

T345.31
7734

1



REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

" DE LA CONFESION "

TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TITULO DE DOCTOR EN DERECHO
Y CIENCIAS POLITICAS

STELLA TONS TONS

SCIB
00018845

1974

34115

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR:

DR. ALBERTO CAMBONA ARANGO

SECRETARIO GENERAL:

DR. HERNANDO ALVAREZ LOZANO

DECANO:

DR. EDUARDO HERNANDEZ MALO

PRESIDENTE HONORARIO:

DR. MANUEL RAMON NAVARRO P.

SR. JULIO TOUS GARCIA

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. ANTONIO OSTAU DE LAFOIT

EXAMINADORES:

DR. RAFAEL H. DE LAVALLE G.

DR. JAIRO GOMEZ O'BIRNE

DR. *Carlos Diaz L6pez*

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

DR. JORGE ECHEVERRI MORA

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

" La Facultad no aprueba ni desaprueba --
los conceptos emitidos por los graduados --
ellos son considerados como propios
de sus autores" (Art. 83 del Reglamento
de la Facultad de Derecho de la Universi-
dad de Cartagena).

A MI MADRE Y HERMANOS

P R E S E N T A C I O N

Al profundizar sobre este delicado tema DE LA COEFICIENCIA, que es la base de la realidad procesal, con este modesto trabajo, quiero rendir tributo de admiración y respeto a quienes durante estos años de vida universitaria, supieron orientarme para la jornada que me depara el porvenir.

CAPITULO I

DE LA CONFESION

1º.) HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES:

A la iniciación de un tema de tan apasionante interés como es el de la confesión, y por tratarse de un medio de prueba, — quizá el más delicado de que se dispone, es bastante amplio, por lo que trataré en lo posible de ser breve al analizarlo.

Para comenzar me parece interesante remitirse a la — historia de las pruebas judiciales ya que como se trata de un medio de prueba debemos conocer algo de ellas.

Uno de los primeros en utilizarla fué don Alfonso "El Sabio" en su obra "Los siete Partidas" en que se les

"Quieren aquí decir de las pruebas que los hombres -
aducen en juicio sobre las cosas negadas".

Se habla de pruebas para aducir en juicio, porque la-
razón práctica y la última finalidad de la prueba es hacer conocidos
de un juez los hechos que el adversario se niega a reconocer como -
ciertos. De ahí que se le califique como judicial.

En el Siglo XIX, llamado de las Codificaciones y del-
culto casi fetichista de la ley escrita, el famoso jurisconsulto y -
filósofo inglés Jeremias Bentham impuso universalmente el nombre de-
pruebas judiciales, merced a la basta difusión y fama que alcanzó su
obra "Tratado de las Pruebas Judiciales" seguida a poco de otro con-
yo no menos influyente en el mundo jurídico, denominado "Rationale -
of Judicial Evidence".

Ese tratado fue texto de un estudio en nuestra escue-
la de derecho por más de cinco décadas, hasta cuando, de 1885 en ad-
-

lante, dejaron de tener ambiente favorable la tesis de Bentham sobre la legislación y filosofía y, a lo menos oficialmente, fueron sustituidas por las escolásticas. Más el nombre de pruebas judiciales sobrevivió a 1886. Un prestigioso intelectual, don Carlos Martínez Silva, había publicado en 1876 un texto sobre la prueba, así en materia civil como penal, con claras ideas y buen estilo, que orientó a varias generaciones de juristas, igualmente titulado como el del filósofo inglés "Tratado de Pruebas Judiciales", pero inspirado en ideas social-católicas.

Muy a principios del corriente siglo, otra obra con el nombre de "Elementos de Pruebas Judiciales", en cuestiones penales y civiles, del ilustre republicano y jurista José Vicente Concha compitió generalmente con la de Martínez Silva, en escuelas y estrados de justicia.

Pero las pruebas no se utilizan solamente en el proceso judicial, como parece sugerirlo el calificativo de judicial. Ver-

dad es que allí está su razón suprema y último aprovechamiento, porque si el deudor o el responsable de una obligación dice no serlo y no conviene en los hechos, o en sus modalidades, o en su impartibilidad, hay que recurrir al juez y ante él probar los hechos para que le dispense el derecho que escapa de los hechos demostrados. De esta manera la prueba está dirigida en última a convencer al juez, y siendo así es lógico llamarla judicial. Lo cual es inevitable y evidente en el campo de lo penal, porque el crimen y el castigo no son susceptibles de discusión ni de transacción entre los particulares; es decir, en lo penal siempre la prueba será llevada a la justicia y apreciada por ella.

El gran jurista y profesor norteamericano John Wigmore afirma que la prueba tiene un sentido social. Dice:

"La prueba no es solamente un elemento útil para los abogados, los jueces y los jurados, sino que ofrece universal campo de aplicación en problemas domésticos, comunitarios, nacionales e in-

ternacionales, de modo que el uso de la prueba por los tribunales --
constituye apenas una de sus fases".

En la actividad mercantil se destaca la utilidad so-
cial de la buena prueba.

Los comerciantes prefieren las soluciones de compro-
iso arbitral en los casos muy contados en que no logran llegar al --
arreglo directo. Ellos saben por experiencia que el ideal de la prug
ba es prevenir y evitar el proceso judicial, incierto, demorado y --
costoso, y que saber perder a tiempo es buen negocio. Con tal empeño
han logrado crear documentos tan perfectos como los títulos valores,
en que el negocio jurídico funda el ser con la forma y el crédito y--
el honor con el vencimiento del plazo.

En el campo del derecho civil también se ocha de ver-
la finalidad y utilidad social de la prueba; los actos jurídicos más
delicados, como los que recogen una voluntad insustituible, dignos-

11

el testamento, o marcan la posición del individuo en la sociedad, el estado civil de las personas por ejemplo, o grave como la hipoteca, — hay que celebrarlos con tal perfección y exquisitas formalidades, — que bien merecen el título de prueba probada de antemano y oponible ante todo el mundo, inclusive frente a terceros en cuanto a la existencia y fecha cierta.

2º.- EN CUANTO A LA EVOLUCION

De las pruebas judiciales el Dr. Hernando Davis Echagúe distingue cinco fases, ellas son:

a-) La fase étnica, a la cual sería mejor darle el nombre de primitiva, que corresponde a todas las sociedades de forma formación, cuando solo podía existir un sistema procesal rudimentario, y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales, pero que, creemos, debió — presentar características muy diferentes en cada lugar, lo cual pue-

de explicar por qué se ha convenido en calificarla como fase étnica.

