

TEORIA GENERAL
DE LA
PRUEBA EN DERECHO CIVIL



O
EXPOSICION COMPARADA

DE LOS
PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL
Y DE SUS DIVERSAS APLICACIONES EN ITALIA, FRANCIA, ALEMANIA, ETC.

POR

CARLOS LESSONA

Profesor de Procedimiento civil en la Universidad de Pisa

Traducido y anotado con arreglo a la Legislación y Jurisprudencia españolas

POR

D. ENRIQUE AGUILERA DE PAZ

Magistrado que fué de Audiencia territorial

CON UNA INTRODUCCION

DE

D. JOSE MARIA MANRIQUE VARRO

Director que fué de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

REPUBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO SUPERIOR DE LA ABOGACIA

CUARTA EDICION



SECRETARIA GENERAL
BIBLIOTECA

TOMO V

Reconocimiento judicial
Intervención instructoria.—Presunciones

MADRID
«INSTITUTO EDITORIAL REUS»
CENTRO DE ENSEÑANZA Y PUBLICACIONES, S. A.

LIBRERIA TEMIS LTDA.

CALLE 13 No. 6-45

Bogotá - Colombia

INDICE

LIBRO VII

DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

CAPITULO PRIMERO

Concepto y carácter del reconocimiento judicial

	<u>Páginas</u>
1. Concepto del reconocimiento judicial	7
2. Su importancia	8
3. Reseña histórica	8
4. Publicidad y controversia del reconocimiento judicial...	10
4 bis. <i>Quid</i> del reconocimiento en el juicio arbitral	11

CAPITULO II

Requisitos para la admisión del reconocimiento judicial

5. La necesidad del reconocimiento judicial : historia y derecho comparado	13
6. Derecho positivo... ..	16
7. Ejemplos legislativos del reconocimiento judicial: reconocimiento judicial para la inspección de una persona : interdicción e inhabilitación	18
8. Reconocimiento judicial para la inspección de una cosa mueble : cotejo de copias	23
9. Inspección de manuscritos	25
10. Reconocimiento judicial para la inspección de inmuebles	26
11. Reconocimiento judicial en caso de denuncia de obra nueva o de daño temido o se dé interdicto de obra nueva o de obra vieja... ..	26

	<u>Páginas</u>
12. La instancia de las partes o el proveído de oficio	27
13. El estado de los autos... ..	29
14. La naturaleza de la jurisdicción	30

CAPITULO III

Resolución que decide sobre la admisión del reconocimiento judicial

15. Forma de la resolución	31
16. Contenido de la resolución : delegación en un Juez ...	33
17. Delegación en más Jueces o en todo el Tribunal	34
18. Delegación en un Juez extraño al Tribunal... ..	36
19. Si el Juez delegado debe, bajo pena de nulidad, intervenir en la formación de la sentencia definitiva... ..	39
20. Determinación del objeto del reconocimiento	40
21. Motivos de la resolución	41

CAPITULO IV

Práctica del reconocimiento

22. Gastos del reconocimiento... ..	43
23. Preliminares del reconocimiento : petición para la fijación del tiempo y del lugar : su necesidad	46
24. Forma de la petición	48
25. Notificación de la consiguiente ordenanza	50
26. Inspecciones en el reconocimiento	50
27. Prórroga del reconocimiento... ..	53
28. Acta del reconocimiento	53
29. Si puede en el lugar del reconocimiento dictarse sentencia	55
30. Valor probatorio del reconocimiento y del acta del mismo	57

CAPITULO V

Concurrencia del reconocimiento judicial con otros medios de prueba

31. Concurrencia del reconocimiento judicial con el pericial.	59
32. Cómo y cuando se ordena el dictamen pericial en unión de un reconocimiento... ..	60
33. Nombreamiento y recusación de los peritos	61
34. Operaciones de los peritos... ..	63
35. Dictamen de los peritos	65

36. Concurrencia del reconocimiento judicial con la prueba testifical... ..	66
37. Examen de los testigos	70
38. Concurrencia del reconocimiento judicial con la exhibición de pruebas documentales... ..	72
39. Concurrencia del reconocimiento judicial con la confesión judicial	72

