

**LA PRUEBA: ¿DERECHO O CARGA? ¿POSICIÓN VENTAJOSA O
DESVENTAJOSA?**

Miembros del semillero:

-Ana Isabel Loaiza Zapata.

Cc. 1037625831

-Ana María Osorio E.

Cc.1037606602

-Juan Pablo Restrepo Upegui.

Cc. 1039455843

-Laura María Galvis E.

Cc.1152201173

-Manuela Cadavid A.

Cc.1039458308

-Violeta Velásquez Vélez.

Cc.1040182143

Universidad EAFIT.

Facultad de Derecho.

Semillero de derecho procesal.

Coordinador del semillero:

José David Posada Botero

Cc.71708034

RESUMEN

Tradicionalmente la prueba se ha entendido de diferentes maneras, pero en especial, se ha percibido como una carga y como un derecho; posiciones que aparentemente son contradictorias entre sí y denotan una tensión existente entre ambas. Lo que se pretende mediante este texto es tratar de verificar con cuál perspectiva se puede explicar mejor la naturaleza jurídica de la prueba en el contexto colombiano, de tal forma que se comprenda la institución jurídica en su totalidad. Para lograr dicho fin, nos serviremos de diferentes perspectivas de análisis, las cuales pueden ser expresadas como categorías o situaciones jurídicas. De la multiplicidad de categorías existentes, seleccionaremos para efecto de nuestro análisis sólo dos: (i) una situación de desventaja o carga procesal que sujeta y tiene que asumir quien ostenta la carga de la prueba; o (ii) una facultad discrecional (expresada en términos de derecho subjetivo o garantía) que puede o no ser ejercida por la parte.

Se logró concluir que efectivamente, hay una categoría jurídica que explica adecuadamente la estructura de la prueba, pero más allá de eso, logramos también encontrar un punto de convergencia entre las perspectivas que inicialmente eran contradictorias, dando por sentado que es posible llegar a un acuerdo y constituir una perspectiva sincrética.

Palabras clave: derecho a la prueba, carga de la prueba, prueba, situaciones jurídicas, categorías jurídicas.

ABSTRACT

Traditionally, evidence has been understood in different ways, but in particular, has been perceived as a burden and as right, positions seemingly contradictory that denote a tension between both of them. This paper's objective is to try to verify with which view can we better explain the legal nature of evidence in the Colombian context, so that we understand the legal institution as a whole. To achieve this purpose, we will use different analytical perspectives, which can be expressed as categories or legal situations. From the multiplicity of existing categories, for our purposes we will use just two of them, which are: (i) a state of disadvantage or a liability that restricts and must assume who holds the burden of proof moreover, (ii) a state of discretionary power (expressed in terms of subjective right or guarantee) that may or may not be exerted by the part.

It was possible to conclude that there is indeed a legal category that adequately explains the structure of evidence, but beyond that, we also find a point of convergence between the perspectives that were initially contradictory, assuming that it is possible to reach an agreement and constitute a syncretic perspective.

Key words: right to evidence, burden of proof, evidence, legal situations, legal categories.

LA PRUEBA: ¿DERECHO O CARGA? ¿POSICIÓN VENTAJOSA O DESVENTAJOSA?

1. La prueba desde las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja.

Cuando se hace alusión a la prueba, es posible afirmar que se está en presencia de una institución jurídica de gran complejidad y especial relevancia para el proceso. Ello, debido a que se trata de una figura que constituye el medio para que las partes den soporte fáctico a sus pretensiones y a su vez logren una ventaja procesal. No obstante, a la hora de definir esta figura, se pone en evidencia que admite varias interpretaciones, pues según la categoría jurídica que se acoja, la prueba podrá entenderse de una u otra manera.

Ya lo anticipaba Mercedes Fernández López al afirmar que “Una de las cuestiones más controvertidas respecto de la figura de la carga procesal es la relativa a su ubicación entre las *situaciones jurídicas activas* (poderes, facultades y derechos subjetivos) o *pasivas* (obligaciones y, en general, situaciones de sujeción)”¹.

