

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:**

Este principio científico que se remonta a la época clásica de los Romanos, se funda tanto en la razón, como en principios de seguridad social. Tiene su aplicación cuando se trata de obligaciones personales, como cuando se trata también de obligaciones reales. Así pues, si se reclama una cantidad de dinero indebidamente pagada, corresponde al actor probar que la deuda que se pensó extinguir con la suma de dinero demandada, no existía. A su vez, si se demanda la existencia de un derecho real cualquiera—usufructo, habitación, etc.—y no se está en posesión de tal derecho, debe probarse el título que se tenga al derecho que se reclama. Nada más racional que aquello; el actor trata de cambiar el estado de cosas actuales, trata de innovar, contrariando de esa manera lo ordinario en pro de lo cual hay una presunción de verdad, que demuestre y justifique sus pretensiones. Nada más justo que quien reclama un derecho cualquiera o alega una excepción que lo favorezca, éntre por establecer los fundamentos de su demanda o excepción. Nada también que consulte mejor los intereses sociales; sin ello, el derecho de propiedad quedaría seriamente amenazado, y los principios de libertad individual tendrían que ceder sus reales a la más intolerable inquisición.

No podemos menos que hacer mérito de las palabras de Demolombe, al respecto. Dicen así:

«Au point de vue de la raison, en effet, et de la logique, c'est évidemment a la partie qui prétend innover et changer la situation présente que doit étre imposé le fardeau de la preuve. La présomption est que la situation présente, la situation acquise actuellement de part et d'autre, est conforme á la vérité. L'une des parties prétend le contraire. Qu'elle le prouve donc! Ainsi l'exige le grand principe de l'égalité judiciaier. On ne saurait apparemment la croire, s'il est permis de dire ainsi, sur parole contre l'autre partie, qui nie ce qu'elle affirme! C'est donc le *statu quo*, qui doit faire, entre elles, la regle pour la distribution des roles dans l'instance.

Au point de vue de l'interet social, qui ne voit les dangers immenses de la doctrine, par laquelle le demandeur serait dispensé de faire la preuve du changement qu'il veut apporter a la situation acquise du de-

fendeur, et que les droits les plus legitimes et les plus anciens se trouveraient ainsi menancés; les plus anciens surtout et presque toujours les mieux fondés mais dont le preuve ne peut pas souvent, en raison de leur ancienneté, meme étre fournie rigoureusement par celui auxqueles ils ont été transmis! A quel titre donc viendrait on les soumettre a l'intolérable inquisition qui serait inseparable d'un tel systeme, et qui constituerait un véritable attentat a la liberté non moins qu'a la fortune des citoyens!

**Reus in excipiendo actor est:**

Se dice que la prueba incumbe al actor, porque el pretendido acreedor y el no poseedor, según la obligación, siempre asume ese papel. Más sin embargo, cuando el demandante ha probado la existencia de su derecho, ya porque el demandado lo reconozca, ora porque no lo haya negado, si aduce en su favor un medio de liberación cualquiera, un modo de extinción—pago, novación, remisión—en tal evento, le corresponde al demandado la prueba sobre el hecho que alega, pues establecido el derecho, por el reclamante, lo normal es que subsista, lo anormal que se haya extinguido. Y sabido es que lo extraordinario, lo que cambia el estado actual de las cosas, debe probarse por quien alega en su beneficio aquello. He aquí el alcance del principio de que cuando el reo propone alguna excepción, se hace actor.

Los principios anteriores que, como dice Bonnier, «no son otra cosa que la razón y el buen sentido aplicados al procedimiento» (1) son también los que reconoce nuestro Código Civil en su artículo 1,757 que dice lo siguiente: «Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellos o ésta».

Nuestra Jurisprudencia en repetidas ocasiones ha sostenido lo mismo. Consúltense si no los números 3,250-3,276-3,277-3,279 de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2).

