

cuya aprobación por la próxima Legislatura será la piedra inaugural del nuevo período del muy ilustre Presidente.

Vienen a propósito de esta meritoria vida, aquellas célebres palabras que con respecto a Roosevelt pronunció el caudillo de las libertades de los pueblos de América, Santiago Pérez Triana, en las sesiones de la Segunda conferencia de la Paz de la Haya: «Mr. Roosevelt (aquí Mr. Wilson) debe considerarse en verdad un mortal feliz, si, cuando baje del sillón presidencial de los Estados Unidos de América, que, por su prestigio, por su poder y por su potencialidad, puede compararse con los tronos de los Reyes y los Emperadores, en un período más tarde, al ponerse el sol de una vida llena de actividad enérgica, puede con la frente alta y con la mano sobre el corazón, declamar ante los hombres y ante la historia, que en todas las ocasiones, en todas las épocas de su vida, ha respetado los derechos de justicia y de humanidad de los débiles, aun con detrimento de los intereses políticos y de las ambiciones de su propio país».

Serán bien cumplidas estas proféticas palabras por el reelegido Presidente, cuyo triunfo ha sido el de la América, y así el de los futuros destinos de Colombia.

TESIS DE GRADO

INTRODUCCION

Rafael H. DUQUE.

En mi vida en todo había pensado, pero jamás prologar obra ajena y en las circunstancias desfavorables que me han tocado en suerte, si por la novedad que se inicia en nuestra Universidad, si por la pericia del autor en el desarrollo de su monografía, si por la indiscutible autoridad del distinguido Jurisconsulto, con sin igual acierto designado Presidente de Tesis, si por

la concurrencia de graves preocupaciones que absorben mi atención.

A pesar de todo, obedezco al imperativo de la amistad: desprovisto de relevantes ejecutorias para amparar un nombre suficientemente conocido y llamado a descollar en días que se avecinan, por derecho de competencia y de saneados títulos de probidad, en las lides del Foro y en el estado de la Política, sólo a una exquisita y obligante manifestación de la amistad con que bondadosamente me distingue D. Jesús M. Marulanda B., debo el honor de trazar estas líneas de introducción al trabajo que presenta para la opción del doctorado.

Tema escogido: *Pruebas Judiciales*. ¿Podrá decirse algo nuevo, suministrarse una enseñanza más y de utilidad práctica en materia sobre la que se ha escrito con profusión y maestría allende el mar? Para espíritus investigadores el venero de las Ciencias Sociales jamás estará agotado. Quisiera autoridad para decirlo muy alto y lograr fe a mis palabras; porque se desterrarían de nuestra Universidad añejos prejuicios que, unidos a la poca importancia dada a la enseñanza de esta materia, han contribuido a que la generalidad de los alumnos dedique más atención a otras que aún tienen importancia relativa entre nosotros. El Sr. Marulanda es de los muy contados que han prestado a la materia toda la atención que se merece, y de allí que sea el primero en atreverse a romper con prejuicios que amenazaban convertirse en tradición hartamente funesta: la exclusión de las Pruebas Judiciales como punto para desarrollar tesis.

Forman la obra del Sr. Marulanda los siguientes capítulos: *Ciencia y Arte de las pruebas Judiciales, Leyes sustantivas y Adjetivas; De la Prueba; División de las Pruebas; Principio fundamental de las pruebas (Apreciación del testimonio con relación al sujeto, a la forma y a su contenido); A quién compete la carga de la Prueba; Principios fundamen-*

tales sobre la Confesión en materia civil; La Confesión compleja es siempre divisible.

Dispusiera de amplio espacio de tiempo al presente y de buen grado profundizaría el análisis de las múltiples cuestiones que aborda en su tesis; mas habré de contentarme con una somera enunciación de la idea que me ha dejado, ya por el mérito intrínseco del trabajo, ya porque no ha de perderse ocasión alguna para insistir sobre la necesidad del profundo estudio de materia que en su importancia no cede un ápice a las de las comprensivas, del Derecho sustantivo, pues abogado o Juez que sea profundo conocedor de éste y lego en la Ciencia y Arte de las Pruebas Judiciales, correrá los mismos peligros de sacrificar la justicia que Juez o abogado ignorante del Derecho sustantivo.

Es digno de notar que si en la exposición científica, precisa, sobria de los principios, sigue muy de cerca a los más reputados tratadistas, lo hace con criterio propio, novedad de forma, elegante llaneza de estilo y con independencia que le permite criticar lo que juzga inaceptable.

En forma feliz por su exactitud, concisión y claridad, apunta la diferencia entre Ciencia y Arte de las Pruebas Judiciales y hace resaltar la capital importancia práctica de esa distinción, después de dar una noción completa de aquellos conceptos.

