventajas o inconvenientes de la tarifa legal	94

27. Sistema de la libre apreciación de las pruebas	95
a) Las distintas denominaciones: sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por los jueces profesionales	95
b) Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación	100
c) Tampoco es esencial para el sistema la libertad de medios de prueba	102
d) Las reglas sobre carga de la prueba no afectan la libre apreciación	103
e) Las normas contenidas en los Códigos sustanciales, sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no excluyen la libre apreciación procesal	104
f) Origen histórico del concepto "reglas de la sana crítica"	105
g) Inconvenientes que suelen señalársele a la libre apreciación y su refutación	105
h) La opinión de los procesalistas modernos sobre la libre apreciación	108
i) Nuestro concepto	108
j) Países que han consagrado la libre apreciación	109
k) Necesaria aclaración sobre el alcance de la libertad de apreciación en el proceso civil	110
28. Independencia de los dos sistemas: inquisitivo o dispositivo, y tarifa legal o de libre apreciación	110
29. Conclusiones sobre este capítulo	111

## CAPÍTULO VI

## PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

30. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, penal, laboral o administrativa	114
31. Cuáles pueden ser estos principios	114
1º) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos	114
2º) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba	117
3º) Principio de la unidad de la prueba	117
4º) Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición	118
5º) Principio del interés público de la función de la prueba	119
6º) Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba	120
7º) Principio de la contradicción de la prueba	123
8º) Principio de la igualdad de oportunidades para la prueba	124
9º) Principio de la publicidad de la prueba	124
10º) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba	125
11º) Principio de la legitimación para la prueba	126
12º) Principio de la preclusión de la prueba	127
13º) Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba	128
14º) Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba	129
15º) Principio de la originalidad de la prueba	130
16º) Principio de la concentración de la prueba	131
17º) Principio de la libertad de la prueba	131
18º) Principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba	133
19º) Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana	134

20º)	Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba .....	135
21º)	Principio de la inmaculación de la prueba .....	137
22º)	Principio de la evaluación o apreciación de la prueba .....	137
23º)	Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad .....	138
24º)	Principio de la oralidad en la práctica de la prueba .....	139
25º)	Principio inquisitivo en la obtención de la prueba .....	139
26º)	Principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba .....	139
27º)	Principio de la gratuidad de la prueba .....	140
32.	Conclusión sobre este capítulo .....	140
32 bis.	El sistema probatorio colombiano y los nuevos Códigos de procedimiento .....	141

## CAPÍTULO VII

OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL.  
QUE PUEDE SER PROBADO

33.	Conveniencia de distinguir adecuadamente las nociones de objeto, tema o necesidad y carga de la prueba .....	142
34.	Estrecha relación entre las nociones de prueba y objeto de la prueba ..	144
35.	Noción de objeto de la prueba en las doctrinas europea y americana ..	145
	I. Autores que confunden objeto y tema o necesidad de la prueba ..	145
	II. Autores que distinguen el objeto y la necesidad de la prueba ..	146
36.	Qué es, en definitiva, objeto de prueba judicial .....	155
37.	Qué se entiende por "hechos" como objeto de la prueba judicial .....	158
	a) Conductas humanas .....	160
	b) Hechos de la naturaleza .....	161
	c) Cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material .....	161
	d) La persona humana .....	163
	e) Estados o hechos síquicos o internos del hombre .....	163
38.	La noción del objeto concreto de prueba judicial, en oposición a objeto abstracto .....	165
39.	El problema de los juicios como objeto de prueba judicial .....	166
40.	¿Son las reglas o máximas de la experiencia objeto de prueba? .....	171
41.	Las normas o reglas jurídicas como objeto de prueba judicial .....	181
42.	Cuestiones de hecho y de derecho en relación con la prueba judicial ..	183

