

LA CARGA DE LA PRUEBA

EDINSON MANUEL ZAPATA AGUILAR

ALBIN ENIO GAMEZ PEREZ

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARCIAL
PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO

ASESOR: EDUARDO ROJAS

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1991

DL 0387



CUERPO DIRECTIVO

RECTOR

JOSE CONSUEGRA HIGGINS

SERETARIA GENERAL

RAFAEL BOLAÑO MOVILLA

DECANO

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ

DIRECTOR DE TESIS

EDUARDO ROJAS

AGRADECIMIENTOS

A:DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ, DECANO DE LA FACULTAD

A:DR. EDUARDO ROJAS

A:DR. RODOLFO PEREZ

A:LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

A: todas aquellas personas que nos colaboraron de una u
otra forma en la realización del trabajo.

DEDICATORIA

Sea esta tesis de grado un homenaje a quienes anexaron sus esfuerzos a los míos, para hacer de este sueño una realidad.

A MI MADRE soporte incansable de penas y alegrías, ANGELA AGUILAR

A MI ESPOSA ALICIA CAMPO quien de una u otra manera deseaba mi superación

A MI DIVINA HIJA ANA MERCEDES

A MIS HERMANOS en especial a mi segunda madre NURY S ZAPATA E HIJA

EDINSON ZAPATA

TABLA DE CONTENIDO

| | PAG. |
|---|------|
| INTRODUCCION | 1 |
| 1. CONCEPCION DE LA IMPORTANCIA DE LA CARGA PROBATORIA | 3 |
| 1.1. CARGA PROCESAL | 5 |
| 1.2. CARGA Y OBLIGACION | 6 |
| 2. HISTORIA DE LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA | 9 |
| 2.1. EL DERECHO ROMANO | 12 |
| 2.2. DERECHO GERMANICO | 14 |
| 2.3. ENCUENTRO SOBRE LAS CORRIENTES ROMANA Y GERMANICA | 16 |
| 2.4. ORIGEN DE LAS REGLAS QUE SOBRE CARGA PROBATORIA EXISTEN EN EL DERECHO COLOMBIANO | 17 |
| 3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO | 20 |
| 3.1. UBICACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO | 22 |
| 3.2. REGLA DE JUICIO E INTERES PARA PROBAR | 23 |
| 3.2.1. Absolucion por falta de pruebas | 24 |
| 3.3. TEORIAS SOBRE EL FUNDAMENTO JURIDICO DE LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA | 26 |

| | | |
|--------|---|----|
| 3.4. | PROCESOS INQUIRITIVO Y DISPOSITIVO Y CARGA DE LA PRUEBA | 29 |
| 4. | LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CIVIL, LABORAL, ADMINISTRATIVO, ETC. | 32 |
| 4.1. | ESTRUCTURA DE PROCESO CIVIL | 32 |
| 4.2. | HECHOS EN QUE SE PUEDEN APORTAR Y PEDIR PRUEBAS EN MATERIA CIVIL | 35 |
| 4.3. | DEMANDAS Y CONTESTACIONES | 36 |
| 4.3.1. | Contestaciones | 37 |
| 4.3.2. | Excepciones | 38 |
| 4.4. | INCIDENTES | 39 |
| 4.5. | CONFESION Y CARGA DE LA PRUEBA | 40 |
| 4.6. | LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO EJECUTIVO | 42 |
| 4.6.1. | Excepciones en el proceso ejecutivo | 43 |
| 4.7. | LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA | 44 |
| 4.8. | LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL | 45 |
| 4.9. | LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO | 45 |
| 5. | LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL | 48 |
| 5.1. | ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL | 48 |
| 5.2. | LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL | 50 |
| 5.2.1. | El principio <u>in dubio pro reo</u> | 51 |
| 5.2.2. | La presuncion de inocencia | 54 |
| 5.3. | LA ACTUACION DE LOS OTROS INTERVENIENTES EN EL PROCESO PENAL, LA RELACION CON LA CARGA PROBATORIA | 55 |
| 5.3.1. | Denunciante y querrelante | 55 |
| 5.3.2. | Parte civil | 56 |

| | | |
|------|--|----|
| 5.4. | CONFESION EN MATERIA PENAL Y CARGA DE LA PRUEBA | 58 |
| 6. | LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS SOBRE CARGA PRUEBATORIA | 59 |
| 6.1. | LAS PRESUNCIONES | 60 |
| 6.2. | HECHOS NOTORIOS | 63 |
| 6.3. | HECHOS INDEFINIDOS | 65 |
| 7. | CONCLUSIONES | 67 |
| | BIBLIOGRAFIA | 70 |
| | ANEXOS | 71 |