Así pues, hay quienes afirman que la prueba se trata de un derecho subjetivo, es decir una manifestación del derecho de contradicción, remitido a su vez al debido proceso². Otros (como Carnelutti, Calamandrei, Goldschmidt, entre otros) desconocen la existencia de dicha categoría jurídica de ventaja y por el contrario, la ven como una posición negativa, desventajosa o incluso, y en concreto, como una especie de carga en cabeza de aquella parte que se vio sujeta a sustentar mediante la actividad probatoria la versión de su pretensión³.

¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba en la practica judicial civil*. Madrid: La Ley. 2006. P.39.

² RUIZ JARAMILLO, Luis: “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, en *Estudios de derecho*. Vol. 64, No. 143. 2007. Medellín. Universidad de Antioquia.P.187. El autor, a su vez toma como referencia la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-393 de 1994 (MP: Antonio Barrera Carbonell), en la cual se expresa lo siguiente: “El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba”.

³ *Ibid*, pp.37-41.

Teniendo como presupuesto las diversas perspectivas de análisis existentes para percibir dicha figura, es menester aclarar que el presente texto no busca descartar o desconocer la validez de alguna de ellas para explicar la carga probatoria. Sin embargo, se hará un barrido a través de las perspectivas para procurar encontrar la que mejor explique la estructura de la carga de la prueba, empleando herramientas para definir si existe o no un derecho a la prueba hoy día en Colombia.

1.1 La carga de la prueba como desventaja.

La primera forma de entender la prueba es como una situación jurídica pasiva, es decir, una desventaja, una carga, o en todo caso algo negativo. Como punto de partida, hay que aclarar que los autores que comparten o basan su teoría en este tipo de consideraciones, tienen en común un elemento esencial: desde el comienzo hay una parte que está sujeta (en términos amplios).

Desde esta óptica, al iniciar el proceso, ya hay una parte que está ganando (o, en sentido técnico, está en situación ventajosa) y otra que está perdiendo (o está en situación desventajosa); una parte que está en una situación superior más beneficiosa, y otra que está con una carga adicional que le dificulta su desenvolvimiento en el proceso.

Si bien está corriente ha tenido una gran acogida por parte de la doctrina, seleccionaremos sólo los autores que consideramos más relevantes dentro de esta perspectiva de análisis y esbozaremos sus planteamientos.

Comenzando por el procesalismo italiano del siglo XX, uno de los partidarios de esta tesis es Carnelutti, cuya teoría tenía como fundamento el considerar la carga de la prueba como algo necesario para lograr un fin, en tanto quien busca ese fin, necesariamente tendrá que cumplir con la carga probatoria, es decir, está sujeto a ella. En otras palabras, esa parte se encuentra en una posición desventajosa en relación con la otra parte⁴.

⁴CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del proceso civil*. 5º ed. Vol. 1 (traducción por Sentis Melendo, S.). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. 1973, p.332.

Sobre un razonamiento similar, Calamandrei también afirma que aun cuando no exista una sanción en estricto sentido ante la inejecución de la carga probatoria, esto se vería traducido en la insatisfacción del propio interés de la parte, y por tanto, la pérdida de una ventaja procesal. Para Calamandrei, la parte no está sujeta a una sanción, sino a su propio interés y a que su expectativa de recibir una sentencia favorable se concrete, dado que las consecuencias perjudiciales serían para ella a causa de su negligencia o abstención⁵.

Como último autor a tener en cuenta, se encuentra James Goldschmidt, quien fue uno de los autores más importantes en lo que respecta a la carga de la prueba. Su teoría, en palabras de Mercedes Fernández, se puede resumir someramente de la siguiente manera:

(...) las partes se encuentran en una situación de expectativa respecto de la resolución de fondo, de forma tal que la transformación de dicha expectativa en una sentencia favorable se hace depender del aprovechamiento de las posibilidades procesales y del ejercicio de las cargas que poseen en virtud de su status de parte. Desde este punto de vista, las posibilidades procesales serían las oportunidades conferidas a las partes para llevar a cabo una determinada actuación procesal dirigida a obtener un beneficio procesal y, en último término, una resolución favorable, mientras que el ejercicio de las cargas procesales tiene como finalidad la prevención de una desventaja procesal. Precisamente, la finalidad de evitar un perjuicio procesal lleva al autor a catalogar a la carga como imperativo de propio interés (...) ⁶.