## CAPÍTULO VIII

TEMA O NECESIDAD. HECHOS QUE DEBEN PROBARSE  
O QUE ESTAN EXENTOS DE PRUEBA EN CADA PROCESO

43.	Qué debe entenderse por tema o necesidad de prueba ( <i>thema probandum</i> ). Diferencia con objeto y carga .....	186
44.	Hechos que necesitan probarse o que constituyen el tema de prueba en cada proceso; afirmación, admisión y discusión de los hechos .....	188
45.	Las normas jurídicas como tema de prueba judicial (cuándo hay necesidad de probarlas) .....	193
	a) Normas legales nacionales para el territorio del Estado .....	193
	b) Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional .....	193
	c) Normas consuetudinarias nacionales .....	195
	d) Normas legales o consuetudinarias extranjeras .....	198
	e) Las reglas o máximas de la experiencia .....	201

f)	Conclusión sobre este número .....	201
46.	Hechos que no necesitan prueba, a pesar de ser parte del presupuesto de hecho de pretensiones o excepciones .....	202
	a) Hechos confesados o admitidos por ambas partes. La noción procesal de admisión .....	202
	b) Hechos presumidos legalmente .....	204
	c) Hechos cuya prueba prohíbe la ley .....	205
	d) Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial .....	205
	e) Hechos inconducentes, no pertinentes o irrelevantes e imposibles ...	205
	f) Los hechos indefinidos. El problema de la prueba de las negaciones y afirmaciones indefinidas .....	206
	1) Negaciones sustanciales o absolutas .....	210
	2) Negaciones formales o aparentes .....	210
	g) Los hechos notorios .....	214
	1ª) Autores que no le reconocen a la notoriedad, por sí misma, la consecuencia de eximir de prueba al hecho, y exigen que aquélla se alegue y no se discuta por la parte contraria .....	214
	2ª) Autores que eximen de prueba al hecho notorio, sin exigir que se alegue la notoriedad y sin que importe su discusión por una de las partes .....	216
	3ª) Nuestro concepto .....	219
47.	El concepto de notoriedad. Diferencia con el conocimiento privado del juez .....	221
	a) La doctrina alemana .....	222
	b) La doctrina italiana .....	223
	c) La doctrina española .....	226
	d) La doctrina sudamericana .....	227
	e) Conclusión sobre la doctrina europea y americana. Nuestra opinión ..	228
48.	La llamada notoriedad judicial .....	231
49.	Son diferentes las nociones de notoriedad y de máximas o reglas de experiencia .....	233
50.	El conocimiento privado del juez; diferencia con la notoriedad general y judicial .....	234
51.	La notoriedad es algo muy diferente de la fama y el rumor públicos ...	235
52.	El caso especial de la notoriedad como causa o fuente de un derecho material .....	236

## CAPÍTULO IX

## EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

53.	Diferencia entre objeto y fin de la prueba .....	238
54.	Diversos puntos de vista para el planteamiento de esta cuestión .....	238
55.	Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial; el fin de establecer la verdad .....	239
	a) Doctrina que le asigna a la prueba judicial el fin de establecer la verdad .....	239
	b) Teoría que reconoce como fin de la prueba judicial el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez .....	242
	c) La tesis que ve como fin de la prueba la fijación de los hechos del proceso .....	248
	d) Nuestro concepto .....	250
56.	Resultado de la prueba .....	254

## CAPÍTULO X

## SUJETOS Y ORGANOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

57. La actividad probatoria se realiza por diversos sujetos .....	257
58. No existen propiamente sujetos activos y pasivos de la prueba .....	257
59. Organos de la actividad probatoria .....	258
60. Diversos sujetos de la actividad probatoria .....	261
a) Sujetos de la proposición de la prueba o proponentes. La legitimación para la prueba .....	261
b) Sujetos de la ordenación y admisión de la prueba u ordenadores .....	263
c) Sujetos de la recepción de la prueba o receptores .....	264
d) Sujetos de la práctica de la prueba o ejecutores .....	264
e) Sujetos de la contradicción de la prueba o contradictores .....	265
f) Sujetos destinatarios de la prueba .....	265
g) Sujetos de la valoración o apreciación de la prueba .....	265
h) Sujetos de la asunción de la prueba o asunsors. La noción de asunción de la prueba .....	266
61. El caso de los árbitros .....	267

## CAPÍTULO XI

## FUENTES, MOTIVOS O ARGUMENTOS Y MATERIA O FORMAS DE EXPRESION DE LA PRUEBA

62. La noción de fuentes de la prueba .....	268
63. Diferencia entre fuente y medio de prueba .....	271
64. Motivos, argumentos o fundamentos de prueba. Su diferencia con fuentes y medios de prueba .....	272
65. Materia o formas de expresión de la prueba .....	274
66. Procedimientos probatorios .....	274