INTRODUCCION

El tema de la carga de la Prueba es de gran importancia, debido a su continua aplicabilidad dentro de todos los procesos. Pero a pesar de ello, no deja de ser difícil su estudio en virtud de la gran escasez de bibliografía especializada y a su gran extensión, porque al tratar de la Carga probatoria debe hacerse una reseña de todos los procesos existentes.

Cuando se acude a un proceso se busca la decisión de una autoridad jurisdiccional mediante una providencia que de manera definitiva resuelva el tema objeto del proceso. Es aquí donde se ve con mayor nitidez la importancia de la carga de la prueba, pues por intermedio de sus reglas las partes sabrán sobre qué temas deben basar sus pruebas y el juez de qué forma debe fallar.

No puede estudiarse el tema de la carga probatoria sin tener en cuenta la evolución histórica de las reglas que sobre ella existen; tampoco sin estudiar la estructura de los procesos en que éstos tendrán aplicación.

Por eso, en este breve estudio se resaltarà la importancia que tienen las reglas sobre carga probatoria, se tratarà de dar una nociòn sobre ellas, seguidamente se harà una reseña històrica de la evoluciòn de estas reglas; luego se estudiarà la aplicaciòn de estas en la

teoría general del proceso y por último, se estudiará la aplicación que las reglas tienen en cada una de las ramas del derecho.

1. NOCION DE IMPORTANCIA DE LA CARGA PROBATORIA

El derecho ha sido a través de los tiempos el regulador de las relaciones que surgen entre las personas entre sí, y entre éstas y el Estado. Para el cumplimiento de esta misión y para lograr un equilibrio social, se crea el órgano jurisdiccional del poder público quien es el encargado de aplicar las leyes. Por eso decimos que la esencia del poder jurisdiccional es la de decidir cuando se ponga en movimiento este aparato, ya por iniciativa propia, ya por las pretensiones formuladas por los particulares.

El mecanismo de que se vale el órgano jurisdiccional para el cumplimiento de esta misión es el proceso, a través del cual el Estado da aplicación a las leyes. Debido a la importancia y delicadeza de esta misión, el proceso debe estar reglamentado de tal manera, que por el pronunciamiento que haga el juez o tribunal quede definitivamente resuelta la controversia acerca del caso concreto sometido a su conocimiento y evitar de esta manera que en el futuro vuelva a presentarse otra controversia por el mismo motivo. En pocas palabras, la decisión debe tener el carácter de cosa juzgada.

Dentro de las normas que tratan sobre el desenvolvimiento del proceso, sobresalen por su importancia las que hacen referencia a las pruebas como el modo de lograr una

decisión de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Y dentro de éstas, las que se refieren con la carga probatoria porque la decisión que resuelva definitivamente la controversia debe estar basada exclusivamente en las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso; así lo estatuye el Código de Procedimiento Civil en su artículo 174.

Este principio antes enunciado es el que se llama el de la necesidad de la prueba y que esencialmente se manifiesta en que los hechos no existen dentro del proceso sin su prueba. Este principio es tan radical que incluso incluye el mismo conocimiento personal o privado que de los hechos tenga el juez.

El correcto conocimiento que de las reglas sobre carga probatoria se tenga, es de gran importancia porque es el que en últimas va a sacar de las dudas al plantearse el interrogante de quién debe probar en un proceso determinado y se sabrá de esta forma quien debe probar un hecho determinado y se sabrá de esta forma quien debe probar un hecho determinado, cuándo puede o debe el juez decretar pruebas de oficio o cuándo la iniciativa probatoria corresponde exclusivamente a las partes.