Es más propio decir que corresponde a las épocas en que en cada sociedad no había aparecido aún un sistema probatorio judicial propiamente dicho.

b-) La fase religiosa o mística del antiguo derecho germánico, primero, y de la influencia del derecho canónico luego, basada en la ignorancia y el fanatismo religioso, durante la cual se utilizan sistemas probatorios arbitrarios y absurdo, como los llamados juicio de Dios, o sear, duelos, pruebas del agua y del fuego, etc.-

c-) La fase legal, que creemos más acertado calificarla como de la tarifa legal, pues sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, y si bien fué un avance en su época, hoy ya no se justifica.

d-) La fase sentimental, que sería mejor denominar de

la fatiga convicción moral, que se originó en la revolución france-
sa, como reacción contra la tarifa legal, en el proceso penal, baco-
da en la absoluta libertad para valorar la prueba, sin sujeción a --
ninguna regla, por jurados de conciencia incultos o impreparados.

e-) La fase científica, que actualmente impera en los
códigos procesales modernos, de valoración de acuerdo con la sana --
crítica y por jueces capacitados para ello.

Estas cuatro díticas fases de la evolución del oconep
to de la prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encoun-
tran más o menos definidos en la historia europea, a partir de la --
caída del imperio romano, por haberse producido una quiebra fundamen-
tal en la civilización jurídica y social que Roma había llevado a --
otros niveles, lo cual hizo que durante una mezola de barbarie y de --
fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judicia --
les.

MODERNO SISTEMA PROBATORIO

El proceso moderno debe ser oral, aun que con ciertas restricciones como la demanda; inquisitivo para que el juez investigue oficialmente la verdad, y con libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas según las reglas de la sana crítica basadas en los principios de la psicología y la lógica y las máximas generales de la experiencia, quedando sujetos únicamente a las formalidades de las leyes materiales contempladas ad substantiam actus, o sea solemnidades necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

A consecuencia de la revolución francesa se implantó en Francia, primero, y luego en casi toda Europa, el sistema oral y la libre apreciación de las pruebas, en el proceso penal. En cambio en el proceso civil se conservó la tarifa legal de las pruebas y el procedimiento escrito con jueces permanentes que re-

presentan al Estado; pero últimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apreciación por el juez, al tiempo que el sistema oral en audiencia para su práctica, reformas introducidas en Colombia para el proceso civil.

Igualmente, no hay duda respecto del carácter mixto, inquisitivo y acusatorio de todos los procesos modernos,

CAPITULO II

IMPORTANCIA Y DEFINICION DE LA PRUEBA

La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.

La prueba tiene, pues, una función social como ya lo habíamos expresado, según la afirmación del gran jurista estadounidense Wigmore.

Y lógicamente, al lado de esta función social, tiene su función jurídica, y, como una especie de ésta, tiene una función procesal específica.

De ahí que junto al fin procesal de la prueba, ésta-

17

tiene un fin extraprocesal muy importantes: dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios y delitos, servir de garantía a los derechos subjetivos y a los diversos *status* jurídicos.

Sin la prueba estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por los delitos, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Gráficamente expresa éste concepto el viejo adagio:

"Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo".

Es decir, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y de los ilícitos penales; no existiría orden jurídico alguno.

La noción de probar ha recibido muchas definiciones, siendo todas variedades de la misma idea.

Los siete Partida, definen la prueba tanto en materia civil como en penal de la siguiente manera:

"Averiguamiento que se hace en juicio en razón de una cosa que es dudosa".

Lessona, partiendo de la norma, que obedece a una necesidad práctica, de que al juez civil hay que llevarle al conocimiento de los hechos, dice que probar significa hacerle conocer al juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su ser, de preciso de ser.

Para Carnelutti hay algo más que una indicación práctica en este proceso de la prueba y del probar; hay una actividad, una

noción lógica, una función del espíritu. Para él, "probar indica - una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio" y "prueba", como sustantivo de probar, es el procedimiento dirigido a tal verificación".

Dice que en últimas lo que se prueba es una afirmación, porque el hecho hay que afirmarlo con razones y las razones no pueden estar montadas en el aire, sino partiendo de hechos sensibles que constituyen el fundamento de la razón. De ahí que, para Carnelutti, en la prueba hay que aplicarle un quid sensible y además una fundación razonable de su existencia.

Desde un punto de vista rigurosamente procesal, probar es apotar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevarlo al juez el convencimiento o la certeza. Sobre los hechos, se dice que en un proceso hay prueba suficiente cuando existe certeza del juez respecto-

de los hechos sobre los cuales debe preferir su decisión en virtud del conjunto de razones o motivos que encuentra, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza; si no hay certeza, no hay prueba del hecho.

Certeza, es la persuasión de la verdad, y la verdad, a su vez, es la conformidad de la idea con la cosa o con el hecho, las pruebas judiciales vienen a ser el medio por el cual llegamos a conocer con mayor o menor certeza la verdad de los hechos.

QUE SE DEBE PROBAR O SEA, LO QUE ES OBJETO DE LA PRUEBA

En derecho el objeto de la prueba son los hechos. Por lo tanto debemos tener en cuenta que como objeto de la actividad probatoria, hecho es el asunto sobre el cual se litiga, o sea lo que da motivo al proceso.

En la palabra "hechos" como materia de prueba quedan comprendidos los actos jurídicos.

La Corte, en sentencia de 30 de agosto de 1946 expresa:

"Es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho, o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones".

Igualmente agrega en sentencia de 13 de marzo de 1948:-

"El fin de la prueba ante la jurisdicción es demostrar que un hecho ha sucedido o no, que existió o no, o que existe en la actualidad; pero tratándose de hechos generadores de derechos y obligaciones como son los que sostienen la acción o la excepción, es necesario distinguir entre el hecho material y el acto jurídico, porque aquél es demostrable por cualesquiera medios recibidos en derecho, al paso que el segundo está sujeto a un régimen-

probatorio determinado".

El derecho no es objeto de prueba. El derecho se invoca para que el juez lo aplique pero no hay necesidad de probarlo, — solo por vía excepcional, bien en tratándose de derecho extranjero, puesto que éste es un hecho desconocido para el juez nacional, o cuando se trata de normas jurídicas de alcance no nacional, de un uso o una costumbre.

Ahora bien, como ya se ha dicho que el hecho es objeto de la prueba, a continuación se citan algunos artículos de diferentes Códigos, que sirven de base a las anteriores afirmaciones:

Art. 177 del C. P. C.: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico

que ellas persiguen. (inciso 1°).

Art. 178 del mismo Código: "Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas".

Art. 179 del C.P.C., primera parte del primer inciso: "Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes".

Art. 215 del C. P. P. según el cual, se prohíbe dictar sentencia condenatoria sin que obran en el proceso, legalmente produ

cidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.