Las grandes distinciones de las pruebas en materia civil y en materia criminal, que sentimos muchísi-

(1) Bonnier. Obra citada Pág. 37

(2) Jurisprudencia de la Corte Suprema Tomos I a XXI de la G. J. Ps. 156 a 164.

mo no poder establecer, nos dicen que el principio de «*reus in excipiendo actor est*» no debe tener el alcance que se le dá en la primera clase de las pruebas nombradas. Si es cierto que el acusador debe establecer todos los hechos imputados al sindicado, también es cierto que éste no está en la obligación de demostrar, con toda entereza, con toda precisión, los hechos en que funda sus excepciones. Que sus descargos o, con más propiedad, alegaciones inspiren duda racional, que esto es suficiente para que se le absuelva, en nombre del derecho de la sociedad, que sólo quiere la condenación del convicto. Oigamos a Framarino sobre el particular: «El demandado que opone una excepción a la acción contraria, tiene la obligación de una prueba completa de su excepción, o a lo menos de una prueba superior a la de la acción que rechaza. En cambio el acusado que expone una justificación o una excusa, no tiene la obligación de la prueba completa; bástale haber hecho creíble su afirmación: aún cuando la prueba de la defensa sea inferior a la de la acusación, con que llegue a hacer creíble la propuesta justificación o excusa, triunfa. Por lo que para evitar confusiones lo mejor sería no hablar de excepciones en materia criminal».

Quizás nuestro artículo 1,664 del C. Judicial no paró mientes en verdades tan sabias.

**Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.**

Si se precisa bien esta fórmula, si se le dá su verdadero valor, si se determina suficientemente bien su alcance, puede sostenerse que no difiere en lo más mínimo de las fórmulas anteriores que hemos estudiado.

Con entera verdad, puede sostenerse que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma, nó a la que niega. Así pues, el actor reclama en juicio un derecho cualquiera y el demandado se limita a negarlo únicamente, corresponde al primero—actor—la carga de la prueba; el demandado no tiene porqué suministrarla. Mas, sin embargo, si el reo o demandado, lejos de oponer una negativa pura y simple, alega en su favor una excepción cualquiera que implique de su parte el reconocimiento implícito de la obligación o derecho, le corresponde entonces la carga de la prueba.

A guisa de ilustrar lo anterior, con un ejemplo, nos serviremos del que trae Demolombe, con el mis-

mo objeto. Ojalá y se tengan muy en cuenta las palabras de este autor, cuando se lea nuestra argumentación sobre la divisibilidad de la confesión. Dice así:

«Paulo demanda a Pedro para que le pague la suma de diez mil francos que le causa a deber; Pedro niega deberle esa suma a Paulo.

Pregunta el autor de que hablamos: debe Pedro probar?

Nó; si se limita a responder: yo no debo nada el crédito cuyo pago reclamas, jamás ha existido.

Sí; por el contrario, cuando el demandado alega una excepción que implica de su parte el reconocimiento, aún implícito, del crédito. Como si dijese: yo ya os he pagado, o alegase otro modo de liberación cualquiera. (1)

Sin embargo, se ha pretendido sacar, por alguna escuela, consecuencias de esta fórmula contra las cuales debe estarse muy alerta para evitar graves errores. Al respecto, y para darle al principio de que nos ocupamos un alcance que no tiene, se han invocado textos romanos aislados y que fueron, en tiempo de su aplicación, verdaderas excepciones al cánón regulador de la carga de la prueba.

Muchos han sostenido que la parte que alega, como fundamento de su demanda o excepción, hechos de carácter negativo está libre de la carga de la prueba, por esta sólo circunstancia. Según la teoría de que nos ocupamos, la prueba incumbe a aquella de las partes contra quien se alegan.

Esto es del todo punto falso. La regla general de que la prueba del hecho en que una de las partes funda sus pretensiones debe probarlo, nó se altera por la naturaleza positiva o negativa del hecho. Bien puede suceder que la demostración del hecho negativo aducido por el actor le sea difícil, aún más, imposible, y, con todo, no hay razón para que se modifique el precepto general que tiene sus fundamentos en la razón y en principios de seguridad social.