Las reglas sobre carga probatoria variarán de acuerdo con la rama del derecho a la cual corresponda el proceso determinado. Y de la aplicación correcta de estas reglas se llevará al juez la certeza necesaria sobre los hechos objeto de la decisión y evitar de esta manera las nulidades y providencias inhibitoras, puesto que en el moderno derecho no se permite, como en épocas pasadas, el non liquet, es decir el no pronunciamiento del juez sobre el asunto sometido a su conocimiento.

1.1. CARGA PROCESAL

La existencia de un proceso impone a las partes la observancia de ciertas conductas cuyo cumplimiento les traerá consecuencias más o menos graves. Debido a esto, la ley procesal impone límites de tiempo y lugar para que las partes ejecuten ciertos actos, adopten determinadas conductas, alegar hechos y hacer peticiones. La necesidad práctica de observar estas conductas dentro de las oportunidades que señala la ley procesal es lo que conocemos como carga probatoria.

La carga procesal se manifiesta en dos formas, como lo hace notar Devis Echandía¹; en unos casos se nos presenta como un verdadero derecho procesal para ejecutar estos actos, por ejemplo, los derechos de recurrir y de probar. En otros casos se está en un acto necesario para la eficacia del ejercicio de un derecho, como la alegación en la demanda de los hechos fundamentales de la pretensión para obtener sentencia favorable.

A la noción de carga procesal va unida la libertad que tiene la parte interesada para realizar determinada conducta o abstenerse de hacerlo. En efecto, ninguna sanción existe si se actúa de una manera determinada o de otra, si no se actúa.

El mismo Davis Echandía define la carga como un "poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar libremente

¹DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, T. II, Bogotá, Edit. ABC, 1972, p. 137

ciertos actos, o de adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables".

1.2. CARGA Y OBLIGACION

A la noción de carga probatoria se pretende vincularla con el concepto de obligación, teniendo los dos últimos términos como iguales características y productores de las mismas consecuencias. Sin embargo, si se profundiza un poco más en el estudio de ambos conceptos se observa que son diferentes. Así, hay casos en que la misma norma jurídica fija la conducta que debe realizar un sujeto para alcanzar un resultado jurídico determinado y deja al interesado en libertad de adecuar su conducta como mejor le parezca y eventualmente en sentido contrario a la norma. Pero en otros casos, la ley impone al sujeto la obligación de observar una conducta y el obligado en este caso no es libre de determinar su actuación.

La noción de la carga en el proceso civil se ha desarrollado sobre el supuesto de que la norma fija una conducta que es necesario observar cuando se quiere obtener un resultado jurídico determinado, pero se deja en libertad a la parte que posee esta facultad de elegir su propia conducta que debe ser contraria a la norma y que no acarrea ningún tipo de sanción jurídica sino sólo de tipo práctico al no poderse alcanzar el resultado que la norma prevé.

También se han querido diferenciar los conceptos de deber

y carga diciendo que el primero de ellos indica la necesidad jurídica de un determinado comportamiento establecido por una norma, por lo general en orden a la satisfacción de un interés de un sujeto, al que se concede un correlativo poder individual. La segunda, en cambio, indica la necesidad práctica de que el titular de un determinado poder lo ejercite cuando quiera obtener un efecto en favor propio.²

Devis Echanóza resume las diferencias entre carga y obligación o deber así:

- a) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas y la carga es una relación activa como el derecho y el poder;
- b) En la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa libertad de ordenar su conducta;
- c) En la obligación o el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga;
- d) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita y, por lo tanto, no es sancionable;
- e) El incumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad,

²MICHELI, Gian Antonio. ¹ La Carga de la Prueba, Buenos Aires, Mundo Editores, 1982, p. 67

al paso que la observancia de la carga sólo se beneficia al sujeto de ella; por esto puede decirse que aquellos satisfacen un interés ajeno y ésta sólo un interés propio sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en librarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir libertad. (3)

2. HISTORIA DE LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA

El problema que hace referencia a quien corresponde aportar la prueba en un proceso determinado, no fué como pudiera creerse común a todos los pueblos y en todos los tiempos, sino, por el contrario, variable de acuerdo con la época y con la cultura de cada pueblo particular y además dependiente del proceso concreto y del ordenamiento jurídico al cual éste pertenece. Además, es indudable que el tema de la carga de la prueba es eminentemente procesal y por lo tanto está influenciado por la evolución que ha sufrido el proceso a través de los tiempos. Por esto la transformación histórica de las reglas sobre carga probatoria está vinculada íntimamente a la transformación que ha sufrido la teoría general del derecho y en particular a la sufrida por el proceso.