Conforme al Art. 335 *ibidem*, el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que eximan de ella, o la extingan o tenuen; y también el artículo 330 que impone al funcionario de instrucción todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia del proceso, especialmente respecto de las siguientes cuestiones:

- 1º) Si realmente se ha infringido la ley penal;
- 2º) Quién o quiénes son autores o partícipes de la in-

fracción;

3º) Los motivos determinantes y los demás factores -- que influyeron en la violación de la ley penal;

4º) En qué circunstancias de lugar, tiempo y modo -- se realizó la infracción;

5º) Las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales y de policía y sus condiciones de vida; y

6º) Qué daños y perjuicios de orden moral y material -- causó la infracción.

Se ve claramente que todos éstos puntos se refieren a

cuestiones de hecho.

CARGO DE LA PRUEBA

Es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte.

De acuerdo con lo dispuesto en nuestro Código Civil en el art. 1757 incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o ésta.

Las obligaciones se prueban, demostrando la fuente de la cual emanan. Es decir, hay que demostrar el hecho generador de la obligación. Entonces es preciso conocer las fuentes de las obligaciones. Ellas nacen ya de un hecho voluntario de el-hombre, como los contratos y cuasi-contratos, ya de un hecho -ilícito como los delitos y cuasi-delitos y de la ley.

El Código de Procedimiento Civil en el Art. 177 dispone que, incurre a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notarios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Como se ve, solamente se refiere a la prueba de las -

obligaciones sino a todo lo que deba probarse o sea a la carga de la prueba en general.

Pero existen excepciones a las reglas sobre carga de la prueba. Estas son las siguientes:

- a-) Las presunciones;
- b-) Prueba de lo indefinido;
- c-) Los hechos notorios; y
- d-) Prueba del derecho en ciertos casos.

Veamos, pues, separadamente lo referente a cada una de esas excepciones. Empezaremos por saber lo que es una presunción según el Código Civil:

Art. 66 " Se dice presumirse el hecho que se deduce de --

ciertos antecedentes o circunstancias conocidos. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aun que sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entienda que es inadmisibile la prueba contraria, supuesto los antecedentes o circunstancias".

De lo dispuesto por el Art. anterior se desprende que hay dos clases de presunciones que son las de derecho y las legales. La presunción de derecho es aquella que no admite prueba en contrario y las legales son aquellas que según el Art. 232 —

del Código de Procedimiento Penal hay una presunción legal cuando la ley manda que un hecho se tenga como prueba plena de otro.

Quien está amparado por una presunción es beneficiado puesto que se presume su inocencia, o sea que quien alega lo contrario, tendrá que probarlo.

Cuando interviene una presunción en el proceso, la parte que la invoca a su favor va ganando un resultado sin necesidad de probar directamente el hecho que busca establecer en él. Sucede muchas veces que no es fácil dar una prueba directa, pero que sí es fácil mostrar una situación de donde se pueda deducir la existencia o modalidad del hecho que le interesa probar. La prueba se da pues indirectamente cuando el hecho está protegido o autorizado por una presunción.

Como ejemplo de presunción de derecho está el art. 92 del

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Código Civil

"De la época del nacimiento se colige la de la concepción según la regla siguientes: se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trecientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principia el día del nacimiento".

Consagra esa disposición una presunción de derecho, en decir, una presunción que conforme al art. 66 antes citado no admite prueba en contrario. la persona en cuya contra se pretende hacer valer no puede atacar la existencia del hecho presumido o sea la concepción, pues es inadmisibile la prueba en contrario; pero en su lugar puede contraprobar respecto de los antecedentes y circunstancias en los cuales se funda el hecho presumido, el supuesto.

Un ejemplo de presunción legal es la del artículo 762 del C. C. que dice que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. O sea, que quien ataque la posesión demostrando que es dueño desvirtúa el hecho presuntivo que es el dominio.

La prueba de lo indefinido es la segunda excepción a la carga de la prueba.

Como lo dispone el inciso segundo del artículo 177 . - Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. Pero hay dos clases de negaciones que son las que pueden probarse por hechos positivos contrarios y las que no pueden probarse por ellos. Estas son las verdaderas negaciones por estar apoyadas en hechos de carácter indefinido.

Estas negaciones indefinidas hacen imposible la prueba.

PERSONA dice: "La imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido, no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido. Los hechos positivos indefinidos tampoco se pueden probar. Probar que TICIO, que siempre habitó en Roma, nunca visitó el capitulo, es tan imposible como probar que entrara en él todos los días".

Al respecto dice la Corte: "La doctrina contemporánea ha revaluado completamente esas concepciones de los glosadores. El que alega un hecho negativo en apoyo de una demanda o de una excepción debe probarlo. Esto no ofrece ninguna dificultad si el hecho negativo es susceptible de poder ser establecido por medio de la justificación de un hecho afirmativo contrario.

Lo mismo sucede si la alegación negativa de un litigante no puede ser reducida a un hecho positivo fácil de probar, —

la imposibilidad aún absoluta en que se encuentra el demandante para justificar los hechos negativos no podría ser motivo para descargarlo de la prueba o imponer esta al demandado. Solo la prueba de las proposiciones que tienen un carácter indefinido es imposible. Pero tales proposiciones no podrían constituir el objeto de litigios judiciales, lo que es cierto es que, como lo asientan los mismos autores, el juez no puede, cuando se trata de un hecho negativo, exigir una prueba tan rigurosa como cuando se trata de un hecho positivo y que, en general, la prueba que se le exige al demandante no es prueba total, completa, de todos los hechos constitutivos o generadores de su derecho y que la repartición de la carga de la prueba depende menos de las calidades del demandante y demandado que de la naturaleza de las alegaciones, porque es el que avanza como demandante o demandado una proposición contraria a la apariencia, el que debe establecerla".

LOS HECHOS NOTORIOS

La palabra *h e c h o* se usa regularmente en derecho para significar un suceso o el asunto o materia de que se trata. Y *notorio* es lo público y sabido de todos. Hecho notorio es entonces — el suceso, asunto o materia de que se trata, público y sabido de todos.

Cuando la ley habla de hechos notorios es indudable que se está refiriendo a lo público y sabido de todos, lo cual nos lleva a eliminar aquellos que tienen una notoriedad diferente como los conocidos de ciertos grupos culturales, profesionales, científicos y aún sociales. Pero como quiera que dicha notoriedad está destinada a producir efectos procesales y la justicia, por razón de la división territorial judicial, se vincula siempre a un lugar determinado, debe admitirse que, en cuanto a su extensión,

los hechos notorios han de participar de idéntica limitación en lo referente a su publicidad y conocimiento de todos, es decir, que deben entenderse como circunscritos al mismo lugar donde el juez, por razón de su competencia territorial, debe proferir su decisión. Esto hace que un hecho pueda ser considerado como notorio por el juez de un Municipio y que en cambio pueda no serlo por el de la cabecera de circuito, o, en su caso, por el tribunal del respectivo Distrito.