Qué lógica aquella la que sostiene la teoría de que cuando el actor no pueda probar los hechos en que fun-

(1) Demolombe, obra citada T. XXXI P.

da sus alegaciones, se haga de peor situación al demandado! Preguntamos: Cuál es la razón para que se obligue al demandado a ceder ante las pretensiones más difíciles de justificar? Con esto, los derechos de los asociados no tendrían respaldo alguno. Que el más atrevido de los actores piensa en pretensiones harto difíciles de probar que por obra no se sabe de qué, sus alegaciones tendrán una especie de presunción, en virtud de la cual, al demandado se le impondrá la carga de la prueba. *! Ubi est ratio!*

Hemos hablado muy en general y parece que hubiéramos partido del supuesto de que la proposición negativa no es susceptible de prueba. Más esto no es así. Veámoslo.

Según los peritos de la materia, las proposiciones negativas se dividen en dos clases: Formales y Sustanciales.

A la primera clase corresponden las negativas de cualidad y las negativas de derecho, proposiciones que siempre envuelven un hecho afirmativo, pues que como su nombre lo indica, son negativas sólo en la forma, nó en el fondo.

*Negativas de cualidad.* Estudiada la cualidad desde el punto de vista filosófico no es otra cosa que el modo de ser de la sustancia. La cualidad necesita de la sustancia para existir, como del sujeto en la cual se radica. A su vez, no puede suponerse sustancia sin cualidad que la determine. Partiendo de estas nociones, es bien claro que cuando se le niega una cualidad a una cosa, implícitamente, se le afirma otra cualquiera. Si niego el color blanco a un objeto, afirmo de él otro color distinto.

*Negativas de derecho.* El derecho no es otra cosa que relación de persona a persona o de persona a cosa. Así pues, si niego que un derecho no es de la persona que lo reclama como suyo, implícitamente manifiesto que es de otra, ya que derecho en suspenso no puede imaginarse; si niego que un derecho testamentario no existe por falta de un requisito legal, afirmo un vicio material y positivo en el testamento incompatible con el derecho testamentario.

Por tanto, cuando niego una cualidad, afirmo una cualidad distinta; cuando niego un derecho, implícita-

mente afirmo o que pertenece a persona distinta de aquella a que me refiero, o que el derecho no existe porque adolece de algún vicio. Clásicamente, estas negativas se llaman con mucha propiedad *praegnantas* o lo que es lo mismo, *generadoras*.

*Negativas sustanciales.* Esta clase de negativas consiste sencillamente en la mera negación de que un hecho haya sucedido. (1)

Por lo visto, las negativas de cualidad y derecho no ofrecen dificultad alguna para su demostración. Bien sencilla es su prueba. Lo que decimos de esta clase de proposiciones no puede sostenerse, en absoluto, respecto de las negativas sustanciales. Su demostración es a veces difícil, imposible, más no por su condición o carácter negativo.

Hay negativas de hecho que podemos establecer y justificar de un modo directo. Esto sucede cuando al hecho negativo alegado se le aduce un hecho afirmativo incompatible con la existencia del primero, obteniendo lo que se llama coartada.

La negativa de un hecho serio acompañada de las circunstancias de lugar, de tiempo, modo y cualidad que la determine, es susceptible también de demostración; en otros términos, sencilla es su prueba o justificación. Así, a dos testigos que depongan sobre el préstamo de dinero verificado por Juan en la persona de Pedro, por haber presenciado el acto, opóngase otros dos testigos que en idénticas circunstancias sostengan lo contrario, y esta prueba tiene tanto valor como la primera.

Pero sucede con frecuencia que se aduce una proposición de carácter negativo desprovista de toda circunstancia que la limite, apoyada en inducciones vagas. Esta clase de proposiciones no puede probarse y esto sucede nó por su carácter negativo, sino por su condición de ilimitadas e indefinidas. Tan cierto es esto, que de una proposición afirmativa, en idénticas circunstancias, tendría que decirse lo mismo. Luego, no es el carácter negativo de una proposición lo que dificulta la prueba, es su calidad de indefinida. De allí el principio Romano: *Si negativa indefinita probari,*

(1) Práctica Forence por Demetrio Porrás. T. II. P. 186.