Sin embargo, como anota Micheli "también en este campo la tradición romana ha sido maestra de otros pueblos y desde la época del renacimiento jurídico es precisamente al principio romano al que todos acuden como al más adherente a una visión realística de la vida, a las exigencias de la justicia, acusadas por todo pueblo civilizado. Es sintomático al respecto que el criterio germánico haya tenido poca vitalidad entre los pueblos no germánicos, tanto que, por lo demás, también estos últimos terminaron por adoptar el principio romano.⁴

Tan cierto es lo anterior, que las reglas que en la actualidad existen sobre carga probatoria, son derivadas de las reglas dictadas para el derecho romano, especialmente aquellas que rigieron en el derecho justiniano.

El mismo Micheli divide el desarrollo histórico del dogma de la carga de la prueba de la siguiente manera:

a) En una primera fase, la afirmación en juicio pone sin más al agredido en la situación de deberse disculpar o de deberse defender. Esta fase corresponde a una etapa primitiva, y se presenta particularmente en el derecho germánico antiguo y se debe a la creencia existente en esa época de que el demandado poseía una situación de ventaja respecto del demandante.

b) En un segundo estadio, es al juez a quien corresponde establecer cuál de las partes deba producir la prueba en juicio, sobre la base de reglas de experiencia, que le indique cuál de las partes se encuentra en mejor posición para aducir la prueba. Este período corresponde principalmente al derecho romano clásico, donde el juez actúa como árbitro dentro de la controversia y donde posee un poder discrecional muy amplio no sólo para la valoración de las pruebas, sino de las cualidades sociales y morales de cada una de las partes que intervienen en el

4 MICHELI, Op cit. p. 5

proceso. En este período se muestra un gran auge del sistema de la libre convicción íntima que posee el juez en la valoración de la prueba.

c) En una tercera fase se solidifican tales reglas: junto a la prueba directa se forma la prueba contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera. En esta fase el juez conserva también amplias facultades para la valoración de las pruebas; aquí la carga probatoria no se mira ya como un deber de las partes, sino que éstas deben aportarlas por razones de conveniencia que han surgido de la experiencia en casos concretos anteriores, y de la jurisprudencia y de la actividad de las escuelas retóricas.

d) En este cuarto estadio es donde aparece la denominada necessitas probandi, donde el juez juzga de acuerdo con la actividad probatoria de las partes, de manera que las reglas sobre distribución de la carga de la prueba se manifiestan como reglas de prueba legal. Ya en este sistema, el juez no tiene la amplitud que anteriormente tenía en la valoración de las pruebas y de esta manera determinados medios de prueba fueron considerados mejor que otros o bien algunos de ellos se les reconoció eficacia no apreciable libremente por el magistrado. Es así, como ciertas pruebas solemnes, como la prueba escrita regulada por la ley, llegó a obtener predominio probatorio sobre otras.

e) En el último estadio, la actividad probatoria de las partes pierde su relieve como condición necesaria para conseguir un resultado favorable, al mismo tiempo que adquiere importancia la objetiva sujeción de las partes mismas a las resultancias probatorias, no sólo dependientes de la respectiva actividad probatoria, sino

también de la instructoria desarrollada por el juez. La regla de la carga de la prueba adquiere de este modo la naturaleza de regla de juicio, puesto que en primer plano se sitúa la actividad de decisión del juez, cuando éste no se encuentre en condiciones de fijar de otra manera el contenido de la propia decisión.