Luégo estudia la razón científica de la división de las Leyes en sustantivas y adjetivas; demuestra cómo los fundamentos de ésta radican en las sustantivas creadoras o declarativas de los derechos que aquellas deben amparar; evidencia lo trascendente de esa clasificación en nuestro derecho positivo y la Jurisprudencia Nacional; plantea el problema jurídico debatido en la Corte Suprema de Justicia: ¿«*Qué carácter tienen las Pruebas, es decir, hacen parte de la legislación adjetiva*»? cuestión digna de particular estudio por la directa conexión que guarda con el recurso de Casación; adhiere a la opinión emitida por el malogrado Jurisconsulto y literato antioqueño, prez de la Magistratura y honra de las Letras, Dr. Luis Eduardo Vi-

llegas, en luminoso salvamento de voto; y en razonamiento corto, macizo, impugna la teoría del carácter sustantivo de ciertos principios que regulan el valor de la prueba, defendida en varios fallos por la Corte Suprema de Justicia contra lo resuelto en múltiples Acuerdos por la misma elevada Corporación, e insinúa la conveniencia de más amplia discusión del punto.

Concretándose a la prueba considerada en *sí* da una idea completa de la noción precisa del concepto genérico y de los distintos estados de la mente con relación a la verdad; transcribe la definición de los más conspicuos expositores, analiza algunas de ellas y emite su juicio respecto de la que considera más perfecta, la de Laurent.

Al entrar en la división de las Pruebas, que ha dado lugar a varios sistemas por lo difícil y delicado del punto, critica la de nuestro Código Judicial que la hace—(dice con razón)—«de manera tan confusa, tan mal graduada y con tanta deficiencia, que es casi imposible advertir allí la idea de unidad que despier-ta lo que tiene siquiera un barniz científico». A su juicio, quien con mejor acierto ha clasificado la división de las Pruebas es Framarino, y advierte que para que esa división «ofrezca ideas científicas y determinadas, es preciso tener en cuenta dos cosas: el hecho demostrado y la conciencia del Juez, puntos madre de donde arranca su razón lógica tal clasificación» Precisa luego los caracteres propios de cada especie de prueba, y se rebela contra quienes sostienen que «para que la prueba sea directa, tiene que comprobar toda la obligación, todo el delito», porque una y otro (obligación y delito) son el agregado de varios elementos, de varios componentes sustanciales», verdad que demuestra con razonamiento inconfutable.

En la apreciación de la prueba indirecta fija el fundameeto filosófico de la clasificación de los indicios; enuncia la cuestión de si el indicio y la presunción constituyen términos distintos de una misma idea; concreta la opinión negativa de varios tratadistas; apunta la múltiple divergencia de criterios dados como nor-

ma para definir y distinguir aquellos conceptos, para algunos de perfecta sinonimia, y estudia la razón de las presunciones *juris et jure* y *juris tantum*.

En el examen de las pruebas reales y personales, acreedora de especial mención es la profundidad del raciocinio en la diferenciación de los caracteres distintivos de una y otra, punto difícil en veces ocasionador de confusiones, que lo lleva a rechazar como criterio para distinguir la personal de la real el sujeto que la ofrece, porque «sabido es que hay manifestaciones orales y escritas, con plena voluntad y sobrada conciencia, y que no son otra cosa que pruebas reales», y cita como ejemplos el libelo difamatorio o calumnioso y la palabra injuriosa. Es uno de los puntos más interesantes de su monografía.

De la prueba testimonial presenta un estudio completo y claro.

Olvidábamos dejar constancia de una de las particularidades de su tesis: exhibe un ingenioso cuadro de la división de las pruebas, tal como la concibe, que la hace arrancar «del contenido u objeto de la prueba, del sujeto que la ofrece a la conciencia del Juez y de la forma en que se presente», previa advertencia de que la prueba es susceptible de otra división en cuanto a su valor intrínseco, a su destino o fin y en relación a la convicción del juzgador.

Al ocuparse del problema a *quién compete la carga de la prueba*, cita los sistemas ideados para darle solución, critica el de Bentham y precisa las bases científicas de los principios *Onus probandi incumbit actori; Reus in excipiendo actor est; Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; avanza la idea de que el principio *Reus in excipiendo actor est* no debe tener en materia criminal la misma extensión que en materia civil, porque el reo—sostiene—«no está en la obligación de demostrar con toda entereza, con toda precisión, los hechos en que funda sus excepciones», pues le basta que sus descargos inspiren duda racional para ser absuelto, porque no tiene la calidad de reo ple-

namente convicto y vencido, necesaria para justificar toda condenación.

Después de hacer una exacta apreciación del fundamento de la confesión en materia civil, procede a analizar el criterio que debe presidir la divisibilidad de la confesión. Es una de las partes sobresalientes de la tesis. Con aguda dialéctica refuta los razonamientos de Pothier, Bonnier, Aubry Rau, Mourlon y Baudry Lacantinerie, quienes difieren al indicar el «criterio que se haya de seguir para dividir la confesión compleja en unos casos, y para sostener su indivisión en otros», y convencen de contradicción a esos eminentes tratadistas.