*non potest, id non inde est qui negativa, sed qui indefinitiva; nec affirmativa indefinita potest».*

Resumiendo. A los que sostienen que la prueba de un hecho negativo es imposible y que por esta circunstancia corresponde su demostración a la parte en contra de quien se alega, hemos de argüirles lo siguiente: Primero. No es cierto que la prueba de un hecho negativo sea algo imposible. Segundo. Si el actor alega un hecho negativo o positivo indefinido en el cual funda sus pretensiones, allá él, que demanda el cumplimiento de un derecho cifrado en hechos tan vagos e ilimitados: que el curso de la prueba no se modifica por esa circunstancia. Principios de lógica y de seguridad social se oponen a ello. Por tanto, siempre que la negación es causa de la intención de alguno—actor o reo—corresponde a él la carga de la prueba. Sabias son pues las palabras de Bartolo sobre el particular: «*Ubi cumque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive exipientis, ei qui negat incumbit onus probandi*».

Para poner puntos a esta parte sobre la cual hemos de volver cuando tratemos el punto cardinal de este nuestro estudio, conviene advertir que los principios anteriores y de que nos hemos ocupado, sufren algunas modificaciones en casos de que el actor tenga en pro de su demanda o excepción una presunción. En tales circunstancias, el demandante está exento del peso de la prueba, corresponde al demandado.

Trátase aquí de las presunciones de derecho y de las presunciones legales de las cuales hemos visto ya su alcance. En virtud de la presunción, el hecho alegado por el actor, base de su demanda o excepción, se supone probado, correspondiendo al reo demostrar lo contrario si la naturaleza de la presunción lo permite. En otros términos y como dice Ricci con entera propiedad: «El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario». (1)

Mucho pudiéramos decir sobre este asunto tan amplio, como importante. Pero ya hemos alegado razones para ser breves.

(1) Francisco Ricci. Tratado de las Pruebas T. I. P. 94.

## LA EVOLUCION DEL DERECHO CIVIL

La prensa de Bogotá dio cuenta de los aplausos que le mereció al Dr. Antonio José Uribe la conferencia que, sobre este arduo y hermoso tema, dictó en la sesión solemne de la Sociedad Jurídica de la Universidad Nacional, el 11 de Agosto último.

Al conocer aquel docto trabajo, hemos pensado que rara vez se habrán dado aplausos más justos y conscientes: nada más adecuado podía ofrecerse a un auditorio de iniciados en las ciencias jurídicas.

Legislador varias veces, comentador de nuestro Código Civil, y Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional, manifestaciones de la actividad en todas las cuales ha mostrado aptitudes envidiables el Dr. Uribe, ha podido seguir de cerca y con interés científico la evolución que viene efectuándose en la codificación, en la exposición doctrinal y en la enseñanza del Derecho Civil. De allí el éxito con que coronó su empeño.

Diserta con erudición sobre el movimiento jurídico de codificación en Europa y América, desde el venerable Código Napoleón, hasta el modernísimo del Brasil, expedido en este año, después de más de sesenta de labor perseverante en su preparación. De paso hace estudios muy discretos sobre el alemán, que empezó a regir en 1900 y «marcó el ápice de los progresos en este sentido durante la pasada centuria»; y sobre el suizo, sancionado once años más tarde, que ha merecido el concepto de ser el mejor de los códigos modernos. Finalmente, trae algunas oportunas consideraciones sobre el celebrado proyecto del Código Civil ruso, con tanta madurez preparado, y cuyo retardo en la aparición no será de los menores males que la civilización puede apuntarle a la por todos extremos lamentable guerra europea.

De mano maestra y con la precisión de a quien le es familiar esta parte de la literatura jurídica, traza un breve juicio crítico de los expositores americanos y de los intérpretes del Código Napoleón, en lo relativo al sistema que siguen en sus trabajos, y que fue invariable-