Pero la limitación de la notoriedad en cuanto al territorio o lugar no quiere decir que el hecho deba ser sabido por todos los habitantes del respectivo sitio, pues tal exigencia - habría inaplicable la regla de que los hechos notorios no requieren prueba; pero sí quiere decir que el hecho respectivo sea sabido por lo menos por el común de las personas del respectivo lugar que, a juicio del juez, posean una cultura media. Y tam-

bién quiere decir que dichas personas lo tengan por público, esto es, lo tengan por común y sabido de todos.

El hecho notario no requiere prueba no por la circunstancia de ser notorio, sino por la de ser cierto. Esa certeza es la que lo distingue precisamente de la fama y del rumor públicos en los cuales aparece también un hecho pero con caracteres indefinidos, vagos e imprecisos que de ninguna manera pueden dar al juez convicción plena.

La fama pública debe ser probada en el proceso cuando se alega. Pero aún así su prueba nunca resulta contundente por criterios subjetivos que fácilmente pueden resultar equivocados. Ejemplo, cuando se prueban la honradez u honestidad de una persona por medio de testigos. Sirven al juez esos testimonios como meros indicios e inclusive como pruebas incompletas pero en nin-

En caso le dan la convicción necesaria para fundar una decisión.

Otra cosa que difiere del hecho notorio es la notoriedad como fuente de derecho. Quien la alega no solo no queda relevado de prueba, sino que antes bien tiene que probarla de un modo irrefragable. Así lo dice la Corte al referirse al Art. 399 del Código Civil:

"La ley requiere que la posesión notoria del estado civil se pruebe por un conjunto de testimonios dignos, con lo cual claramente está exigiendo una pluralidad más numerosa que la ordinaria, y que ellos la establezcan de un modo irrefragable, es decir, que no se pueda contrarrestar".

Y en otra providencia agrega:

"Es indiscutible que cuando se trata de extirpar la prue-

ba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al juez en la apreciación del conjunto de testimonios que se aduzca para demostrarla, ha de ser muy estricto, desde luego que la ley expresamente estatuye que no establezca de un modo irrefragable, es decir, que no se pueda contrarrestar¹¹.

Entonces resulta evidente que cuando la ley establece la notoriedad como fuente de derecho no existe relvvo de carga probatoria sino por el contrario obligación de aportar prueba rigurosa y estricta.

Los hechos notorios deben figurar en el proceso bien sea por haber sido relacionados en la demanda o en su respuesta, o en el escrito de excepciones o en el que propone un incidente o en los que les dan respuesta, o de cualquier otro modo, pue-

no hay razón para que un hecho, por la circunstancia de ser notorio pueda no ser sometido a contradicción. Y si el hecho no ha sido mencionado en el proceso resulta claro que no se ha dado la oportunidad de contradecirlo a la parte que correspondía, pues no ha sido sometido a la publicidad que debe recibir toda prueba.

El Dr. DEVIS ECHARDIA en su teoría General de la Prueba Judicial dice sobre el hecho notorio:

"En resumen, creemos que existe notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general y especial divulgación de la certeza sobre su existencia presente o

41

pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con es propósito".

En cuanto a la cuarta excepción de carga de la prueba - que consiste en que hay que probar el derecho en ciertos casos - nos referiremos a continuación.

La regla general que las partes prueben el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Pero hay casos en que además de ese supuesto de hecho es necesario dar la prueba del derecho; y éste es el caso, cuando se trate de una norma jurídica de alcance no nacional, de la existencia de un uso o una costumbre o cuando lo contenga una ley extranjera.

Es pues necesario saber cómo se prueba el derecho en éstos casos.

Quando el derecho está consagrado por una norma jurídica de alcance no nacional es necesario de acuerdo con el artículo 1018 del Código de Procedimiento Civil, aducir su texto al proceso en copia auténtica, de oficio o a solicitud de parte.

Dicha copia deberá obrar en el proceso:

a-) Por haberse allagado en un ejemplar del periódico oficial en el cual hubiere sido publicada la norma, debidamente autenticada.

b-) Por constar en transcripción autorizada por el funcionario público competente, caso en el cual recibe el nombre de instrumentos públicos.

c-) Por haber, sido agregada en reproducción mecánica autorizada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo.

6-) Por haberse tomado copia del original o de copia auténtica durante el curso de inspección judicial.

Respecto de la prueba de los usos y costumbres el Código de Procedimiento Civil dispone en el art. 189:

"Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios".

Para explicar esto es indispensable saber qué es un documento auténtico lo cual lo explica claramente el Art. 252-ibidem: Un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado.

Los documentos públicos se presumen auténticos mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad y los -

documentos privados son auténticos cuando han sido reconocidos ante juez o notario o se ha ordenado judicialmente tenerlos por reconocidos; cuando han sido inscrito en un registro público a petición de quien los firmó, cuando se han aportado al proceso y se ha afirmado estar suscritos o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone sin haber sido tachados de falsos o desecada su firma por los sucesores del causante en la forma y de la manera que la misma ley prevé, y cuando se los ha declarado auténticos en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se oponen en el nuevo proceso.

Además no necesitan de ese reconocimiento a pesar de ser documentos privados pues la ley los presume auténticos: los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma y las firmas de quienes suscriben las pólizas de seguros, títulos de inversión en fondos mutuos y de acciones en socieda-

dos comerciales, bonos emitidos por estas, efectos negociables, certificados y títulos de almacenos generales de depósito, y - los demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal-
presunción.

Además, cuando se trata de aportar documentos en este caso no basta con presentar uno solo, es necesario que se aporten varios como desprende de la norma en estudio.

La norma extranjera se aduce al proceso como lo dispone el art. 188 del Código de Procedimiento Civil:

"El texto de las normas jurídicas colombianas que no - tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras deberá adjun-
cirse al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de-
parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país o por un agente consular de éste en Colombia y se legalizará en la forma prevista en el artículo 259.

No obstante cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse ésta con el testimonio de dos o más abogados autorizados para ejercer su profesión en el país de origen.

La copia de la ley a su vez, puede ser expedida en el exterior, por el funcionario competente del respectivo país; o en Colombia por un agente consular del país de que se trate, debidamente acreditado ante el gobierno nacional.

Cuando se aporte la copia debidamente autenticada de

la ley extranjera, aquella o sea la autenticación debe cumplirse por el agente consular de Colombia o en su defecto por el de una nación amiga, según lo dispone el art. 259 con lo cual se presume que se ha otorgado con arreglo a las leyes del lugar de su expedición. A su vez la firma del agente consular colombiano debe ser abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia y si se trata de agente consular de país amigo su firma debe ser autenticada por el funcionario competente del mismo.

CAPITULO III

MEDIO DE PRUEBA

En lo referente a este punto solo analizaré brevemente los medios de prueba en materia penal y civil por cuanto es objeto de mi exposición uno de esos medios la confesión; al cual me referiré como tema principal.