Lo dicho es suficiente para dar a la ligera una síntesis del mérito positivo de la monografía; pero no es menor su valor negativo, si me es permitido hablar así, en cuanto a la finalidad que persigue, ajena en verdad al fin primario de obtener un merecido título, pero más elevada, más generosa, más útil y eficiente: la indicación de varios puntos que requieren más amplia dilucidación, entre ellos, la determinación del criterio para la valoración diferencial de la divisibilidad de la confesión en materia civil y en materia criminal, que constituyen interesantes tópicos para monografías que aspiren a la originalidad. Con ello ha querido el Sr. Marulanda, en forma inteligente y discreta, despertar el entusiasmo por las Pruebas Judiciales, y esta sola circunstancia sería suficiente—exclusión hecha del valor intrínseco de su trabajo—para merecer bien de la Universidad.

No me ha sido dada igual prudente discreción y hablaré con franqueza que podrá tildarse de audacia: la enseñanza de Pruebas Judiciales requiere una reforma radical, inmediata. Desde luego, el cambio de texto se impone. Diré mejor: es necesaria la adopción de uno para la materia civil y de otro para la criminal, que sean obras de especialistas en cada ramo.

Si la sinceridad debe ser el distintivo de un prólogo, para que se juzgue de la mía declaro: a mucho honor tendría suscribir esta monografía y presentarla como trabajo de tesis para obtener el título de Doc-

tor en Derecho y Ciencias Políticas; y es de sentirse la falta de una disposición reglamentaria que obligue a los graduados a la publicación de las tesis, cuando el Consejo de la Facultad lo determine; porque quedarán entregados al olvido de los archivos trabajos como este.

Medellín, Octubre de 1916.

PRUEBAS JUDICIALES

¿A quién compete la carga de la prueba?

(FRAGMENTO DE TESIS)

J. M. MARULANDA B.

A la mente del Juez se ofrecen dos asertos contrarios sobre un hecho judicial cualquiera, hecho que sirve de base y fundamento a la demanda o excepción propuesta. Entre las partes que acuden a él en solicitud de justicia—actor y reo—se ofrece una contienda relativa a la verdad de un punto. En tales circunstancias, cuando una de las partes niega los hechos aducidos por la otra, surge la necesidad de probar. De allí, nace uno de los problemas más difíciles y de mayor importancia en materia de Pruebas Judiciales: *¿Quién debe probar?*

Indiscutible es la trascendencia del asunto, desde luego que en toda contienda se persigue muchísimo la defensiva. Más fácil es poner vallas a las alegaciones del contrario, que encauzar y llevar a término feliz las propias. Intentemos este estudio.

Antiguamente, y cuando las Ordalias, los llamados Juicios de Dios y los Duelos Judiciales perdieron su novedad, nacieron principios sobre el peso de la prueba tan arbitrarios, como los que inspiraron aquellas pruebas indirectas de que hablamos. Canon muy respetado era el de que el Juez debía enterarse suficientemente bien de las condiciones sociales de los liti-

gantes. Al malvado, decía aquel sistema, corresponde en todas las veces y ocasiones la carga de la prueba, pues que éste nunca puede sostener pretensión alguna legítima y que esté de acuerdo con el Derecho y la Justicia.

Después, a tal criterio se agregó el de la probabilidad de los hechos alegados; ya el Juez no debía tener en cuenta solamente las condiciones de honorabilidad de los litigantes, sino que le era preciso consultar aquella otra circunstancia. En esta escala y de esta índole fueron surgiendo principios y teorías sobre el punto de que hablamos, hasta que la Ciencia Jurídica, en buena oportunidad, se revolucionó para protestar contra principios tan bárbaros y arbitrarios, e implantar teorías que consultaran la ciencia y la razón.

Antes de entrar en la exposición de los principios que proclama hoy en día la Ciencia de las Pruebas Judiciales, no podemos menos de manifestar que el verdadísimo Bentham, en este particular, se ha separado mucho de la escuela moderna.

Bentham, muy lógico en todas sus exposiciones; crítico agudo del procedimiento artificial, y único en colocar al demandante en mejor condición que el demandado, dice que la carga de la prueba compete en cada caso particular a aquella de las partes que puede hacerlo con menos inconvenientes, esto es, con menos dilaciones, vejaciones y gastos.

La doctrina de Bentham nos merece una observación.

Parece que este tratadista se hubiese fijado, al escribir sobre el peso de la prueba, en el modo ordinario de los litigantes en este particular. Pocas veces las partes paran mientes en los principios reguladores del peso de la prueba. Actor y reo, si tienen medios de defensa, acuden oportunamente a esgrimirlos, sin que tengan en cuenta si es o nó su deber. De allí el que punto tan escabroso no sea de práctica constante en los Tribunales; se acude a él cuando alguna de las partes no tiene modo de respaldar sus pretensiones, pues que carece de elementos probatorios suficientes.

Poniendo puntos a lo anterior, cumplimos con nuestro cometido.

Onus probandi incumbit actori: