

HERNANDO DÉVIS ECHANDÍA

# TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

PARTE GENERAL

TOMO V

DE LA PRUEBA

(TEORÍA GENERAL)



EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ, D. E.

1967

# ÍNDICE GENERAL

## CAPÍTULO XXXII

### IMPORTANCIA, DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

	PÁG.
627. La noción de prueba trasciende el campo del derecho ....	1
628. Método general para la reconstrucción de cosas, hechos o actos y el judicial probatorio .....	4
629. Importancia de la prueba en el derecho y en el proceso ..	5
630. Qué se entiende por pruebas judiciales. Su diferencia con el derecho probatorio .....	8
631. Naturaleza del derecho probatorio y de las normas sobre pruebas judiciales .....	10
a) <i>Primera tesis: las normas sobre pruebas forman parte exclusivamente del derecho material</i> .....	10
b) <i>Segunda tesis: las normas sobre pruebas son de naturaleza mixta (procesal y material)</i> .....	10
c) <i>Tercera tesis: las normas sobre pruebas son de naturaleza exclusivamente procesal</i> .....	14
d) <i>Cuarta tesis: las normas sobre pruebas se dividen en dos ramas, procesal y material, cada una con su naturaleza propia</i> .....	16
e) <i>Quinta tesis: las normas sobre pruebas pertenecen al llamado "derecho judicial". Noción del derecho judicial</i>	18
f) <i>Nuestro concepto</i> .....	23
632. ¿Existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.?	28

## CAPÍTULO XXXIII

## BREVE HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

	Pág.
633. Diversas fases en su evolución .....	31
634. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma .....	32
635. Las pruebas judiciales en la Europa posterior al Imperio Romano .....	36
a) <i>La fase étnica o primitiva</i> .....	36
b) <i>La llamada fase religiosa o mística</i> .....	37
c) <i>La fase legal, mejor denominada del sistema de la tarifa legal</i> .....	39
d) <i>La fase sentimental, mejor denominada de la convicción moral</i> .....	43
e) <i>La fase científica</i> .....	46
f) <i>Evolución del concepto de prueba judicial en el derecho clásico y moderno</i> .....	46
636. Características de los procesos acusatorio e inquisitorio ..	52
I. <i>Características del proceso acusatorio</i> .....	53
II. <i>Características del proceso inquisitorio</i> .....	55
637. Los modernos procesos mixtos .....	56
I. <i>El proceso penal moderno</i> .....	57
II. <i>El proceso civil moderno</i> .....	57
III. <i>El proceso laboral</i> .....	60
IV. <i>Los procesos contencioso-administrativo, fiscal y aduanero</i> .....	60

## CAPÍTULO XXXIV

## PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

638. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, penal, laboral o administrativa .....	61
639. Cuáles pueden ser estos principios .....	62
a) <i>Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos</i> .....	62
b) <i>Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba</i> ..	65
c) <i>Principio de la unidad de la prueba</i> .....	65

	PÁG.
d) Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición .....	66
e) Principio del interés público de la función de la prueba .....	67
f) Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba .....	70
g) Principio de la contradicción de la prueba .....	73
h) Principio de la igualdad de oportunidades para la prueba .....	74
i) Principio de la publicidad de la prueba .....	75
j) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba .....	75
k) Principio de la preclusión de la prueba .....	78
l) Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba .....	79
m) Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba .....	81
n) Principio de la originalidad de la prueba .....	82
o) Principio de la concentración de la prueba .....	83
p) Principio de la libertad de la prueba .....	84
q) Principio de la pertinencia e idoneidad de la prueba .....	86
r) Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana .....	87
s) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de la prueba .....	89
t) Principio de la inmaculación de la prueba .....	92
u) Principio de la evaluación o apreciación de la prueba .....	92
v) Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad .....	94
x) Principio de la oralidad o la escritura .....	95
y) Principio dispositivo o inquisitivo .....	95
640. Conclusión sobre este capítulo .....	95