La ley civil consagra los siguientes medios probatorios

- 1º-) Declaración de partes;
- 2º-) Juramento;
- 3º-) Testimonio de Terceros;
- 4º-) Dictamen Pericial;
- 5º-) Inspección Judicial;
- 6º-) Documentos;

7º-) Indicios;

8º-) Cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El Código de Procedimiento Penal los clasifica así:

1º-) Inspección Judicial;

2º-) Indicios (incluye presunciones);

3º-) Testimonio;

4º-) Documentos;

5º-) Confesión;

6º-) Prueba Pericial.

Como salta a la vista, la enumeración que trae el Código de Procedimiento Civil es muchísimo más amplia ya que faculta al juez para utilizar otro medio de prueba que a su juicio considere

necesario para un mejor convencimiento, ajustando así su fallo a la realidad de los hechos.

Aquí el legislador tuvo en cuenta que la ciencia evoluciona cada vez más y que por lo tanto podría presentarse posteriormente un medio probatorio nuevo para el mejor esclarecimiento de los hechos. Ésto no fué así en materia penal, lo que no me parece justo, ya que en civil interesa al juez solo la verdad aparente en tanto que en materia penal es necesario llegar a conocer la verdad verdadera. Aunque hasta ahora no ha surgido ningún medio diferente que haya sido necesario utilizar, solo se ha visto el perfeccionamiento de los medios existentes. Pero esto no descarta la posibilidad de que en lo sucesivo pueda presentarse un nuevo medio y lógicamente el juez se encontraría atado para aplicarlo por cuanto la ley no le concede tal facultad.

Otra gran diferencia se presenta en lo referente al juramento, el cual está consagrado en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 211 cuyo tenor es el siguiente:

"El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considerare que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia".

Y el artículo 212 que a la letra dice así

"Cuando la ley autoriza al juez para pedir el juramento a una de las partes, ésta deberá prestarlo dentro de la oportunidad para practicar pruebas, en la fecha y hora que se señale. El juramento deferido tendrá el valor probatorio que la misma ley le asigne".

En materia penal no está consagrado el juramento por razones de orden público por lo tanto no es posible convertir las decisiones a transacción como si ocurre en materia civil.

También es preciso anotar que las presunciones en lo penal se aprecian como prueba directa, en tanto que en civil son un medio indirecto de prueba ya que el Código de procedimiento civil establece:

"Las presunciones establecidas por la ley serán proce-

dentos siempre que los hechos en que se fundan estén debidamente probados".

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

CAPITULO IV

LA CONFESION

DEFINICION

En primer lugar hay que advertir que existe la impresión de que la declaración de parte y la confesión conforman un mismo concepto.

En realidad la confesión es una declaración de parte, entendida ésta en un sentido formal procesal. Sin embargo, es necesario distinguir entre declaración de parte, la que constituye el género, y confesión que es la especie; toda confesión es una declaración de parte, pero esta no es siempre una confesión.

Cabe aquí la exposición de CONFES:

Existe la costumbre de tratar la confesión, como medio de prueba, en forma separada. Pero sería mucho más lógico considerar, en su lugar, las declaraciones de las partes o del acusado, contengan o no confesión; de la misma manera que los documentos escritos forman, por una parte, una prueba distinta, aunque su fuerza demostrativa depende principalmente de las confesiones que encierran. Estas pruebas están estrechamente vinculadas. Difieren sobre todo en la forma, escrita u oral, de las declaraciones, pero estas dos formas solo se oponen en la superficie; en general, en un proceso verbal, las declaraciones hechas oralmente a la justicia o con miras a ser presentadas ante ella, se recogen por escrito o en las actas de la audiencia.

En principio, son obtenidas por un medio que carece rias a esta prueba al interrogatorio.

La confesión consiste en el reconocimiento de la exactitud de un hecho por parte de aquel contra quien se alega. Pero también debe tenerse en cuenta la inversa: si él niega la exactitud del hecho o afirma que se produjo de otro modo, esta declaración puede tener valor aunque no contenga una confesión y constituye, un elemento que ha de ser considerado así cuando no encierre un cargo contra su autor".

DEFINICION

Al tratar de encontrar la definición en el Código de Procedimiento Civil actual, de la confesión, solo hallé los requisitos que éste debe reunir, por lo que me vi precisada a recurrir al Código anterior en el cual se presenta definida en el artículo 604 de la siguiente forma:

"La manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, reviste el carácter de -

confesión".

Sin embargo, de los requisitos de la confesión, —
bien podríamos obtener, si no una definición precisa, al no—
nos es un elemento indispensable, que distingue o mejor di—
cho tipifica la confesión y es el numeral dos del artículo —
195 de el Código de Procedimiento Civil que dice:

"Que verne sobre hechos que produzcan consecuencias—
jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte—
contraria".

A este respecto existe diversidad de conceptos ya que
algunos autores, entre ellos HERNANDO DEVIS SCHANDIA, sostiene
que para que realmente exista la confesión es necesario que el
hecho confesado resulte favorable a la contraparte ; o sea, —
que en su concepto, poco importa que el hecho confesado perju—
dique al confesante.

Otros por el contrario, como ANTONIO ROCHA y CORPES, acogun la primera parte de el numeral dos del citado artículo ya que sostienen que hay confesión, cuando la parte declara un hecho desfavorable a ella.

Como vemos, nuestro Código acogió ambos criterios de manera que habrá confesión cuando el hecho confesado perjudique al declarante, como cuando favorece a la parte contraria.

FUNDAMENTO DE SU ESPECIAL FUERZA DE CONVICCION

La confesión ha sido considerada como la reina de las pruebas. El Código Judicial de 1887 recogía a esa fuerza de convicción que emana de la confesión civil, decías EAs bien que una prueba, es la relevación de toda prueba en favor del adversario, cuando la parte, al contestar la demanda, conviene en los hechos afirmados por el actor de ella.

Consagraba pues ese principio legal, que la confesión no es una forma de prueba, sino la relevación de la carga de probar. Esto se entendía, lógicamente, si el hecho sobre que recaía la confesión era susceptible de probarse por ese medio. Además, es llamada la prueba por excelencia por cuanto se supone que el hombre no siente para perjudicarse.

La mentira, la disculpa, el disimulo, suelen aducirse en provecho propio, no en daño. El hombre no se siente impulsado a reconocer como verdaderos aquellos hechos que puedan ocasionarle consecuencias perjudiciales para su patrimonio material e moral.

La confesión civil proporciona al juez un criterio seguro y tranquilo para fallar. No ocurre lo mismo en lo penal, porque la ley exige verificar su credibilidad. Es así como se encuentra consagrado en el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal que a la letra dice así:

"Si el procesado reconociere francamente su participacion en el hecho que se investiga, el funcionario continuara practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesion y averiguar las circunstancias del hecho; interrogara al procesado acerca de si hubo otros autores o partícipes, si conoce algunas personas que hubieran presenciado de él, y, en general, sobre todo aquello que pueda aclarar o confirmar la confesion".