Es innegable el valor de su aporte, puesto que mediante el mismo se tomaba el proceso no como una serie de relaciones, sino como un proceso de carácter dinámico. No obstante, tanto Goldschmidt como Carnelutti y Calamandrei niegan de manera apresurada la posible existencia de otra situación jurídica (por ejemplo, una situación de *derecho*) que permita explicar la prueba de otra manera.

⁵ CALAMADREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*. (Traducción por Sentis Melendo, S.). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973. P.340.

⁶ FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba...*, ob. cit., p. 37.

Todos los autores enunciados, pues, se sesgan ante el hecho de que la parte en el proceso está sujeta y no posee ningún tipo de garantía, sino todo lo contrario: un yugo que debe ser removido para que puedan desenvolverse con mayor soltura a través del proceso.

Por lo anteriormente afirmado, consideramos prudente ampliar la óptica de análisis e ir variando el foco con el cual puede ser detallada y matizada la actividad probatoria. En este orden de ideas, el paso a seguir es determinar si la prueba puede ser observada desde una posición ya no de desventaja y carga, sino desde una situación jurídica activa (derecho subjetivo, facultad o poder).

1.2 La carga de la prueba como ventaja.

Carlos Santiago Nino, afirma que “El jurista norteamericano W. N Hohfeld matizó en una de sus obras más célebres (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*), diferentes sentidos del “derecho subjetivo”, denominados “pretensión”, “privilegio”, “potestad” e “inmunidad””. Así mismo, afirma el autor argentino, que un aspecto interesante del desarrollo de Hohfeld consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus *opuestos jurídicos* (o sea los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota), por sus *correlativos jurídicos* (es decir, los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien uno tiene derecho, en los distintos sentidos expuestos)⁷.

Ahora, si se analiza y trata de ubicar el derecho a la prueba en algunas de estas categorías, podría hablarse en principio, que quien ostenta este derecho tiene una *pretensión* “frente a alguien cuando esa persona está en la situación correlativa de tener un *deber* frente a aquella”, en consecuencia, el opuesto de esta categoría es “no-derecho”.

En este orden de ideas, si se afirma que las partes dentro del proceso judicial tienen el derecho a la prueba, entendido como una pretensión, deberá hablarse necesariamente de un sujeto

^{7 7} NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*. 11ª reimpr. Barcelona: Ariel, 2003, pp. 195-208.

pasivo que ostente el deber correlativo a dicha pretensión. Siguiendo este planteamiento, se entenderá en consecuencia que el sujeto activo de dicha relación serán las partes dentro del proceso, en cuanto tienen el derecho a la prueba, entendiéndose este como la pretensión en términos de Hohfeld; y el juez tendrá el rol de sujeto pasivo pues es quien ostenta una serie de deberes correlativos a dicha pretensión.

De este modo, el juez tendría el deber de decretar y practicar las pruebas solicitadas por las partes, fallar de acuerdo a las pruebas legalmente allegadas al proceso, realizar toda la actividad valorativa, como también decretar pruebas de oficio; todo lo anterior como correlativo al derecho a la prueba del cual es titular cada parte en el proceso.

Autores del procesalismo colombiano, como Hernando Devis Echandía, consideran la posibilidad de probar como un derecho subjetivo, en vista de que “la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado”⁸.