## CAPÍTULO XII

## FASES Y ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO

67. Las varias fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso .....	276
68. La producción u obtención de la prueba y sus requisitos .....	277
I) Requisitos intrínsecos .....	277
II) Requisitos extrínsecos .....	278
a) Oportunidad procesal .....	278
b) Formalidad adecuada .....	278
c) Competencia y capacidad .....	278
d) Legitimación .....	278
69. Averiguación o investigación de la prueba .....	278
70. Aseguramiento o defensa de la prueba .....	279
a) Apoderamiento material preventivo .....	279
b) Recepción anticipada o prejudicial .....	279
c) Coerción oficial para la práctica .....	279
71. Proposición y presentación de la prueba .....	279
72. Admisión y ordenación de la prueba .....	281
73. Recepción o práctica de la prueba .....	283
74. La nunciación de la prueba .....	285

## CAPÍTULO XIII

## VALORACION O APRECIACION DE LA PRUEBA

75. Qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial ....	287
76. Los dos sistemas fundamentales para la apreciación de la prueba .....	288
77. Las diversas operaciones del proceso mental de valoración o apreciación de la prueba .....	290
a) Los tres aspectos básicos de la función valorativa: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento .....	290
b) La fundamental función de la lógica .....	292
c) Pero al lado de la razón y la lógica actúan la imaginación, la sicología y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos .....	296
d) También existe una actividad de la voluntad .....	299
78. Naturaleza de las reglas de apreciación .....	300
79. Sólo el juez es sujeto de la actividad valorativa de la prueba .....	302
80. Momento en que se ejerce la actividad valorativa .....	303
81. Fin de la apreciación o valoración de la prueba .....	304
82. Unidad y comunidad de la prueba y apreciación global o de conjunto ..	305
83. Diversas maneras para concebir el trabajo de valoración del juez .....	310
84. Crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca de los medios de prueba .....	311
85. Fuerza o valor probatorio de los medios de prueba .....	313
86. Qué se entiende por argumentos de prueba .....	316
87. Grados y límites de la fuerza o el valor probatorio .....	317
88. Apreciación de la prueba de hechos imposibles, improbables o difíciles de probar .....	318
89. Resultado final de la valoración de la prueba .....	321
90. Efectos de la no convicción o ausencia de certeza, en el proceso civil ...	323
91. Casos en que se atenúa el grado de convicción de la prueba. La atendibilidad o la simple justificación del hecho. Prueba sumaria y prueba "prima facie" .....	326
92. Diferencia entre eficacia probatoria y fuerza obligatoria de ciertos medios, según la persona a quien se oponen .....	328
93. La inevitable posibilidad de error judicial en la apreciación de la prueba y el necesario carácter objetivo y social que debe tener .....	330

## CAPÍTULO XIV

## REQUISITOS INTRINSECOS Y EXTRINSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

94. Cuáles son estos requisitos .....	337
95. La noción de la conducencia de la prueba. Diferencias con su admisibilidad y su eficacia .....	339
96. La pertinencia o relevancia de la prueba, o, mejor dicho, del hecho objeto de ésta .....	342
a) Es requisito para que el hecho pueda ser objeto concreto de prueba en un proceso determinado .....	344
b) Es requisito para que el hecho esté incluido en el tema de prueba de cada proceso .....	345
c) No se confunde con la utilidad de la prueba .....	345
d) Corresponde al juez apreciarla y es cuestión de hecho .....	345
e) En qué momento debe examinarse .....	345