## CAPÍTULO XXXV

LOS DOS SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA LA REGULACIÓN  
DE LA PRUEBA JUDICIAL

- I. Sistema dispositivo o inquisitivo
- II. Sistema de la tarifa legal o de valoración personal por el juez

	PÁG.
641. Sistema dispositivo o inquisitivo .....	97
642. Los dos aspectos del principio dispositivo .....	98
643. No deben confundirse con los sistemas de apreciación de las pruebas .....	101
644. Objeciones al proceso civil inquisitivo, en materia de pruebas, y su refutación .....	102
a) <i>En Argentina</i> .....	105
b) <i>En Uruguay</i> .....	105
c) <i>En Brasil</i> .....	105
ch) <i>En España</i> .....	106
d) <i>En Portugal</i> .....	106
e) <i>En Italia</i> .....	107
f) <i>En Alemania</i> .....	108
g) <i>En Francia</i> .....	109
h) <i>Códigos que lo han consagrado</i> .....	109
645. Sistemas de la tarifa legal y de la libre valoración de las pruebas por el juez .....	110
646. La tarifa legal, mal llamada sistema de las pruebas legales o prueba formal. Qué debe entenderse por "prueba legal" y por "prueba formal" .....	110
a) <i>No existe un sistema mixto</i> .....	113
b) <i>La motivación de la sentencia no es característica de la tarifa legal</i> .....	114
c) <i>Justificación histórica del sistema de la tarifa legal</i> ...	115
d) <i>Ventajas o beneficios del sistema de la tarifa legal</i> ...	118
e) <i>Desventajas e inconvenientes de la tarifa legal</i> .....	123
647. Sistema de la libre apreciación de las pruebas .....	125
a) <i>¿Existen o no otros sistemas? Las distintas denominaciones: sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema del jurado y de los fallos en conciencia por jueces profesionales</i> .....	125
b) <i>Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación</i> .....	132
c) <i>Tampoco es esencial para el sistema la libertad de medios de prueba</i> .....	134
d) <i>Las reglas sobre carga de la prueba no afectan la libre apreciación</i> .....	136

PÁG.

e) <i>Las normas contenidas en los códigos sustanciales, sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no excluyen la libre apreciación procesal</i> .....	136
f) <i>Origen histórico del concepto "reglas de la sana crítica"</i> .....	137
g) <i>Inconvenientes que suelen señalársele a la libre apreciación y su refutación</i> .....	139
h) <i>La opinión de los procesalistas modernos sobre la libre apreciación, y la nuestra</i> .....	144
i) <i>Países que han consagrado la libre apreciación</i> .....	151
j) <i>Necesaria aclaración sobre el alcance de la libertad de apreciación en el proceso civil</i> .....	151
648. <i>Independencia de los dos sistemas: inquisitivo o dispositivo, y tarifa legal o libre apreciación</i> .....	152
649. <i>Aplicación de los anteriores sistemas en el proceso civil colombiano</i> .....	153
a) <i>Nuestro proceso civil es dispositivo, con importantes atenuaciones</i> .....	153
b) <i>En nuestro proceso civil rige el sistema de la tarifa legal, pero notablemente atenuado</i> .....	159
650. <i>¿En nuestro procedimiento penal existe libre apreciación o tarifa legal?</i> .....	169
651. <i>Conclusiones sobre este capítulo</i> .....	173

## CAPÍTULO XXXVI

## NOCIÓN O CONCEPTO DE LA PRUEBA

652. <i>Naturaleza jurídica del acto probatorio</i> .....	177
653. <i>Concepto o noción procesal de la prueba</i> .....	179
654. <i>Los tres aspectos de la noción de prueba judicial</i> .....	188
655. <i>Diferencia entre prueba y medio de prueba</i> .....	189
656. <i>Qué se entiende por "probar" en el lenguaje común y en derecho procesal</i> .....	190
657. <i>Nuestras definiciones</i> .....	195
658. <i>El derecho subjetivo de probar</i> .....	197