De este modo, afirma que el sujeto pasivo de aquel derecho subjetivo procesal es el juez, pues es quien se encuentra “obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas, y su incumplimiento representa una auténtica denegación de justicia que le puede acarrear responsabilidades penales y civiles”⁹. No obstante, este autor afirma que el objeto del derecho a probar no es convencer al juez sobre la veracidad de los hechos aseverados; de este modo el alcance del derecho de probar se agota en la aceptación y práctica de las pruebas pedidas o presentadas por las partes, y la posterior consideración de aquellas en la sentencia o decisión.

En otras palabras, puede llegarse a la conclusión de que si bien el derecho a probar es un derecho subjetivo, tal derecho sólo está en relación con el deber del juez de decretar y practicar las pruebas que las partes soliciten; el deber de fallar de acuerdo a esas pruebas legalmente aportadas y el de decretar pruebas de oficio, no haría parte del derecho a la prueba,

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002. Pp 11-31.

⁹ *Ibid.*

puesto que no es posible determinar el sujeto activo de la relación, ya que este derecho existe o emana de la ley, y no existe en virtud de (o como correlativo a) un derecho subjetivo.

Al contemplar este planteamiento, se encuentra cierta dificultad en la delimitación del criterio que permite afirmar que el derecho a la prueba es un derecho subjetivo; siendo aquel la existencia de la situación jurídica de privilegio y su respectivo correlativo, el deber. Pues, cómo se desarrolló con anterioridad, el deber del juez de fallar de acuerdo a las pruebas legalmente aportadas, y el deber de practicar pruebas de oficio, no obedecen a un derecho subjetivo de alguna de las partes, sino a una disposición legal.

No obstante, al abordar la presente cuestión a partir de los estudios presentados por Manuel Oviedo, se encuentra que las categorías de Hohfeld presentaron una serie de dificultades o insuficiencias en su desarrollo:

(...) primero, no es claro si correlativo a todo deber existe un sujeto titular de una pretensión; segundo, el planteamiento no delimita en qué posibilidades o prerrogativas correlativas a un deber consiste tal posición; tercero, si se regresa al análisis desde la perspectiva del derecho objetivo no se encuentran elementos en el texto de Hohfeld que permitan dilucidar las normas jurídicas a las que se hace referencia con el concepto pretensión, o la relación entre éste y la norma primaria que establece el deber¹⁰.

Por lo anterior, el mismo autor expone una serie de planteamientos en torno a la relación entre deber, sanción y norma; para concluir que “el termino deber explicita la posición de un sujeto con respecto a una norma primaria: se afirma que una persona tiene el deber de realizar una conducta, cuando la no realización de ésta satisface el supuesto fáctico de una norma cuya consecuencia es una sanción.”¹¹.

En consecuencia, esta teoría podría plasmarse en el derecho a la prueba, al describir dicha cuestión de la siguiente manera: realmente se estará frente a un derecho subjetivo a probar,

¹⁰OVIEDO VÉLEZ, Manuel: *Los conceptos de derecho. Un análisis conceptual de la distinción entre derechos personales y reales* (Tesis doctoral). Universidad Externado de Colombia – Doctorado en Derecho, 2012, p. 9.

¹¹Ibid.

en cuanto el deber en cabeza del juez, esté sujeto a una norma primaria que sancione su conducta; es decir, que frente al incumplimiento de dichos deberes, se derive una consecuencia jurídica.

Esta teoría podría tomarse como conveniente para sustentar la existencia de un derecho subjetivo a la prueba. No obstante, al trasladar este planteamiento conceptual al ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que si bien se impone ciertos deberes al juez dentro del proceso con relación al derecho a la prueba, y en general al debido proceso, no se logra hallar una sanción concreta frente al incumplimiento de tales deberes.

En efecto, es posible observar en la legislación procesal diversas normas que enuncian – aparentemente – deberes del juez con respecto a la actividad probatoria.

Así, en el artículo 181 inciso primero del Código de Procedimiento Civil se afirma: “*Juez que **debe** practicar las pruebas. El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará otro para que en la misma forma las practique*”¹². A su vez, en el artículo 174 se enuncia que “*Toda decisión judicial **debe** fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”¹³. En otras palabras, el juez, al momento de tomar una decisión, tiene el deber de hacerlo con base a las pruebas legalmente allegadas al proceso. Además, se consagra en el artículo 187 que “*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*”.