f) La pertinencia puede ser mediata o directa e inmediata o indirecta, y debe apreciarse con un criterio amplio .....	346
g) No se requiere que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepciones .....	347
h) El caso de los hechos imposibles o inverosímiles .....	349
i) El caso de los hechos inmorales y de prohibida investigación .....	349
97. El requisito de la utilidad de la prueba .....	350
a) Pruebas de hechos imposibles e inverosímiles .....	350
b) Imposibilidad del medio probatorio propuesto en relación al hecho por probar .....	352
c) Imposibilidad jurídica del hecho en razón de una presunción de derecho en contrario o de una cosa juzgada .....	352
d) Prohibición legal para investigar el hecho o utilizar el medio propuesto en relación con el hecho por probar y exigencia de uno diferente .....	353
e) Medios diferentes para probar en contrario de lo que aparece en el exigido por la ley para ese hecho .....	353
f) Pruebas pedidas para demostrar un hecho que goza de presunción legal o de derecho .....	353
g) Pruebas para establecer o desvirtuar hechos declarados en sentencia anterior con valor de cosa juzgada .....	354
h) Pruebas de hechos notorios e indefinidos .....	354
i) Hechos probados ya plenamente por otros medios .....	355
j) Hechos admitidos o confesados por ambas partes .....	355
k) Hechos no alegados en la demanda ni en su contestación o en los escritos de excepciones .....	356
l) Pruebas simultáneas para un mismo fin u opuestas entre sí .....	356
98. Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho .....	357
99. Oportunidad procesal o ausencia de preclusión .....	358
100. Formalidades procesales para la validez de la prueba .....	359
101. Legitimación y postulación para la prueba .....	362
102. Competencia del juez de la causa o del comisionado, según el caso .....	363
103. Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos u órganos .....	364

## CAPÍTULO XV

## DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SUS REQUISITOS ESPECIALES

104. Qué es la prueba trasladada .....	367
105. Pruebas practicadas en procesos entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas .....	367
106. Cuándo es posible la ratificación y en qué consiste .....	368
107. No puede suplirse el traslado de la prueba con la relación y las conclusiones que sobre ella aparezcan en las motivaciones de una sentencia anterior entre las mismas partes .....	369
108. Pruebas practicadas extrajuicio .....	369
109. Pruebas practicadas en un proceso anulado .....	370
110. El caso de la acumulación de procesos .....	372
111. Pruebas de un proceso penal o de otra jurisdicción no civil .....	373
112. Pruebas de proceso caducado .....	375
113. Pruebas en proceso terminado por desistimiento, transacción o arbitramento .....	376
114. Pruebas de proceso extranjero .....	376
115. Requisitos de las copias para el traslado de pruebas .....	377

## CAPÍTULO XVI

## VIGENCIA DE LA LEY SOBRE PRUEBAS EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

116. La vigencia de la ley sobre pruebas no es siempre la de ley procesal en general .....	379
117. Vigencia en el tiempo de la ley sobre pruebas .....	379
a) Leyes sobre admisibilidad procesal de los medios de prueba .....	380
b) Leyes sobre formalidades para la presentación o solicitud, decreto y práctica de las pruebas .....	381
c) Leyes reguladoras del valor de convicción de cada medio o el conjunto llevado al juicio .....	382
d) Leyes que modifican los medios exigidos para establecer ciertos hechos .....	383
e) Leyes que determinan los medios necesarios para la validez o existencia de ciertos actos jurídicos materiales, es decir, "ad substantiam actus" .....	387
f) Vigencia de las leyes sobre carga de la prueba y presunciones ....	388
118. Vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio .....	390

## CAPÍTULO XVII

## LA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL EN GENERAL Y DE CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR

119. La noción de carga procesal en la teoría general del derecho .....	393
120. Planteamiento del problema .....	394
121. Diversas teorías sobre la noción de carga procesal .....	396
a) Tesis según la cual la carga es una categoría de obligación .....	396
b) Tesis que considera la carga como un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público .....	398
c) Tesis que define la carga como un deber libre .....	398
d) Tesis que radica la noción de carga en la titularidad del interés que existe en su observancia .....	400
e) Tesis que diferencia la carga de la obligación y que, no obstante, la coloca en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas, como acto jurídicamente necesario, pero en interés propio, cuya inejecución, siendo lícita, acarrea sanción económica .....	401
f) Tesis que distingue la carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica, le da mayor realce a la libertad del sujeto de la primera, pero le asigna el carácter de imperativo del propio interés ...	407
g) Tesis que considera la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio, siendo lícito abstenerse de hacerlo y, por lo tanto, sin que haya coacción ni sanción, y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia .....	409
h) Nuestro concepto .....	415
122. Breve historia de la noción de carga de la prueba .....	421
123. Qué debe entenderse por carga de la prueba .....	424
124. Aspectos subjetivo y concreto, objetivo y abstracto de la carga de la prueba .....	427
125. Crítica a la clasificación de la carga de la prueba en subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, formal y material .....	430
a) Carga de la prueba subjetiva y objetiva .....	430