## CAPÍTULO XXXVII

## OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL. QUÉ PUEDE SER PROBADO

	PÁG.
659. Conveniencia de distinguir adecuadamente las nociones de objeto, tema o necesidad y carga de la prueba .....	205
a) <i>Objeto</i> .....	205
b) <i>Necesidad o tema</i> .....	205
c) <i>Carga de la prueba</i> .....	206
660. Estrecha relación entre las nociones de prueba y objeto de la prueba .....	208
661. Noción de objeto de la prueba en las doctrinas europea y americana .....	208
I. <i>Autores que confunden objeto y tema o necesidad de la prueba</i> .....	209
II. <i>Autores que distinguen el objeto y la necesidad de la prueba</i> .....	211
662. Qué es, en definitiva, objeto de prueba judicial .....	222
663. Qué se entiende por "hechos" como objeto de la prueba judicial .....	225
a) <i>Conductas humanas</i> .....	227
b) <i>Hechos de la naturaleza</i> .....	229
c) <i>Cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material</i> .....	229
d) <i>La persona física humana</i> .....	232
e) <i>Estados o hechos síquicos o internos del hombre</i> .....	232
664. La noción de objeto concreto de prueba judicial, en oposición a objeto abstracto .....	234
665. El problema de los juicios como objeto de prueba judicial	236
666. ¿Son las reglas o máximas de la experiencia objeto de prueba? .....	242
667. Las normas o reglas jurídicas como objeto de prueba judicial .....	255
668. Cuestiones de hecho y de derecho en relación con la prueba judicial .....	258

## CAPÍTULO XXXVIII

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

	PÁG.
669. Qué debe entenderse por tema o necesidad de prueba ( <i>thema probandum</i> ). Diferencia con objeto y carga .....	261
670. Hechos que necesitan probarse o que constituyen el tema de prueba en cada proceso. Afirmación, admisión y discusión de los hechos .....	263
671. Las normas jurídicas como tema de prueba judicial (cuándo hay necesidad de probarlas) .....	270
a) <i>Normas legales nacionales para el territorio del Estado</i> .....	271
b) <i>Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional</i> .....	271
c) <i>Normas consuetudinarias nacionales</i> .....	274
d) <i>Normas legales o consuetudinarias extranjeras</i> .....	278
e) <i>Las reglas o máximas de experiencia</i> .....	283
f) <i>Conclusión sobre este número</i> .....	283
672. Hechos que no necesitan prueba, a pesar de ser parte del presupuesto de hecho de pretensiones y excepciones ....	284
a) <i>Hechos confesados o admitidos por ambas partes. La noción procesal de admisión</i> .....	285
b) <i>Hechos presumidos legalmente</i> .....	287
c) <i>Hechos cuya prueba prohíbe la ley</i> .....	288
d) <i>Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial</i> .....	288
e) <i>Hechos inconducentes, no pertinentes o irrelevantes e imposibles</i> .....	289
f) <i>Los hechos indefinidos. El problema de la prueba de las negaciones y afirmaciones indefinidas</i> .....	289
g) <i>Los hechos notorios</i> .....	301
673. El concepto de notoriedad. Diferencia con el conocimiento privado del juez .....	311
a) <i>La doctrina alemana</i> .....	312
b) <i>La doctrina italiana</i> .....	314
c) <i>La doctrina española</i> .....	317
d) <i>La doctrina suramericana</i> .....	319

	PÁG.
e) <i>Conclusión sobre la doctrina europea y americana. Nuestra opinión</i> .....	320
674. Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre notoriedad ....	324
675. La llamada notoriedad judicial .....	326
676. Son diferentes las nociones de notoriedad y de máximas o reglas de experiencia .....	328
677. El conocimiento privado del juez; diferencia con la notoriedad general y judicial .....	329
678. La notoriedad es algo muy diferente de la fama y el rumor públicos .....	331
679. El caso especial de la notoriedad como causa o fuente de un derecho material .....	332

## CAPÍTULO XXXIX

## DEL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

680. Diferencia entre objeto y fin de la prueba .....	335
681. Diversos puntos de vista para el planteamiento de esta cuestión .....	335
682. Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial .....	336
683. Resultado de la prueba .....	355