Adicionalmente, en el Código General del Proceso se encuentra de manera clara un posible deber en cabeza del juez en lo que respecta al decreto y práctica de pruebas de oficio en el artículo 170: “*El juez **deberá** decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*”¹⁴.

¹² Negrilla agregada por fuera del texto.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

Así mismo, la jurisprudencia constitucional afirma en diversas sentencias la existencia de un deber en cabeza del juez en los casos del decreto y práctica de pruebas de oficio. La sentencia T-264 de 2009 afirma:

El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material¹⁵.

De igual manera, en la sentencia T – 264 de 2009, se sostiene que:

Una vez establecidas las consideraciones precedentes sobre los fines del proceso, y la relación entre la verdad y la justicia, resulta claro que el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber de juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado Social de Derecho, en donde el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para adoptar el papel de garante de los derechos materiales¹⁶

Al considerar las disposiciones normativas anteriormente enunciadas, podría afirmarse, en principio, que realmente el juez, respecto al derecho a la prueba en cabeza de las partes, está gravado con un deber correlativo. Sin embargo para poder sostener con total seguridad dicha afirmación, debe cumplirse un requisito más –como se mencionó–, se trata de la existencia de una norma primaria que sancione la inobservancia de dicho deber. No obstante, pese a que nuestro ordenamiento jurídico otorga deberes al juez en la actividad procesal, el legislador dejó a un lado la creación de normas que sancionen directamente al juez en los casos en que éste incumpla tales deberes.

¹⁵ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-264 de 2009, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ *Ibíd.*

En síntesis, luego del esmero por mostrar que las conductas probatorias podrían encajar apropiadamente en este marco, es notoria la dificultad para tipificar las mismas dentro de dicho esquema. Por lo que resta concluir que esta categoría jurídica, la del derecho subjetivo como *pretensión* en los términos de Hohfeld, resulta desafortunada para explicar a cabalidad el supuesto derecho a la prueba entendido como una pretensión y daría la razón a quienes sostienen que la actividad probatoria no puede mirarse como una situación de ventaja sino de desventaja.

Pero con lo que se ha concluido hasta el momento, sería apresurado afirmar que, por tratarse de una perspectiva inadecuada para explicar el derecho a la prueba, éste no exista: inferir ello sería insolente. Lo que se requiere es un cambio de paradigma, tornar la mirada hacia una perspectiva que permita explicar el derecho a la prueba en sus múltiples manifestaciones procesales. Para ello, se retomará el estudio desde otra de las categorías de Hohfeld, esta vez optando por el uso del esquema de potestad – sujeción.

De esta forma, ante la imposibilidad de explicar el derecho a la prueba por medio del concepto pretensión – deber, se recurrirá a la otra noción que, aparentemente, también se vislumbra como más apta para explicar las garantías probatorias.

De conformidad con lo dicho anteriormente, es indispensable comprender la categoría de potestad - sujeción expuesta por Hohfeld, dado que sólo entendiendo este punto se podrá, primero comprender a qué se refiere el autor, y segundo, constatar si la categoría referida resulta afortunada para dar cuenta de las expresiones del derecho a la prueba en el proceso.

Para el autor norteamericano, es posible encontrar una potestad cuando un sujeto tiene bajo su control, lo que él denomina como un hecho o una serie de hechos sobrevinientes¹⁷. Así mismo, señala que el sinónimo más próximo del término potestad, sería “competencia” (jurídica obviamente), es decir, que un sujeto tenga un cierto grado de control, sea competente (jurídicamente), sobre una serie de hechos. Aunque el jurista no hace una delimitación

¹⁷ HOHFELD, Wesley Newcomb: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. 4ª ed. México D.F.: Fontamara, 1997. P. 68.

exhaustiva acerca de la idea de potestad, la ilustra y permite inferir su núcleo a partir de diversos ejemplos¹⁸. La aproximación hohfeldiana versa sobre un estadio superior de “autoridad”¹⁹ en cabeza de un sujeto que puede ejercer la misma de manera discrecional y facultativa.