b) Carga abstracta y concreta de la prueba .....	436
o) Carga de la prueba formal y material .....	439
126. Características esenciales de la regla sobre la carga de la prueba .....	440
a) Forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho .....	440
b) Es una regla general para toda clase de procesos .....	440
c) Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes .....	440
d) No determina quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que no se produzca .....	441
e) Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley .....	441
f) Su aplicación constituye una cuestión de derecho .....	442
g) Debe apreciarse con un criterio objetivo. Los casos de la dificultad, imposibilidad y obstrucción de la prueba .....	442
h) Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba y, por lo tanto, eventual .....	445
i) Sólo se aplica por el juez a los hechos alegados y controvertidos (lo segundo si la ley admite para ellos la prueba de confesión) .....	445
j) Su influencia se extiende a todo proceso, pero se aplica por el juez en el momento de decidir .....	447
k) Regula la premisa menor del llamado silogismo judicial .....	447
l) Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes .....	447
ll) Se determina no sólo por la situación inicial del proceso, sino por circunstancias posteriores .....	448
m) Tiene aplicación no sólo a las cuestiones sustanciales discutidas en el proceso, sino también a otras de carácter procesal .....	449
n) Se diferencia del objeto y del tema o necesidad de la prueba .....	449
o) Es una noción compleja .....	449
p) Está consagrada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o implícitamente .....	449
127. Importancia de la noción de carga de la prueba .....	450
128. Fundamento de la noción de carga de la prueba y de su distribución .....	451
129. Criterio o regla general de distribución de la carga de la prueba .....	453
a) Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepciona .....	453
b) Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega .....	456
c) Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones ..	461
d) Teoría de lo normal y lo anormal .....	461
e) Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar .....	464
f) Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos .....	465
g) Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable .....	472
h) Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido .....	480
130. Nuestro concepto .....	484
1) No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte .....	484
2) Los criterios de la normalidad y la innovación sólo sirven como guías de una política legislativa .....	485
3) Las máximas romanas: <i>onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor y ei incumbit probatio qui dicit non qui negat</i> .....	485
4) El criterio de lo constitutivo o impeditivo o extintivo no sirve para elaborar la regla general .....	486

5) Cuál es el criterio correcto .....	487
6) La regla general para su distribución .....	490
131. Carácter procesal de las normas sobre carga de la prueba .....	493
132. Casos concretos sobre carga de la prueba .....	494
a) Cuándo se alega expresa o implícitamente que no existen personas con mejor o igual derecho a recibir lo pretendido .....	494
b) Carga de la prueba del dolo, de la buena y mala fe, del error, la violencia y la ignorancia .....	494
c) Carga de la prueba de la culpa .....	496
d) Carga de la prueba del nacimiento de obligaciones o de su cumplimiento o incumplimiento .....	497
e) El caso especial de los vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada .....	499
f) Carga de la prueba de inaplicación de las normas legales supletorias o subsidiarias .....	500
g) La carga de probar la falsedad o autenticidad de documentos .....	501
h) La carga de la prueba en materia de prescripción .....	501
i) La carga de la prueba en los procesos reivindicatorios. Prueba del dominio y la posesión .....	503
j) La carga de la prueba en los procesos de petición de herencia .....	504
k) La carga de la prueba en los juicios posesorios .....	504
l) La carga de la prueba en los procesos ejecutivos y similares .....	505
m) La carga de la prueba en los procesos sobre simulación o nulidad de contratos .....	506
n) La carga de la prueba en el caso de las negaciones .....	507
o) La carga de la prueba en las acciones de declaración negativa .....	508
p) La carga de la prueba en los casos de afirmaciones o negaciones indefinidas .....	509
q) La carga de la prueba en cuestiones procesales .....	509

## CAPÍTULO XVIII

## VALOR DE LOS PACTOS O CONTRATOS SOBRE PRUEBAS

133. Diversos pactos o contratos sobre pruebas .....	511
134. La opinión de los autores sobre estos pactos o contratos .....	511
135. Nuestro concepto .....	517