LIBRO VIII

DE LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO EN EL PLEITO

CAPITULO UNICO

40. Concepto de la intervención instructoria... ..	75
41. Precedentes: Derecho canónico	78
42. La <i>adcitatio</i> alemana	78
43. Leyes procesales pontificias	80
44. Otras leyes derogadas y derecho comparado... ..	81
45. Diferentes teorías sobre la intervención de oficio	82
46. Dirección de la jurisprudencia	84
47. Crítica de las opiniones que ven en la intervención de oficio una integración del juicio	87
48. Cómo estas teorías podrían parcialmente acogerse en el derecho constituyente	94
49. Cómo según nuestra ley la intervención de oficio tiene solamente carácter instructorio	97
50. Límites de este medio instructorio... ..	98
51. De qué manera la intervención del tercero puede ayudar a la instrucción	99
52. Procedimiento para la intervención de oficio... ..	102

LIBRO IX

DE LAS PRESUNCIONES

CAPITULO PRIMERO

Concepto y clases de presunciones

53. Presunciones lógicas	105
54. Proceso mental de la presunción	107
55. Concepto de la presunción	107
56. Clases de presunciones... ..	110

CAPITULO II

Relaciones de las presunciones

	Páginas
57. Presunción, indicio, conjetura	118
58. Presunción y prueba	120
59. Relaciones extrínsecas	120
60. Relaciones intrínsecas: varias teorías	120
61. Crítica: nuestra opinión	123
62. Presunción y ficción... ..	131
63. Concepto de la ficción... ..	131
64. Ejemplos de ficciones	132
65. Relaciones entre la presunción y ficción	145
66. Lo presunto y lo tácito: teoría	146
67. Aplicaciones. La prueba de lo presunto y de lo tácito... ..	152
68. Abrogación tácita de las leyes	153
69. La renuncia tácita a la prescripción	154
70. El consentimiento tácito	156
71. La ratificación tácita	157
72. Aceptación tácita de la herencia... ..	158
73. Otros casos de consentimiento tácito: artículos 1.730, Código civil; 369, Código de Comercio; 1.840 y 1.846, Código civil; 13, Código de Comercio	160
74. Consentimiento tácito y presunto en el Código de pro- cedimiento civil	165

CAPITULO III

Presunciones legales en general

75. Génesis lógica, función judicial, fin judicial de las presunciones legales... ..	170
76. Las presunciones legales son verdaderas pruebas	170
77. Las presunciones legales dispensan de la necesidad de la prueba	170
78. La presunción legal no existe <i>sine lege</i>	172
79. No existe siempre presunción legal cuando la ley usa la locución presumir; la presunción de ausencia... ..	173
80. Otros ejemplos: artículos 21, 22, 27, 859, 1.494, 1.532 y 829 del Código civil	177
81. Consecuencias del principio de que no hay presunción legal <i>sine lege</i> ; la máxima <i>filius ergo heres</i>	179
82. Presunción <i>Muctana</i>	179
83. Presunción de la <i>lex Procula</i>	180
84. Presunción en materia de <i>denuntiatio litis</i>	181
85. Presunciones legales de vida o muerte del ausente; re- seña histórica	182
86. Derecho italiano; jurisprudencia	185

	Páginas
87. Opinión de Bianchi	187
88. Opinión de Masucci	187
89. Nuestra opinión	187
90. Presunciones legales de los alimentos suministrados con ánimo de liberalidad	188
91. La presunción de título obligatorio y continuativo en las prestaciones de culto	192
92. Continuación	194
93. Continuación	197
94. El precepto de la ley de que ciertos hechos no se presumen; la fianza no se presume... ..	198
95. La solidaridad pasiva convencional no se presume en materia civil; el art. 40 del Código de Comercio y sus consecuencias respecto a la condena; el art. 1.196 del Código civil	199
96. El art. 1.280 y la restitución de la prenda	204
97. La renuncia a una herencia no se presume	206
98. La novación no se presume	207
99. La máxima forense: las renunciaciones no se presumen	212
100. Presunciones legales y disposiciones supletorias de la ley: la sucesión legítima	215
101. Otros ejemplos de disposiciones supletorias en el Código civil: propiedad, servidumbre y sucesiones... ..	217
102. Disposiciones supletorias en materia de obligaciones	224
103. Disposiciones supletorias en materia mercantil... ..	229

CAPITULO IV

Presunciones legales absolutas

104. Las presunciones «iuris et de iure» y los preceptos imperativos de la ley	232
105. Preceptos imperativos informados en un concepto presuntivo: incapacidad, formas <i>ad substantiam</i>	232
106. Toda presunción «iuris et de iure» es un verdadero precepto imperativo	235
107. La presunción «iuris et de iure» es un residuo de teorías convencionales	236
108. Las presunciones «iuris et de iure» en los Códigos francés e italiano	242
109. Carácter taxativo del art. 1.353 del Código civil italiano. Presunciones de nulidad. Los artículos 773 y 1.053 del Código civil	245
110. El art. 687 del Código de procedimiento civil	246
111. El art. 811 del Código civil	248
112. El art. 707 del Código de Comercio	250
113. El art. 707 del Código de Comercio	251
114. Presunciones que niegan la acción en juicio: la prescripción, el juego y la apuesta, la restitución del título de crédito, la negada acción solidaria y la ratificación tácita del matrimonio viciado por violencia o error	254

	Páginas
115. La reserva de la prueba en contrario en las presunciones de nulidad o en aquellas en que se niega la acción en juicio	259
116. Demostración del carácter taxativo del art. 1.353 del Código civil	259
117. No contiene una presunción «iuris et de iure» el artículo 307 del Código civil	260
118. Ni la contienen los artículos 771, 772 y 852 del Código civil	263
119. Ni los artículos 1.385 y 1.054	265
120. Ni los artículos 1.457 y 1.458 del Código civil	266
121. Ni los 1.884 y 1.894 del Código civil	267
122. La presunción de culpa en los artículos 1.153 y 1.155 del Código civil	268
123. El art. 1.153, párrafo 4.º	270
124. Funcionamiento práctico del principio establecido en el artículo 1.153, párrafo 4.º	271
125. Fundamento común del principio: «existe culpa presumida absolutamente por la ley a cargo del patrono o del comitente»	273
126. Las recientes teorías de la responsabilidad de tales personas independientemente de la culpa: su principio común	274
127. Demostración de que el art. 1.153, párrafo 4.º, no está fundado en la culpa	275
128. Varias teorías de la responsabilidad sin culpa	278
129. Examen especial de la teoría del obrar a propio riesgo.	280
130. Examen especial de la teoría de la representación... ..	281
131. Identidad fundamental de estas dos teorías	283
132. El art. 1.154 del Código civil... ..	283
133. Varias teorías sobre el fundamento de tal artículo	284
134. El art. 1.154 no se funda sobre una presunción «iuris et de iure» de culpa	287
135. Demostración	291
136. Continuación	294
137. Verdadero fundamento del art. 1.154 del Código civil.	294
138. El art. 1.155 del Código civil	296
139. La obligación de la prueba, en relación con el art. 1.155 del Código civil	298
140. No existe presunción «iuris et de iure» en el art. 11, número 3 del Código civil... ..	299
141. Ni en los artículos 421 y 424 del Código civil	302
142. Ni en el art. 892 del Código civil	303
143. Ni en general cuando la ley emplea la locución «se entiende, se considera y semejantes» (artículos 636, 881, 926, 936, 937, 938, 1.004, 1.006, 1.167, 1.168, 1.169, 1.440, 1.547, 1.554, 1.592, 1.608, 1.624, 1638, del Código civil)	304
144. Empleo de tales locuciones en los artículos 3.º, 65, 75 y 881 del Código de Comercio	308