Por el otro lado, como correlativo a la figura de potestad, se encuentra la de sujeción. Cuando se está en presencia de un individuo sujeto, se le equipara a un individuo “sometido”, alguien que tiene una “responsabilidad” (en términos del autor, que a su vez cita al Juez Day en el fallo *Mc Elfresh c/ Kirkendale*) y debe circunscribirse a actuar de acuerdo con el ejercicio de determinada potestad²⁰.

Es imperioso, tal como lo señala Hohfeld, proceder con cautela ante este concepto, ya que puede incurrirse en el error de tomarse la sujeción entendida como deber, sin que realmente sean equivalentes.

Estando así las cosas, puede afirmarse entonces que la carga de la prueba puede ser considerada como un *poder de ejercicio facultativo*, en tanto es una respuesta a la posibilidad que estableció el legislador de que las partes que se encuentren en un proceso y obtengan una ventaja probatoria, aportando todo el material probatorio necesario y permitido en aras de fundamentar los hechos que están dentro de sus pretensiones. En consecuencia y como lo afirma Fernández, “cuando el ordenamiento jurídico establece una distribución entre las partes de los hechos que cada una de ellas debe probar – deber en sentido técnico o estratégico, no jurídico –, no está generando una obligación a cargo de cada una de ellas, sino que les está confiriendo un poder que sólo se ejercerá cuando deseen, esto es, cuando lo

¹⁸ *Ibid*, pp. 68-75. Como la potestad que tiene el propietario sobre su inmueble de abandonarlo, enajenarlo o incluso destruirlo. También habla de la posibilidad de conferir potestades de un sujeto a otro, como en el caso de una agencia o de la representación. Adicionalmente habla de las potestades en cabeza de los servidores públicos, como la de un oficial de la justicia (él habla de “sheriff”), para sacar a la venta y rematar un bien, conforme a un título ejecutivo (o “writ of execution”).

¹⁹ *Ibid*, p. 70. Aun cuando esta acepción puede resultar ambigua en determinados casos –ya que se llega a confundir con el concepto de privilegio – el autor insiste y hace énfasis en que hay que delimitar correctamente el término “authority” (en inglés), ya que en últimas se verá que posee una mayor cercanía con la categoría de potestad que con la de privilegio.

²⁰ *Ibid*. P.80.

consideren necesario para tutelar sus intereses.”²¹ A su vez, al establecer la ausencia de sanción en el caso de que alguna de las partes no disponga de dicha actividad, permite afirmar con mayor seguridad que la actividad probatoria posee un carácter facultativo; de este modo, se encuentra que otro carácter de la carga de la prueba es su uso instrumental, puesto que ésta solo se ejercitará en aquellos momentos en que cada parte en el proceso determine pertinente y relevante la obtención de un fin protegido.

Con base en lo expuesto, es posible afirmar entonces que, de las categorías que constituyen situaciones jurídicas de ventaja para la parte, resulta apropiada la categoría jurídica de potestad – sujeción, atendiendo a las definiciones de Hohfeld y así mismo, aterrizando dicho concepto a la realidad jurídica del ordenamiento colombiano. Sin perjuicio de lo anterior, creemos firmemente que aun cuando esta categoría permita matizar apropiadamente las manifestaciones del derecho a la prueba, existe la posibilidad de hallar un punto intermedio en el cual encajen de buena manera tanto las situaciones jurídicas de ventaja con las de desventaja.

Dicho de otra forma, además de haber expuesto tanto las situaciones de ventaja como las de desventaja, se expondrán razones por las cuales se puede incluso mirar ambas visiones desde una perspectiva sincrética que las recoja a las dos.