## CAPÍTULO XIX

## CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

136. Diversos criterios para clasificar las pruebas judiciales .....	519
137. Clasificación principal o verdadera .....	519
A) Según su objeto (pruebas directas e indirectas; principales o accesorias) .....	519
B) Según su forma (pruebas escritas y orales) .....	526
C) Según su estructura o naturaleza (pruebas personales y reales o materiales) .....	526
D) Según su función (pruebas históricas y críticas o lógicas) .....	526
E) Según su finalidad (prueba de cargo y de descargo o contrapueba; pruebas formales y sustanciales) .....	528
F) Según su resultado (pruebas plenas, perfectas o completas e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas; pruebas veraces y falsas) .....	531

G)	Según el grado o categoría (pruebas primarias o de primer grado y secundarias o de grado posterior; principales o supletorias)	533
H)	Según los sujetos proponentes de la prueba (prueba de oficio, de partes o de terceros)	535
I)	Según la oportunidad o el momento en que se producen (procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituidas y casuales)	535
J)	Según su contradicción (sumarias o controvertidas)	536
K)	Según su utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles)	537
L)	Según sus relaciones con otras pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas, concurrentes y contrapuestas)	538
M)	Según su licitud o ilicitud (pruebas lícitas e ilícitas)	539
	1º) Cuáles son los efectos procesales de la ilicitud de la prueba	541
	2º) El empleo de drogas para obtener confesiones	543
	3º) El empleo de grabaciones como medio de prueba	544
	4º) Otros métodos científicos para la investigación de la verdad	545
5º)	El caso del secreto profesional y la prueba judicial	545
	a) El secreto profesional del abogado	545
	b) El secreto médico	546
	c) El caso del director de conciencia y específicamente del confesor religioso	546
	d) Consecuencias procesales de la violación del secreto profesional	548
	e) El caso del secreto que la ley reconoce a ciertos documentos	548
	Según los diversos medios o instrumentos	548
138.	Clasificación secundaria o accesoría	549

## CAPÍTULO XX

## DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA

139.	La noción de medio de prueba	550
140.	Los medios de prueba ¿deben ser libres o taxativamente determinados?	553
141.	Clasificación de los medios de prueba	555
142.	¿La enumeración legal de los medios de prueba tiene carácter exhaustivo?	557
143.	Inadmisibilidad de medios convencionales	559
144.	El conocimiento privado del juez no es medio de prueba	559
145.	Distinción entre medio y sucedáneo de prueba	560

## CAPÍTULO XXI

## DECLARACION DE PARTE Y PRUEBA DE CONFESION

146.	Del testimonio en general, como fuente de prueba	562
147.	La declaración de parte como acto procesal	563
	a) Declaraciones procesales y extraprocesales de parte	563
	b) Declaraciones documentales y orales de parte	563
	c) Declaraciones de parte por iniciativa propia o espontánea y por interrogatorio	564
	d) Declaraciones formales e informales de parte	564
	e) Declaraciones de parte con fines probatorios y con fines constitutivos, informativos o aclaratorios	565
	f) Declaraciones procesales de parte mediante interrogatorio libre o in-	

	formal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario	565
	g) La declaración de parte en el juramento decisorio o estimatorio	566
148.	El interrogatorio de las partes en el proceso civil. Necesidad del libre interrogatorio por el juez y la parte contraria	566
149.	Interrogatorio informal de la parte por el juez, con fines aclarativos (interrogatorio <i>ad clarificandum</i> )	569
150.	Interrogatorio de la parte con fines específicos de prueba	572
	a) Interrogatorio informal de parte con fines específicos de prueba	573
	1ª) Libertad de iniciativa del juez	574
	2ª) Libertad de formas	575
	3ª) Inmediación absoluta	575
	4ª) Finalidad directa y principalmente probatoria	575
	5ª) Libertad de valoración del resultado probatorio por el juez	575
	6ª) El juramento resulta innecesario	575
	b) Interrogatorio formal de parte, con fines probatorios	576
151.	La confesión propiamente dicha	579
152.	Requisitos para la existencia de la confesión	579
	a) Debe ser una declaración de parte	580
	b) Debe ser declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro	581
	c) Debe tener por objeto hechos	581
	d) Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria	582
	e) Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos	587
	f) La declaración debe tener siempre una significación probatoria	588
	g) Debe ser consciente (el problema de la voluntariedad de la confesión y del <i>animus confitendi</i> y sus diversos significados)	589
	h) Debe ser expresa y terminante. (La cuestión de si existe confesión en los interrogatorios.)	602
	i) Capacidad jurídica del confesante	608
	j) Que la declaración no sea el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto	610
	k) Debe ser seria	613
153.	Requisitos para la validez de la confesión	614
	a) La plena capacidad del confesante, salvo excepción consagrada en la ley	615
	b) Libre voluntad del confesante o ausencia de coacción	617
	c) El cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar cuando es confesión judicial provocada	619
	d) Que no exista otra causal de nulidad que vicie la confesión cuando es judicial	621
154.	Requisitos para la eficacia de la confesión	622
	a) La disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado	622
	b) La legitimación para el acto, si es de representante o apoderado	623
	c) Su conducencia o idoneidad como medio de prueba del hecho confesado o la aptitud legal para probar ese hecho	625
	d) La pertinencia del hecho confesado, en relación con el litigio o el proceso voluntario	626
	e) Que el hecho haya sido alegado por las partes, a menos que sea accesorio o que la ley autorice su consideración oficiosa por el juez	626
	f) Que la confesión tenga causa u objetos lícitos y que no sea dolosa ni fraudulenta	627
	g) Que la voluntad del confesante no esté viciada por error de hecho o dolo, cuya prueba autorice su revocación	629
	h) Que la ley no prohíba investigar el hecho	630
	i) Que el hecho sea metafísica y físicamente posible	630