## CAPÍTULO XL

## SUJETOS Y ÓRGANOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

684. La actividad probatoria se realiza por diversos sujetos ....	359
685. No existen propiamente sujetos activos y pasivos de la prueba .....	359
686. Organos de la actividad probatoria .....	361
687. Diversos sujetos de la actividad probatoria .....	364
a) <i>Sujetos de la proposición de la prueba o proponentes. La legitimación para la prueba</i> .....	364
b) <i>Sujetos de la ordenación y admisión de la prueba u ordenadores</i> .....	367
c) <i>Sujetos de la recepción de la prueba o receptores</i> ....	368
d) <i>Sujetos de la práctica de la prueba o ejecutores</i> ....	368

	PÁG.
e) <i>Sujetos de la contradicción de la prueba o contradictorios</i> .....	369
f) <i>Sujetos destinatarios de la prueba</i> .....	369
g) <i>Sujetos de la valoración o apreciación de la prueba</i> ..	370
h) <i>Sujetos de la asunción de la prueba o asunsores. La noción de asunción de la prueba</i> .....	371
688. El caso de los árbitros .....	372

## CAPÍTULO XLI

FUENTES, MOTIVOS O ARGUMENTOS Y MATERIA O FORMAS  
DE EXPRESIÓN DE LA PRUEBA

689. La noción de fuentes de prueba .....	373
690. Diferencia entre fuente y medio de prueba .....	377
691. Motivos, argumentos o fundamentos de prueba. Su diferencia con fuentes y medios de prueba .....	378
692. Materia o formas de expresión de la prueba .....	381
693. Procedimientos probatorios .....	381

## CAPÍTULO XLII

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

694. Las varias fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso .....	383
695. La producción u obtención de la prueba y sus requisitos ..	384
I. <i>Requisitos intrínsecos</i> .....	385
II. <i>Requisitos extrínsecos</i> .....	385
696. Averiguación o investigación de la prueba .....	386
697. Aseguramiento o defensa de la prueba .....	386
a) <i>Apoderamiento material preventivo</i> .....	387
b) <i>Recepción anticipada o prejudicial</i> .....	387
c) <i>Coerción oficial para la práctica</i> .....	388
698. Proposición y presentación de la prueba .....	389
699. Admisión y ordenación de la prueba .....	392
700. Recepción o práctica de la prueba .....	396
701. La asunción de la prueba .....	398

## CAPÍTULO XLIII

## LA VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

	PÁG.
702. Qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial .....	402
703. Los dos sistemas fundamentales para la apreciación de la prueba .....	403
704. Las diversas operaciones del proceso mental de valorización o apreciación de la prueba .....	405
a) <i>Los tres aspectos básicos de la función valorativa: percepción, representación o reconstrucción, y razonamiento</i> .....	405
b) <i>La fundamental función de la lógica</i> .....	408
c) <i>Pero al lado de la razón y la lógica, actúan la imaginación, la sicología y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos</i> .....	413
705. Naturaleza de las reglas de apreciación .....	419
706. Solo el juez es sujeto de la actividad valorativa de la prueba .....	422
707. Momento en que se ejerce la actividad valorativa .....	423
708. Fin de la apreciación o valoración de la prueba .....	424
709. Unidad y comunidad de la prueba y apreciación global o de conjunto .....	425
710. Diversas maneras para concebir el trabajo de valoración del juez .....	432
711. La tradicional preponderancia de la prueba documental y de confesión, y su necesario estudio de conjunto. Prueba contra lo dicho en el documento. El caso de la simulación .....	433
712. Crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca de los medios de prueba .....	439
713. Fuerza o valor probatorio de los medios de prueba .....	442
714. Qué se entiende por argumentos de prueba .....	445
715. Grados y límites de la fuerza o el valor probatorio .....	446
716. Apreciación de la prueba de hechos imposibles, improbables o difíciles de probar .....	448
717. Resultado final de la valoración de la prueba .....	452
718. Efectos de la no convicción o ausencia de certeza, en el proceso civil .....	455