2. Perspectiva sincrética

Al inicio de este texto se expuso que existía una especie de dogma por quienes afirman que la carga de la prueba sólo se puede entender como algo potencialmente desgastante para la parte (una situación de desventaja), en vista de que posee un carácter de carga y satisfacción del propio interés; a su vez, había una necesidad de una mejor explicación a través de una categoría jurídica más adecuada por quienes la consideran como una ventaja o como un derecho. Sin embargo, se procuró demostrar que ambas visiones sólo agotan una parte del amplísimo contenido de la carga probatoria –o derecho a la prueba– en relación con el proceso. Por lo cual, de conformidad con los planteamientos esbozados a lo largo de esta argumentación, nos atrevemos a plantear una última hipótesis: existe una visión que concilia

²¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba...* .Ob. Cit. pp. 93-.

ambas teorías y se puede denominar como una perspectiva sincrética, ya que en realidad dichas situaciones de ventajas y desventaja no son verdaderamente excluyentes entre sí.

Si atendemos a la categoría de poder – sujeción, nos percataremos de que mediante ella se puede explicar casi totalmente la facultad en cabeza de las partes a la hora de probar. Aquello, en vista de que la parte sí se encuentra verdaderamente revestida por parte de una facultad que puede o no ejercer, pero que en definitiva, debido a cuestiones meramente prácticas y utilitaristas, debería ejercer. Es por ello que aun cuando la visión hohfeldiana se podría catalogar como suficiente para explicar el derecho a la prueba, puede ser complementado mediante la tesis de la *satisfacción del propio interés*²².

Hay que reiterar que en realidad, no existe una negación de la existencia de un derecho a la prueba por parte de los autores que miran la actividad probatoria *sólo* como carga, puesto que ellos denotan las consecuencias prácticas que desencadenaría su inejecución. Al mismo tiempo que no hay una exclusión expresa de la idea de *carga* por parte de los autores que sostienen la prueba como derecho, en tanto ellos afirman la existencia de múltiples garantías en la actividad probatoria, sin perjuicio de que dichas garantías puedan ser ignoradas o incluso desistidas por quien ostenta la facultad.

Por lo tanto, es factible afirmar que la negativa frente al ejercicio de la carga de la prueba, tiene como consecuencia la puesta en peligro del *interés jurídicamente protegido* con aquella. Así, frente a la inactividad o incumplimiento de esta carga, no se obtiene una sanción jurídica; la única consecuencia que se deriva de tal comportamiento es la “posible pérdida del interés tutelado, que no es otro que el derecho a la prueba y, en último término, la obtención de una sentencia favorable.”²³

Por lo cual, la carga de la prueba ha de ser vista como el “medio a través del cual las partes van a ser efectivo su derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para

²² No se debe a cuestiones jurídicas en razón de la ausencia de sanción jurídica por la no ejecución de la carga. Se explica más fácil a partir de un concepto de interés práctico y utilitario, es decir, la obtención de un fin que al final va a motivar al ejercicio de la facultad jurídica en cabeza de la parte.

²³FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba... Ob. Cit. P. 94.*

su defensa”.²⁴ Esto, en vista – y como fue mencionado anteriormente – en virtud de que el legislador procesal más que establecer el ejercicio del derecho a la prueba con un carácter obligatorio, decidió dejarle a las partes en el marco del proceso la libertad de – como quiera ser visto – cumplir, ejercer o hacer uso de aquel. Por lo cual, es menester dejar a un lado la concepción de la carga de la prueba como *un estado de sujeción de la voluntad*, para comenzar a apreciarlo desde una perspectiva de “*autoresponsabilidad o gestión de intereses*” encaminado a alcanzar la protección de un derecho que es visto como valioso. Por ende, se encuentra que la relación entre la carga de la prueba y el derecho a la prueba, es una relación de medio a fin, ya que en el momento en el que éste es considerado como un fin deseable, se ejercitará la carga de la prueba.²⁵

Como resultado de lo anterior, es necesario que el derecho a la prueba sea protegido a través de dos niveles. De un lado, es necesario que además del reconocimiento constitucional que se hace de aquel²⁶, sea establecido por el legislador todos los modos y los procedimientos necesarios para el ejercicio de tal derecho.²⁷ En consecuencia, es imprescindible dar cuenta de las normas jurídicas dentro del ordenamiento que distribuyen la carga de la prueba y los términos en que las partes podrán ejercerlo²⁸. De otro lado, al configurarse el derecho a la

²⁴ *Ibid.* P. 95.