Además de estas consideraciones que son generales, se debe para mayor comprensión, estudiar separadamente el desarrollo histórico del dogma de la carga de la prueba en los ordenamientos jurídicos que más influyeron en su actual formulación. Estos ordenamientos son el romano y el germánico.

2.1. EL DERECHO ROMANO

El desarrollo de las reglas sobre carga probatoria en el derecho romano, se puede dividir en tres etapas que corresponde a tres períodos distintos de dicho ordenamiento y que son los siguientes: el derecho romano antiguo, el período clásico y el derecho justiniano.

El derecho romano antiguo está caracterizado por la naturaleza del árbitro que dentro del proceso desempeña el juez privado. En este período no existen reglas determinadas sobre carga probatoria, ésta correspondía por igual a las partes, y al juez sólo correspondía valorizarlas de acuerdo con un amplio poder discrecional que el ordenamiento jurídico le concedía. Así que la decisión del juez reflejaba la preferencia hacia una de las partes no sólo en la valoración de las pruebas aducidas sino también en lo que hacía referencia a las cualidades morales y sociales de una de las partes.

En el período clásico, hubo reglas que asignaban la carga de la prueba a una u otra parte, consultando un criterio de equidad. Aquí la producción de las pruebas se presenta a las partes como un criterio de conveniencia dictado por el juez, pues es éste quien decide teniendo en cuenta la equidad, que y cuanto de la intetio y de la exceptio debe ser demostrada de hecho para que pudiese pronunciarse sobre el caso que se le había sometido. En este período todavía conserva el juez amplias facultades en la valoración de las pruebas y en la decisión de la controversia, pues sólo él puede determinar cuándo podía considerarse alcanzando su propio convencimiento o en qué sentido debía juzgar. Incluso se le permitía que pronunciase un sibi non liquere, es decir, se admitía que el funcionario se abstuviese de juzgar cuando no era suficiente su convencimiento.

En el derecho justiniano se vió la necesidad de darle al juez ciertas reglas sobre valoración de las pruebas, para saber cómo debía pronunciarse en determinados casos. En este caso desaparece el sistema de la libre convicción y aparece el de la tarifa legal donde se dan al juez los instrumentos para decidir del mejor modo de acuerdo con la ley y la equidad, se le reconocen a determinados medios probatorios mayor eficacia que a otros y se determina quien debe aducir las pruebas de las alegaciones hechas en juicio.

En este período, igualmente, desaparece la facultad que poseía el juez de abstenerse de pronunciar una decisión de fondo cuando no había sido alcanzado su convencimiento aparece en consecuencia el concepto denominado necessitas probandi cuando la ley dispone que la contraparte no se encuentra en la necesidad de aducir pruebas (ya sea en orden a la prueba contraria, ya en orden a la excepción)

mientras el adversario no haya demostrado los hechos en que basó su pretensión.

Fué en esta época donde se enunciaron las reglas generales que han trascendido hasta nuestros días, según las cuales debe probar quien alega o afirma, bien se trate de actor o de reo, debido a la estructura de los procesos post-clásicos y justiniano en que el proceso era movido por la actividad de una de las partes (actos) a quien le correspondía probar los hechos puestos como base de la propia demanda y negados por el adversario. Si lo consigue, el demandado debe probar lo contrario o bien hechos incompatibles con los aducidos por el demandante y así sucesivamente.

Esta estructura de los derechos post-clásicos y justinianos es lo que ha dado origen a las reglas que sobre carga probatoria existen en la actualidad por lo cual Micheli dice que: "la estructura romana del proceso, con el admirable equilibrio de los poderes de las partes, ha dado a la formulación de las reglas onus probandi una perfección y una universalidad que todavía hoy no se desmienten".⁵

2.2. DERECHO GERMANICO

El derecho germánico ha influido en la actual elaboración del dogma de la carga de la prueba, aunque no es la misma medida que el derecho romano, sino de una manera mucho más reducida.