719.	Casos en que se atenúa el grado de convicción de la prueba. La atendibilidad o la simple justificación del hecho. Prueba sumaria y prueba "prima facie" .....	458
720.	Diferencia entre eficacia probatoria y fuerza obligatoria de ciertos medios, según la persona contra quien se oponen ..	460
721.	La inevitable posibilidad de error judicial en la apreciación de la prueba y el necesario carácter objetivo y social que debe tener .....	463

CAPÍTULO XLIV

REQUISITOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

722.	Cuáles son estos requisitos .....	473
723.	La noción de conducencia de la prueba. Diferencias con su admisibilidad y su eficacia .....	476
724.	La pertinencia o relevancia de la prueba, o, mejor dicho, del hecho objeto de esta .....	482
	a) <i>Es requisito para que el hecho pueda ser objeto concreto de prueba, en un proceso determinado</i> .....	486
	b) <i>Es requisito para que el hecho esté incluido en el tema de prueba de cada proceso</i> .....	486
	c) <i>No se confunde con la utilidad de la prueba</i> .....	486
	d) <i>Corresponde al juez apreciarla y es cuestión de hecho</i> .....	486
	e) <i>En qué momento debe examinarse</i> .....	487
	f) <i>La pertinencia puede ser mediata o directa e inmediata o indirecta, y debe apreciarse con un criterio amplio</i> ..	487
	g) <i>No se requiere que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepciones</i> .....	490
	h) <i>El caso de los hechos imposibles o inverosímiles</i> .....	492
	i) <i>El caso de los hechos inmorales y de prohibida investigación</i> .....	493
	j) <i>Naturaleza de la providencia que rechaza una prueba por impertinente</i> .....	493
725.	El requisito de la utilidad de la prueba .....	493
	a) <i>Pruebas de hechos imposibles e inverosímiles</i> .....	494
	b) <i>Imposibilidad del medio probatorio propuesto en relación al hecho por probar</i> .....	496

	Pág.
c) <i>Imposibilidad jurídica del hecho en razón de una presunción de derecho en contrario</i> .....	497
d) <i>Prohibición legal para investigar el hecho o utilizar el medio propuesto en relación con el hecho por probar y exigencia de uno diferente</i> .....	497
e) <i>Medios diferentes para probar en contrario de lo que aparece en el exigido por la ley para ese hecho</i> .....	498
f) <i>Pruebas pedidas para demostrar un hecho que goza de presunción legal o de derecho</i> .....	498
g) <i>Pruebas para establecer o desvirtuar hechos declarados en sentencia anterior con valor de cosa juzgada</i> .....	499
h) <i>Pruebas de hechos notorios e indefinidos</i> .....	499
i) <i>Hechos probados ya plenamente por otros medios</i> ....	500
j) <i>Hechos admitidos o confesados por ambas partes</i> .....	501
k) <i>Hechos no alegados en la demanda ni en su contestación o en los escritos de excepciones</i> .....	503
l) <i>Pruebas simultáneas para un mismo fin u opuestas entre sí</i> .....	503
726. Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho ..	505
727. Oportunidad procesal o ausencia de preclusión .....	506
728. Formalidades procesales para la validez de la prueba .. .	508
729. Legitimación y postulación para la prueba .....	513
730. Competencia del juez de la causa o del comisionado, según el caso. Valor de la prueba cuando se anula el juicio	514
731. Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos u órganos ..	516

## CAPÍTULO XLV

## DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SUS REQUISITOS ESPECIALES

732. Qué es prueba trasladada .....	521
733. Pruebas practicadas en juicios entre las mismas partes o entre partes totalmente distintas .....	521
734. Cuándo es posible la ratificación y en qué consiste .....	522
735. No puede suplirse el traslado de la prueba con la relación y las conclusiones que sobre ella aparezcan en las motivaciones de una sentencia anterior entre las mismas partes ..	524