Como se vé, en materia penal la confesion debe ser y ha sido mirada con cierta desconfianza; apenas se presume verdadera, mientras no se presente prueba en contrario y siempre que, por otra parte, esté plenamente probado el cuerpo del delito. Con todo, parece que la mejor de las pruebas es la que suministra el culpable acusándose a sí mismo.

En otras épocas no se vaciló en recurrir a la tortura-

para provocarla. Pero hoy la psicología, la doctrina y la observación social ha introducido una razonable desconfianza acerca de la fuerza probatoria de la confesión, y mostrado que ésta suele hacerse por defectos patológicos, por estados de conciencia anormal, por interés, por error y aún por nobleza.

Observan los expositores:

No hay que alucinarse, sin embargo, con la fuerza irresistible de la confesión. Aunque raras, no faltan casos de personas que, guiadas por un noble sentimiento de amistad, o por salvar la honra de personas de su propia familia, o por espíritu de partido o celo religioso, o por una recompensa pecuniaria, o vanajactancia, o por cualquier otro motivo más o menos justificable, no imputan falsamente la comisión de un delito.

Las historias y leyendas abundan en ejemplos de heroísmo

no y abnegación, dados por personas que prefieren cargar ellas mismas con la afrenta y con el castigo consiguiente a una falta, antes que vaya a ser atribuida a un amigo o a un deudo querido".

Y por su parte HITTENHAUER, que se ha visto el caso de individuos condenados a cadena perpetua, declararse culpables de un crimen cometido lejos del lugar en que se llaban con el único fin de ser conducidos allí y lograr su evasión; o confesar en la esperanza de evitar la condena de un amigo, de un pariente, verdadero autor del crimen.

REQUISITOS DE LA CONFESION PARA QUE VALGA

El artículo 195 del Código de Procedimiento Civil enumera los requisitos indispensables para la validez de la confesión. Son los siguientes:

1ª-) Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado;

2ª-) Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria;

3ª-) Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba;

4ª-) Que sea expresa, consciente y libre;

5ª-) Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento;

6ª-) Que no encuentre debidamente probada, si fuere extra judicial o judicial trasladada.

La falta de uno de éstos requisitos vicia de nulidad a la confesión, por lo tanto serán estudiados separadamente. El primero de ellos es el referente a la capacidad para confesar que es la misma capacidad civil consagrada en el artículo 1502 del Código Civil y que consiste en poderse obligar una persona por sí misma sin el ministerio o autorización de otra.

En nuestro derecho la regla general es la capacidad y la excepción la incapacidad, por lo tanto hay que probarla.

Las incapacidades están determinadas por la ley.

Cuando quien confiesa carece de capacidad, la confesión no es válida por faltarle ese requisito y además, si lo confesado es una obligación, carecerá de validez no solo por la razón anotada, sino por faltarle uno de los elementos esenciales exigidos.

don por el artículo 1502 del Código Civil para la validez de los actos y declaraciones de voluntad.

El Código de Procedimiento Civil al consagrar en su artículo 195 como requisito de la confesión la capacidad no distingue la absoluta de la relativa.

El menor adulto habilitado de edad tiene capacidad jurídica general, en materia civil y comercial excepto para los actos que la ley excluye expresamente y por lo tanto, podrá confesar válidamente en proceso o fuera de él, a menos que la confesión verse sobre alguno de esos actos que por excepción no pueda ejecutarse libremente. En materia penal su capacidad es plena.

El menor adulto no habilitado de edad carece, por regla general, de capacidad jurídica y por lo tanto no vale su confesión.

60

Enquanto a los relativamente incapaces están comprendidos las personas jurídicas, pero que según lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 1504 sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Y ésta excepción, porque bien podrá llamarse así; está prevista, entre otras, en el artículo 198 *ibidem*; vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, mientras este en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.

Y por supuesto, los actos éstos que tienen valor al ser

ejecutados por esas personas relativamente incapaces, deben ser de aquellos que están permitidos por la ley y realizarlos con sujeción a ella o sea que no pueden salirse dichos mandatarios de la órbita trazada por la ley.

En cuanto al segundo requisito de la confesión, ya fue bastante comentado al definir la confesión, porque como quedó anotado es el que la caracteriza y además la distingue de el testimonio.

El tercer elemento consiste en que reconiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

Se trata de un requisito general para la eficacia de cualquier medio de prueba, es decir, de su aptitud legal como medio de prueba, respecto al hecho confesado.

Hay ciertos casos en que la ley exige para algunos actos determinados requisitos en atención a su naturaleza o especie o a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen y hay otros casos en los cuales la ley resta eficacia a la confesión. Como ejemplo de los casos en que la ley exige determinados requisitos tenemos los citados por la H. Corte en las siguientes sentencias:

"La prueba de la confesión es inadecuada para comprobar el dominio de bienes raíces".

"La muerte de una persona se comprueba legalmente con la correspondiente acta de defunción y no sirve para comprobarla la confesión de la parte demandada".

"Cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obliga-

ciones, el asentimiento de la parte no es prueba legal de la configuración del respectivo estado.

Esta comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas".

"Siendo el contrato el de venta de unas mejoras situadas en bienes raíces, la confesión que de él se haga no alcanza a probar un contrato que es solemne, al tenor del artículo 1760 del código Civil".

En cuanto lugar el artículo 195 enumera otro requisito de la confesión en el cual se lee: Que sea expresa, consciente y libre.

Expresa o sea que el confesante manifieste, o mejor dicho que diga claramente el hecho objeto de la confesión, sin que haya lugar a dudas.

Consciente quiere decir que el individuo al momento de confesar está en pleno uso de sus facultades mentales, lo cual implica que actúe con lucidez y conciencia, que intervenga como dueño de sí.

Como estamos en presencia de un acto humano que es la confesión y éstas como tales tienen entre sus elementos principales la elección, que consiste en que el hombre pueda escoger libremente entre uno y otro fin hacia el que dirige su actividad, entonces puede decirse que para que la confesión sea consciente es requisito indispensable el encontrarse la persona en confesar o al no hacerlo.

Por otro lado, la razón es la facultad de discurrir y el consentimiento la acción y efecto de consentir. Para consentir se requiere hacer uso de la facultad de discurrir, es decir, de la razón.

71

El legislador actuó acertadamente al suprimir los métodos antiguos tendientes a obtener la confesión mediante el empleo de sustancias que tienden a suprimir la conciencia tales como el pentotal sódico, amital, etc., porque quien se encontraba bajo el efecto de tales sustancias no podría decirse que rendía una confesión consciente por carecer forzosamente de ella. Como puede verse al emplear dichos métodos se falta a uno de los requisitos indispensables para la validez de la confesión al cual me he referido.

Que la confesión sea libre, no se refiere esto a la espontaneidad de la confesión porque éste es un aspecto de forma, más no de su esencia como son los puntos en estudio.