CAPITULO V

Presunciones legales relativas

	<u>Páginas</u>
145. Características de la presunción legal relativa	315
146. Contenido de la prueba contraria a dicha presunción...	316
147. La presunción simple contra la presunción legal relativa	317
148. Examen de las principales presunciones legales relativas	317
149. Art. 448 del Código civil	317
150. Artículos 568, 569, § 2.º del Código civil	322
151. Art. 674 del Código civil	324
152. Artículos 687, 691, 692 del Código civil	327
153. Art. 702 del Código civil	328
154. El art. 702 del Código civil y el art. 116 del Código civil	331
155. El art. 702 del Código civil y el art. 452 del Código civil	332
156. Art. 724, § último, del Código civil	333
157. Art. 1.121 del Código civil	334
158. Art. 1.414 del Código civil	334
159. Artículos 1.513, § último, y 1.958 del Código civil	337
160. Art. 1.577, § último, del Código civil	337
161. Art. 1.586 del Código civil	339
162. Artículos 1.588, 1.590 del Código civil	339
163. Art. 1.809 del Código civil	341
164. Art. 1.639 del Código civil	342
165. Art. 1.834 del Código civil	343
166. Artículos 1.867, 1.868 del Código civil	344
167. Art. 80 del Código de procedimiento civil	345
168. Art. 46 del Código de Comercio... ..	352
169. Art. 55, § último, del Código de Comercio... ..	353
170. Art. 370 del Código de Comercio... ..	354
171. Art. 393 del Código de Comercio... ..	355
172. Art. 403 del Código de Comercio... ..	356
173. Art. 633 del Código de Comercio... ..	357
174. Art. 709 del Código de Comercio... ..	358
175. Artículos 782, 783, 787 del Código de Comercio	361

CAPITULO VI

Presunciones legales mixtas

176. Concepto de las presunciones legales mixtas	369
177. Presunciones legales mixtas en materia de ciudadanía (artículos 5.º al 8.º del Código civil)	370
178. Teoría contraria de Fr. S. Bianchi... ..	371

	Páginas
179. Refutación...	373
180. Continuación ...	374
181. Aplicación de nuestra teoría al art 8.º del Código civil.	375
182. Presunción de comunidad de los muros divisorios (artículo 546 del Código civil) ...	376
183. Prueba contraria ...	379
184. Presunción de comunidad de los fosos (artículos 565 y 567 del Código civil) ...	380
185. Presunción en materia de comunidad entre cónyuges (artículos 1.437 y 1.445 del Código civil) ...	380
186. Desconocimiento de la paternidad (artículos 159, 160, 162 y 165 del Código civil) ...	381
187. La presunción de paternidad es legal mixta ...	382
188. Imposibilidad física de cohabitar con la mujer ...	385
189. Separación legal ...	386
190. Impotencia manifiesta... ..	387
191. Adulterio y ocultación del nacido ...	387
192. Presunción de comerciabilidad (art. 4.º del Código de Comercio) ...	390

CAPITULO VII

Presunciones simples

193. <i>Caracteres de las presunciones simples</i> ...	394
194. <i>Requisitos de admisibilidad de las presunciones simples.</i> ...	395
195. Necesidad de que la prueba testifical sea admisible ...	396
196. Consecuencias relativas al art. 174 del Código civil ...	397
197. <i>Quid</i> en materia mercantil: artículos 44 y 53 del Código de Comercio, 1.354 del Código civil ...	400
198. Necesidad de que las presunciones sean graves, precisas y concordantes ...	402
199. Suficiencia de una presunción única ...	404
200. Valuación de más presunciones ...	406
201. Los requisitos de las presunciones y la motivación de las sentencias... ..	406
202. <i>Fuentes de las presunciones simples</i> ...	407
203. El indicio, fuente de presunción... ..	409
204. Las pruebas escritas imperfectas, fuente de presunción.	409
205. La presunción como fuente de presunción ...	411
206. <i>Casos en que se suelen o se deben admitir pruebas presuntivas</i> ...	413
207. El estado de conocimiento. Ejemplo deducido del artículo 430 del Código de Comercio ...	414
208. Las intenciones: fraude, simulación, dolo, captación ...	415
208 bis. El consentimiento tácito. Ejemplo deducido del artículo 17 del Código civil ...	417
209. La incerteza o la imposibilidad de la prueba directa ...	417
210. <i>Hechos de los cuales habitualmente se deducen las presunciones simples en los casos arriba indicados.</i> ...	419

	<u>Páginas</u>
211. Simulación	419
212. La relación personal entre los contrayentes	419
213. Condición económica de los contrayentes	421
214. Moralidad de los contrayentes	421
215. Modalidad del contrato	422
216. Circunstancias posteriores al contrato	423
217. Contratos especiales: enajenación de todos los bienes.	423
218. Cambio de domicilio	424
219. Otros ejemplos	425
220. Admisibilidad de la prueba contraria a las presuncio- nes simples	426
221. Jurisprudencia	426
222. Continuación	428
223. Nuestra opinión	428