	PÁG.
736. Pruebas practicadas extrajuicio .....	525
737. Pruebas practicadas en un juicio anulado .....	525
738. El caso de la acumulación de procesos .....	530
739. Pruebas de un proceso penal o de otra jurisdicción no civil	531
740. Pruebas de proceso caducado .....	533
741. Pruebas en proceso terminado por desistimiento, transac- ción o arbitramento .....	534
742. Pruebas de proceso extranjero .....	535
743. Requisitos de las copias para el traslado de pruebas ....	536

CAPÍTULO LXVI

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

744. La vigencia de la ley sobre pruebas no es siempre la de la ley procesal general .....	539
745. Vigencia en el tiempo de la ley sobre pruebas .....	539
a) <i>Leyes sobre admisibilidad procesal de los medios de     prueba</i> .....	540
b) <i>Leyes sobre formalidades para la presentación o solici-     tud, decreto y práctica de las pruebas</i> .....	542
c) <i>Leyes reguladoras del valor de convicción de cada medio,     o del conjunto llevado al juicio</i> .....	542
d) <i>Leyes que modifican los medios exigidos para estable-     cer ciertos hechos</i> .....	545
e) <i>Leyes que determinan los medios necesarios para la va-     lidez o existencia de ciertos actos jurídicos materiales,     es decir, "ad substantiam actus"</i> .....	550
f) <i>Vigencia de las leyes sobre carga de la prueba y presun-     ciones</i> .....	553
746. Vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio .....	555

CAPÍTULO XLVII

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

747. La noción de carga procesal en la teoría general del dere- cho .....	561
--	-----

	PÁG.
748. Planteamiento del problema .....	563
749. Diversas teorías sobre la noción de carga procesal .....	565
a) <i>Tesis según la cual la carga es una categoría de obligación</i> .....	565
b) <i>Tesis que considera la carga como un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público</i> .....	567
c) <i>Tesis que define la carga como un deber libre</i> .....	568
d) <i>Tesis que radica la noción de carga en la titularidad del interés que existe en su observancia</i> .....	570
e) <i>Tesis que diferencia la carga de la obligación, y que, no obstante, la coloca en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas, como acto jurídicamente necesario, etc.</i> ..	571
f) <i>Tesis que distingue la carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica, le da mayor realce a la libertad del sujeto de la primera, pero le asigna el carácter de imperativo del propio interés</i> .....	579
g) <i>Tesis que considera la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio, siendo lícito abstenerse de hacerlo y, por lo tanto, sin que haya coacción ni sanción, y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia</i> .....	582
h) <i>Nuestro concepto</i> .....	590
750. Breve historia de la noción de carga de la prueba .....	598
751. Qué debe entenderse por carga de la prueba .....	603
752. Aspectos subjetivo y concreto, objetivo y abstracto de la carga de la prueba .....	607
753. Crítica a la clasificación de la carga de la prueba en subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, formal y material ..	611
a) <i>Carga de la prueba subjetiva y objetiva</i> .....	611
b) <i>Carga abstracta y concreta de la prueba</i> .....	619
754. Características esenciales de la regla sobre la carga de la prueba .....	623
a) <i>Forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho</i> .....	623
b) <i>Es una regla general para toda clase de procesos</i> .....	623
c) <i>Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes</i> .....	624