La libertad, pues, se refiere al hecho de estar exenta de coacción o violencia, la que puede ser física o moral.

La violencia física se da cuando el individuo sufre materialmente en su propio cuerpo. En la violencia moral en cambio la persona no sufre directamente en su cuerpo, es posible que se presente de dos formas: o por amenazas que es la violencia moral por excelencia o bien cuando se trata de violencia física ejercida en la persona de un ser querido.

El quinto requisito exigido para la validez de la confesión es el siguiente; Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento.

La confesión debe versar sobre hechos, porque como ya quedó aclarado en el Capítulo Segundo, ellos son materia de prueba, más no el derecho porque éste se invoca, y solo se prueba por vía de excepción como cuando se trata de una norma jurídica de alcance no nacional o de un uso o una costumbre o de la ley extranjera.

Que sean además personales del confesante ya que solo así podrían determinarle consecuencias jurídicas adversas a él o favorables para la parte contraria.

El último requisito de la confesión dice: Que no encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

En primer lugar hay que distinguir entre confesión judicial y la extrajudicial. El Código de Procedimiento Civil en su artículo 194 nos lo dice:

"Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales".

La prueba trasladada es la que ha obrado en un proceso y se aduce con tal formalidades legales a otro proceso.

74

Al respecto nos dice el artículo 185 *ibidem*:

"Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se educa o con audiencia de ella".

Sobre el particular nos dice la Corte:

"Las pruebas legalmente practicadas en un juicio son aceptables en otro y esto, porque las pruebas elaboradas legalmente, son actos jurídicos auténticos, que demuestran la realización de ciertos hechos determinados como suficientes para producir efectos también determinados".

En resumen, lo que la ley pide aquí, en realidad, es una

prueba de otra prueba.

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION

En este punto también es indispensable analizar por separado la confesión, en lo civil y penal, porque como ya quedó señalado, éstas materias la regulan de modo muy distinto y es lógico que ambas materias tengan puntos de vista diferentes al tenerla en cuenta como medio de prueba.

Primeramente se verá la indivisibilidad en materia civil y para desarrollar éste punto hay que tener en cuenta lo siguiente: Para saber cuando una confesión es indivisible y cuándo no lo es, es necesario clasificarla en grupos.

Pero antes de entrar en explicaciones, hay que anotar que el principio de la indivisibilidad de la confesión se encuentra regulado en nuestro Código de Procedimiento Civil en el Artículo 200 que dice:

"La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones, y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe. Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente".

Ahora si estudiáramos cuáles son las clasificaciones de la confesión. Ellas son:

- 1º-) Llana, o pura y simple,
- 2º-) Compleja,
- 3º-) Calificada, y
- 4º-) Compuesta.

La llana o pura y simple, consiste en reconocer sin salvedades la afirmación del adversario. La indivisibilidad se refiere a la respuesta o a la aseveración, no a la pregunta. En ella el confesante no efectúa ninguna aclaración, modificación-

e explicación concerniente al hecho confesado sino que se limita a admitirlo. Como cuando el confesado dice: es cierto lo que Ud. dice?

Como es de apreciarse, ésta confesión no admite división.

En la confesión compleja, se diferencia con la pura y simple en que en ésta no hace ninguna modificación ni aclaración el confesante, o sea en la simple; acá en la compleja el confesante hace modificaciones, aclaraciones o explicaciones al hecho confesado, dichas modificaciones etc., son contemporáneas o posteriores al confesado y guardan relación con él, es decir, están íntimamente relacionados, o sea que pueden ser modificaciones, aclaraciones o explicaciones referentes a circunstancias de modo, tiempo y lugar. Ejemplo: sí me obligue, pero no en Bogotá sino en Cartagena.

Cuando las modificaciones, aclaraciones o explicaciones son posteriores al hecho confesado, la situación es diferente.

Es lo que ocurre cuando el confesante afirma un medio de extinción de la obligación como cuando dice: "debía - pero pagué". Como se ve el medio de extinción es posterior a la obligación.

La doctrina y la Corte afirman que es indivisible - por cuanto esos hechos conciernen íntimamente al confesado. - La Corte sostiene al respecto; "En las respuestas aparece la confesión, con la adición de haberse cancelado el precio de esas operaciones, sin detallar la forma de su pago, lo que a primera vista implica una excepción y su posible separación - del hecho principal confesado, para los efectos de la carga - de la prueba. Pero, como en el proceso no hay comprobación - distinta de la existencia de las negociaciones que la confesión del comprador, no se puede calificar ésta como divisible, porque el principio de indivisibilidad impera precisamente en éstas situaciones en que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar

o desechar por completo la declaración en que se funda".

"Cuando las aclaraciones o explicaciones agregadas guardan íntima relación con el hecho principal contenido en la pregunta, la confesión es indivisible. La íntima relación que existe entre la obligación y su medio extintivo hace que, en ausencia de toda otra prueba, deba ser admitida tanto la confesión de la una como la afirmación del otro, de manera indivisible".

La confesión calificada, consiste en reconocer el hecho o el acto jurídico afirmado por el adversario, pero no en la forma integral como éste lo afirma o lo pretende, sino haciéndole salvedad, o sean modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho o acto y en dichas salvedades no conviene el adversario.

Las obligaciones tienen sus modalidades como la condición, quasi fuere suspensiva, afecta la existencia misma de la obligación. Si el confesante admite como cierto el hecho de ha-

ber recibido una suma de dinero a préstamo, o una casa a título de comodato, pero agrega que el plazo para el pago no ha llegado todavía; o que la recibió con determinadas condiciones que no se han cumplido o presentado; o que los intereses no fueron al tipo fijado por el demandante sino a otro menor, o que no hubo estipulación sobre intereses, en todos estos casos la confesión es indivisible.

El confesante sería obligado a pagar en la forma, modo, tiempo y lugar y cuantía que él admite al confesar, y no en las que pretende el demandante. Es decir, que la confesión se le toma como la hace, sin poderla dividir. El actor no podría prevalerse de la admisión del hecho de la entrega del dinero o de la cosa y rechazar las salvedades y afirmaciones que le agrega o hace el confesante. A menos que exista, aducida y demostrada por el actor o por que pretenda prevalerse de la confesión, una prueba que destruya la agregación, salvedad, modificaciones o aclaraciones.

ciones del confesante. Pero si no existe otra prueba que la confesión, el derecho a la indivisibilidad es absoluto.

Pero si a la confesión indivisible conque se presenta — cualquiera de las partes, el adversario le opone otra prueba que la desvirtúa, como un recibo de intereses que exprese la tasa mayor que la confesada, entonces queda desvirtuada la salvedad de la confesión.