j) Que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad	631
k) Que el hecho confesado no esté en contradicción con las máximas generales de la experiencia	631
l) Que el hecho confesado sea jurídicamente posible, por no existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario	632
m) No existir prueba en contrario, cuando la ley autoriza	633
n) Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión si es extrajudicial	634
ñ) Oportunidad procesal de su ocurrencia cuando es confesión judicial espontánea, o de su prueba si tuvo lugar en otro proceso o extrajudicialmente	635
155. Requisitos especiales de la confesión judicial	635
a) Que se haga en un juicio o en diligencia judicial previa, es decir, a un juez en ejercicio de sus funciones	635
b) Que el juez sea competente, si lo exige expresamente la ley	637
c) No es indispensable que ocurra en el mismo proceso, salvo que una norma legal lo exija	638
156. Confesión, admisión y reconocimiento. Sus analogías y diferencias	642
a) La noción de admisión y sus diferencias con la confesión	642
b) La noción de reconocimiento; diferencias con la confesión y la admisión	645
157. Naturaleza jurídica de la confesión	649
1ª) Tesis que considera la confesión como declaración bilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial de derecho privado	650
2ª) Tesis que sostiene que la confesión es una declaración unilateral de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial de derecho privado	652
3ª) Tesis que considera la confesión como un acto de voluntad, y, por lo tanto, como un negocio jurídico, pero de naturaleza procesal, y no un medio de prueba	653
4ª) Tesis que le asigna a la confesión el doble carácter de acto de voluntad o de negocio procesal y de medio de prueba	654
5ª) Tesis que considera la confesión de naturaleza sustancial, pero no negocial, y que le niega el carácter de medio de prueba	656
6ª) Tesis que estima la confesión como de naturaleza sustancial, pero no negocial, y que le reconoce el carácter de medio de prueba	656
7ª) Tesis que le reconoce a la confesión naturaleza procesal y de derecho público no negocial, pero que niega que sea un medio de prueba	659
8ª) Tesis que considera la confesión como una declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba	661
9ª) Tesis que considera la confesión como una declaración de ciencia o de conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba	662
10ª) Nuestra opinión	664
158. Nuestras definiciones de confesión en general y de confesión judicial en particular	667
159. Distintas clases de confesión	669
160. Sujetos del acto confesorio	669
161. La disponibilidad de la confesión o su provocación	671
162. Fundamento o razón de ser del valor probatorio de la confesión	673
163. Valor probatorio de la confesión judicial y extrajudicial	675
164. Confesiones contradictorias, orales o en documentos públicos o privados	677
165. La confesión y el estado civil de las personas	682
166. La prueba de la confesión	684
167. Apreciación de la confesión por el juez	685
168. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión cuando es divisible la declaración de parte	690
A) Diversos sistemas	692