	PÁG.
d) <i>No determina quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que no se produzca</i> .....	624
e) <i>Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley</i> .....	624
f) <i>Su aplicación constituye una cuestión de derecho</i> .....	625
g) <i>Debe apreciarse con un criterio objetivo. Los casos de dificultad, imposibilidad y obstrucción de la prueba</i> ..	626
h) <i>Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba y, por lo tanto, eventual</i> .....	629
i) <i>Solo se aplica por el juez a hechos alegados y controvertidos (lo segundo, si la ley admite para ellos la prueba de confesión) y no exentos de prueba</i> .....	631
j) <i>Su influencia se extiende a todo el proceso, pero se aplica por el juez en el momento de decidir</i> .....	632
k) <i>Regula la premisa menor del llamado silogismo judicial</i> .....	633
l) <i>Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes</i> .....	633
ll) <i>Se determina no solo por la situación inicial del proceso, sino por circunstancias posteriores</i> .....	634
m) <i>Tiene aplicación no solo a las cuestiones sustanciales discutidas en el proceso, sino también a otras de carácter procesal</i> .....	635
n) <i>Se diferencia del objeto y del tema o necesidad de la prueba</i> .....	635
o) <i>Es una noción compleja</i> .....	635
p) <i>Está consagrada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o implícitamente</i> .....	635
755. <i>Importancia de la noción de carga de la prueba</i> .....	636
756. <i>Fundamento de la noción de carga de la prueba y de su distribución</i> .....	637
757. <i>Criterio o regla general de distribución de la carga de la prueba</i> .....	640
a) <i>Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepciona</i> .....	641
b) <i>Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exige de ella a quien niega</i> .....	644

	Pág.
c) <i>Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones</i> .....	651
d) <i>Teoría de lo normal y lo anormal (regla y excepción)</i>	652
e) <i>Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar</i>	654
f) <i>Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva, o por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva, de los hechos</i> .....	657
g) <i>Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable</i> .....	666
h) <i>Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido</i>	676
758. <i>Nuestro concepto</i> .....	682
1) <i>No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte</i> .....	682
2) <i>Los criterios de la normalidad y la innovación solo sirven como guías de una política legislativa</i> .....	683
3) <i>Las máximas romanas "onus probandi incumbit actore", "reus in excipiendo fit actor" y "ei incumbit probatio qui dicit, not qui negat" y sus equivalentes, pueden adaptarse a los conceptos modernos</i> .....	683
4) <i>El criterio de lo constitutivo o impeditivo y extintivo, no sirve para elaborar la regla general</i> .....	684
5) <i>Cuál es el criterio correcto</i> .....	685
6) <i>La regla general para su distribución</i> .....	689
759. <i>Carácter procesal de las normas sobre carga de la prueba</i> ..	693
760. <i>Casos concretos sobre carga de la prueba</i> .....	694
a) <i>Cuando se alega expresa o implícitamente que no existen personas con mejor o igual derecho a recibir lo pretendido</i> .....	694
b) <i>Carga de la prueba del dolo, de la buena y la mala fe, del error, la violencia, y la ignorancia</i> .....	695
c) <i>Carga de la prueba de la culpa</i> .....	697
d) <i>Carga de la prueba del nacimiento de obligaciones y de su cumplimiento o incumplimiento</i> .....	699
e) <i>El caso especial de los vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada</i> .....	702

	PÁG.
f) <i>Carga de la prueba de la inaplicación de las normas legales supletorias o subsidiarias</i> .....	703
g) <i>La carga de probar la falsedad o autenticidad de documentos</i> .....	704
h) <i>La carga de la prueba en materia de prescripción</i> ....	706
i) <i>La carga de la prueba en los juicios reivindicatorios. Prueba del dominio y la posesión</i> .....	708
j) <i>La carga de la prueba en los juicios de petición de herencia</i> .....	711
k) <i>La carga de la prueba en los juicios posesorios</i> .....	711
l) <i>La carga de la prueba en los juicios ejecutivos y similares</i> .....	712
m) <i>La carga de la prueba en los procesos sobre simulación o nulidad de contratos</i> .....	715
n) <i>La carga de la prueba en el caso de las negaciones</i> ....	716
o) <i>La carga de la prueba en las acciones de declaración negativa</i> .....	717
p) <i>La carga de la prueba en los casos de afirmaciones indefinidas</i> .....	719
q) <i>La carga de la prueba en cuestiones procesales</i> .....	719

## CAPÍTULO XLVIII

## VALOR DE LOS PACTOS O CONTRATOS SOBRE PRUEBAS

761. Diversos pactos o contratos sobre pruebas .....	721
762. La opinión de los autores sobre estos pactos o contratos ..	721
763. La jurisprudencia nacional .....	728
764. Nuestro concepto .....	730
Indice de materias .....	733