²⁵ *Ibid.* P. 96.

²⁶ Se consagra en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, bajo el entendido del derecho al debido proceso. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba... Ob. Cit.* P. 97

²⁸ En el ordenamiento jurídico Colombiano se pueden encontrar normas tendientes a sustentar el principio de la carga de la prueba tales como el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil cuando prescribe: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*” A su vez, al contemplar el artículo 167 del Código General del Proceso se encuentra que no solamente se está consagrando el principio de la carga de la prueba, sino que además es una norma que distribuye de manera más precisa la actividad procesal. “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*”

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

prueba como un derecho fundamental, es necesario establecer recursos legales que revisen las posibles vulneraciones que se comentan por parte de los jueces mediante sus resoluciones.²⁹ En este mismo orden, Joan Picó I Junoy en *El Derecho a Prueba en el Proceso Civil*, al afirmar:

Los mencionados juicios valorativos llevados a cabo por los jueces de instancia son susceptibles de controlarse por los tribunales superiores en méritos de los correspondientes recursos. De este modo, la protección del derecho a la prueba tiene lugar a través de los recursos ordinarios previstos en las normas procesales civiles, y actualmente, dado su carácter de derecho fundamental, se añade a esta protección el de amparo.³⁰

Ambos medios de protección del derecho a la prueba, logran en última instancia brindarle a las partes de un proceso, la posibilidad de ejecutar la una actividad probatoria que les permita obtener la tutela de sus intereses.

Así pues, la perspectiva sincrética sería una visión en la cual la parte ostenta una facultad, un poder, que puede o no ejecutar, en aras de sujetar al juez; pero que instada por cuestiones prácticas y por la satisfacción de su propio interés, cataloga –en la mayoría de los casos– como preferible su ejercicio.

3. Conclusiones.

A modo de conclusión, la idea de *carga* de la prueba como situación de desventaja no excluye la idea de *derecho* a la prueba. De acuerdo con Mercedes Fernández López, sería viable

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

Por último, el Código de Procedimiento Penal en el artículo 7º también consagra el principio de la carga de la prueba: “*PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

²⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba... Ob. Cit.* p. 97.

³⁰ PICÓ I JUNOY, Joan: *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: José María Bosch. pp. 118-119.

redefinir la carga de la prueba –o el derecho a la prueba, o bien, la posición de las partes con respecto a la actividad probatoria– como “un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la expectativa de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo no ejercicio, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una oportunidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable)”³¹.

³¹ FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba...*, ob. cit. p.46.

Bibliografía

- CALAMADREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*. (Traducción por Sentis Melendo, S.). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973.
- CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del proceso civil*. 5º ed. Vol. 1 (traducción por Sentis Melendo, S.). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. 1973.
- DEVIS ECHNDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: *La carga de la prueba en la practica judicial civil*. Madrid: La Ley. 2006.
- HOHFELD, Wesley Newcomb: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. 4ª ed. México D.F.: Fontamara, 1997.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del derecho*. 11ª reimpr. Barcelona: Ariel, 2003.
- OVIEDO VÉLEZ, Manuel: Los conceptos de derecho. Un análisis conceptual de la distinción entre derechos personales y reales (Tesis doctoral). Universidad Externado de Colombia – Doctorado en Derecho, 2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona. Editorial José María Bosch Editor, S.A. 1996.
- RUIZ JARAMILLO, Luis: “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”. *Estudios de derecho*. Vol. 64, No. 143. 2007. Medellín. Universidad de Antioquia
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-264. 2009. M.P: Ernesto Vargas Silva. Expediente T-2.112.744