1º) Sistema de la absoluta divisibilidad de la declaración de parte	692
2º) Sistema de la absoluta indivisibilidad o inescindibilidad de la declaración de parte	693
3º) Sistema de la indivisibilidad relativa de la declaración de parte, con regulación legal objetiva para determinarla y tarifa legal	694
4º) Sistema que deja al juez en libertad para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la declaración de parte y su valor probatorio, cuando no contiene una confesión simple, y la parte contraria discute las adiciones	700
B) El actual sistema legal colombiano	701
C) Cuándo existe confesión cualificada o compleja indivisible	702
D) Cuándo existe confesión compuesta, o, mejor dicho, declaración compuesta divisible	703
E) Casos en que se prescinde del hecho adicionado, no obstante existir conexión jurídica íntima: cuando esté en contradicción con una presunción o cosa juzgada, o con pruebas de otra clase o con un hecho notorio, o aparezca imposible física y metafísicamente	706
F) Qué ocurre cuando hay otra prueba del hecho confesado	706
G) La admisión es indivisible en las mismas condiciones que la confesión, pero no el reconocimiento de la demanda o las excepciones	707
H) Indivisibilidad de la confesión en el proceso penal	707
169. Efectos de la confesión respecto a los litisconsortes y sucesores del confesante y a los terceros	710
170. La llamada revocación de la confesión, o, mejor dicho, su retractación o rectificación	712
171. Cuáles son las causas de revocación o retracto de la confesión	717
a) El error de hecho	717
b) Cuándo existe error de hecho o error de derecho	718
172. La prueba del error de hecho	724
1ª tesis: la que exige prueba del error y de la realidad contraria	724
2ª tesis: la que considera que es suficiente comprobar la falsedad objetiva del hecho	727
a) Cuándo y cómo se reclama y prueba el error de hecho o la simple falsedad	732
173. Otros problemas relacionados con la revocación o el retracto de la confesión	733
a) Caso del error motivado por un lapsus del lenguaje oral o escrito (error ostativo)	733
b) Dolo de la parte contraria o de terceros	733
c) Casos de la confesión simulada o fraudulenta	735
d) Caso de la confesión obtenida por violencia física, psicológica o moral	736
e) La incapacidad del confesante	738
f) Retracto de la confesión ficta o presunta	739
174. Las posiciones o el interrogatorio de parte	740
1º) Breves comentarios sobre el origen histórico y su regulación en los códigos actuales	740
a) Históricamente	741
b) Dogmáticamente	741
c) Prácticamente	741
2º) Naturaleza jurídica de las posiciones	744
3º) Sobre qué hechos debe versar el interrogatorio	744
4º) Quién puede ser citado a absolver posiciones: cuándo pueden absolverse por apoderado o representante	746
5º) Cómo deben redactarse las preguntas	749
6º) Cuándo puede decirse que quien pregunta confiesa	750
7º) Efectos jurídicos de la citación	750

8º)	Consecuencias de no comparecer o permanecer en su casa para la diligencia; primer caso de confesión ficta o presunta .....	751
9º)	El juramento del absolvente .....	752
10º)	Cómo se debe responder a las preguntas .....	753
11º)	Consecuencias de la negativa a responder o de hacerlo evasivamente: segundo caso de confesión ficta o presunta .....	754
12º)	Apreciación de las posiciones .....	755
175.	La confesión extrajudicial y sus problemas .....	757
a)	Cuándo existe confesión extrajudicial .....	757
b)	La confesión extrajudicial requiere los mismos requisitos generales de la judicial para su existencia, validez y eficacia .....	757
c)	Requisito especial de la confesión extrajudicial (su prueba oportuna) .....	758
d)	Cómo se prueba esta confesión .....	758
e)	La confesión extrajudicial en materia comercial .....	759
f)	Naturaleza de la confesión extrajudicial .....	759
g)	Su divisibilidad o indivisibilidad .....	760
h)	Su apreciación por el juez y su valor probatorio .....	760
176.	Diferencias entre la confesión en el proceso civil y en el proceso penal ..	762
177.	Semejanzas de la confesión en lo civil y en lo penal .....	764

*Esta edición, con una tirada  
de 3.000 ejemplares,  
se terminó el  
9 de enero de 1981  
Compuesto en tipo De Vinne,  
compaginado, impreso y encuadernado  
en Macagno, Landa y Cía. S.R.L.  
Ardoz 164, Buenos Aires*