Confesión compuesta, es ésta la única confesión que admite una divisibilidad y es aquella declaración de la parte interesada que reconoce como cierto el hecho fuente de la obligación — que afirma el adversario, pero le agrega al hecho que admite, — otro hecho distinto y separado, sin guardar íntima relación con el que admite, con el cual pretenda compensar la obligación a su cargo. Las salvedades del confesante consisten en hechos separados, distintos y que no guardan íntima relación con el confesado.

En cuanto a la divisibilidad de la confesión no la veo —

bien clara, justamente porque si el confesante agrega hechos que no tienen nada que ver con el confesado debe tenerse en cuenta — éste último como una declaración de parte y no como confesión. Por otro lado el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil — habla de que la confesión es indivisible, en el segundo inciso, cuando se refiere a hechos que no guardan íntima conexión con el confesado, habla de declaración de parte.

Por esta razón no estoy de acuerdo con esta última clasificación que de la confesión hacen los autores. Porque bien — existe una confesión que entonces será indivisible o de lo contrario habrá declaración de parte, la cual sí admite división.

En materia penal hay diversidad de conceptos sobre la — indivisibilidad de la confesión. Algunos autores como PIETRO ELLERO aceptan la divisibilidad, al igual que DOMINICHI.

PIETRO ELLERO dice: "Compete al criterio del juez apreciar en su modo propio los medios probatorios, su fuerza demostrativa, aunque no sea más que aparente. Dividir una confesión, —

un testimonio o cualquier prueba es aquel acto mental merced al cual solo se tiene por demostrada una parte del objeto a que la prueba se refiere, o bien solo se admiten ciertos efectos de un medio probatorio dada supongamos la confesión de MEVIO acerca de una muerte causal: si el juez acoge o admite tan solo una parte de la confesión (la que declara la muerte), y no el resto (la del elemento de causalidad), es que presume puede demostrarse el dolo de otra manera; en este caso, la eficacia de la prueba confesoria queda dividida, o, lo que es lo mismo, en este caso se verifica una división de prueba".

X DORNIER afirma: "Ninguna obligación hay, por lo tanto, de aceptar en su integridad la confesión que los interpretes llaman confesión calificada, es decir, en la cual el acusado modifica su declaración por la adición de circunstancias que hacen desaparecer o, por lo menos, atenuan su culpabilidad. Una Sentencia del 23 de junio de 1937 reconoce, en consecuencia, al juez un poder discrecional para apreciar la verosimilitud de las circunstancias así agregadas a la confesión.

Otros en cambio como FLORIAN aprueba el hecho de ser indivisible la confesión en lo penal al afirmar: "Que por fortuna la confesión penal está libre de las reglas que pesan sobre la confesión civil en cuanto a la divisibilidad o indivisibilidad de su contenido, pues la libertad que rige la materia de las pruebas penales, de conformidad con los fines de nuestro proceso, faculta al juez tanto para admitir como verdadera toda la confesión o alguna de sus partes, como para repudiarla por completo o en parte. Desaparecen, pues todas las controversias que en el pasado se suscitaban en torno a la confesión cualificada. Acerca de este punto no se han dictado reglas, y ello con sobrada razón, ya que cualquier regla constituiría un obstáculo, una traba, para la verdadera y exacta estimación de la materia procesal. Por ante, si el acusado confiesa haber cometido el hecho en estado de embriaguez o en condición de legítima defensa, podrá el juez aceptar el hecho y rechazar la excusa, pero siempre al amparo, claro está, de una adecuada y legal motivación. Igualmente, las reglas civiles sobre la revocabilidad de la confesión no tiene sentido en el derecho penal, como que en éste la confesión no reviste carácter formal".

A mi entender, la divisibilidad tiene su cabida en esta materia ya que aquí, si bien el confesante admite el hecho que le es perjudicial y además agrega otro distinto, este último puede ser atenuante del anterior, de modo que puede apreciarse separadamente.

86

CONCLUSIONES

El derecho provatorio es sin duda la materia más importante en nuestro estudio, ya que todas las demás nos muestran cuáles son los derechos que poseemos, como cuando estudiamos derecho sustantivo, y el procedimental que nos dice cuál es la vía o procedimiento que hay que agotar ante los estrados judiciales para que se declare o restablezcan esos derechos.

Pero a nada nos conduciría todo esto si contaríamos con la indispensable intervención del derecho provatorio porque es éste quien hace que el juez se forme un concepto claro y pueda fallar de acuerdo con la equidad. Por lo que no parece muy real y sabio el adagio que expresa: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo.

Es bien claro que no podría administrarse justicia por cuanto sería imposible saber a cual de las partes que reclama un derecho, le correspondería. Y por supuesto, no se trata de pro-

dar el derecho, tomado éste en el sentido de ser ley pues éste no se prueba sino se invoca para aplicarlo, se trata de hechos generadores de derecho.

La confesión, materia central de este estudio, como medio de prueba, bien podría decirse que no se debe considerar como medio directo, sino, más bien indirecto ya que por sí solo no produce certeza en el ánimo del juzgador. Cuando una parte confiesa, siempre hay que verificar lo que dice, por otros medios, al menos este podría aplicarse en materia penal con mayor seguridad que en lo civil porque allá interesa más al juez la bien llamada verdad verdadera, por razones de orden público, y porque a través de la experiencia se ha palpado que puede mentirse al rendir la confesión por amor, por jactancia, en fin por infinidad de razones; — por lo tanto se hace necesaria la comprobación de esos hechos — por otros medios distintos. Por otro lado, en materia civil, anteriormente solo interesaba la verdad formal, pero ahora no están — absoluto ese criterio y los jueces se preocupan porque los hechos se presenten con la mayor claridad posible, aún cuando se trate — de derecho privado en el cual las partes pueden acomodar sus pretensiones y exigencias como a bien lo tengan.

BIBLIOGRAFIA

Pruebas Judiciales JORGE CAIDOSO INAZA
 De la Prueba ANTONIO BOCHA
 Compendio de Derecho Procesal.
 Tomo II- Pruebas Judiciales..... HERIBERTO DAVIS E.
 Carga de la Prueba ROSENBERG.
 La Prueba Penal FLORIAN
 Código Civil Colombiano J. ORTEGA TORRES
 Código de Procedimiento Civil J. ORTEGA TORRES
 Código de Procedimiento Penal J. ORTEGA TORRES

INDICE

	Pag.
CAPITULO I	
DE LA CONFESION	
Historia de las Pruebas Judiciales	1 . -
En Cuanto a la Evolución	6 . -
Moderno Sistema Aprobatorio	9 . -
CAPITULO II	
Importancia y Definición de la Prueba	11 . -
Qué se debe Probar o sea, lo que es objeto de la Prueba	15 . -
Cargo de la Prueba	21 . -
Los Hechos Notiros	30 . -
CAPITULO III	
Medio de Prueba	43 . -
La Confesión	49 . -
Fundamento de su especial Fuerza de Convic- ción	53 . -
	84 . -