⁵ MICHELI, Op cit. p.5

El derecho germánico antiguo se caracteriza por el primitivismo existente en sus juicios, donde la mayoría de los procesos eran una esencia penales. La demanda del actor es una acusación contra el demandado, imputado de haber cometido un acto contrario a las costumbres locales: el acusado reacciona y trata de justificarse como mejor puede, ofreciendo al acusador los elementos para persuadirlo de su propia inocencia. Es decir, que en el proceso germánico (especialmente el primitivo) las pruebas son un negocio que tiene lugar esencialmente entre las partes, y que en sus orígenes se resolvían, probablemente, mediante la fuerza.

En el período más antiguo la prueba incumbía al demandado, porque se creía que la posición en la que estaba éste implicaba una ventaja debido al carácter de las pruebas que en ese momento prevalecían (el juramento y el duelo). Las pruebas en este período son meramente formales y corresponde al juez mediante la sentencia de prueba, determinar quién debe probar mediante juramento, y la prestación del juramento importa, sin más, la victoria de quien jura.

En un período posterior se atribuye al juez la decisión sobre quien debe aportar la prueba en cada caso concreto con base a los elementos aducidos por las partes, a su conducta, a su situación de hecho, etc. Así, de acuerdo con las afirmaciones de las partes y previa calificación de la verosimilitud de éstas, el juez decide que parte es más idónea para aportar las pruebas de sus afirmaciones y sobre ella recaerá la carga probatoria. Esto da lugar a la formación de reglas consuetudinaria en cuanto a la distribución de la carga de la prueba entre las partes, aunque subsiste el principio que se enunció en el derecho primitivo según el cual la carga probatoria corresponde

generalmente al demandado porque se suponía que éste es quien mejor conoce los hechos, dada la naturaleza penal de las primeras controversias.

Debido a lo anteriormente anotado, la carga de la prueba para el demandante solo existe excepcionalmente y se refiere no más a hechos en que el actor tiene necesariamente mejor conocimiento como sería el caso de que en una acción hereditaria se alegara, por ejemplo, el grado de parentesco.

En esta época que se está estudiando dentro del proceso germánico, se tiene muy en cuenta la actividad desplegada por las partes, pues es ésta la que prácticamente resuelve la controversia. Esto trajo como consecuencia que las llamadas reglas consuetudinarias, de que se habla con anterioridad, se convirtieran en verdaderas reglas legales, lo que a su vez favoreció notablemente la posterior elaboración de la doctrina sobre carga probatoria.

2.3. ENCUENTRO SOBRE LAS CORRIENTES ROMANA Y GERMANICA

Las dos corrientes anteriormente localizadas, ejercieron influencia una sobre otra y es así como puede verse el encuentro entre sus principios esenciales especialmente en el más antiguo derecho longobardo y en el más antiguo derecho común.

En cuanto al primero, el influjo romano en materia de carga de la prueba es notable en los interpretes de Pavía, los cuales modifican la rigidez del sistema probatorio germánico, pero conservando el juramento de

purificación que ha de prestarse el demandado también en la hipótesis de que la carga de la prueba incumba al actor, pero éste no lo aduzca. En cuanto al sistema que rige en los territorios romanos se nota la influencia germánica en el sentido de que la falta de pruebas por el actor no es suficiente siempre para absolver al demandado, al cual se refiere el juramento de purificación.

Sin embargo, corresponde al derecho romano la enunciación del principio sobre el cual se apoya la moderna teoría de la carga de la prueba y se enuncia así en latín: "onus probandi incumbit cui-dicit", principio que fué sistematizado por los glosadores y que enuncia la necesidad práctica de que el actor probase los hechos sobre los cuales se apoyan sus pretensiones y de que el demandado, a su vez, demuestre la verdad de los hechos puestos como fundamento de sus excepciones. También se resalta mediante este principio, que al demandado no corresponde carga probatoria alguna, mientras el actor no diese al juez la justificación de la propia demanda, lo que da como resultado la absolución por falta o por insuficiencia de pruebas.

2.4. ORIGEN DE LAS REGLAS QUE SOBRE CARGA PROBATORIA EXISTEN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Las reglas que sobre carga probatoria están consagradas en nuestra legislación, especialmente las contenidas en los artículos 1625 y 1757 del Código Civil provienen del derecho romano de donde fueron tomadas por el Código Civil de Napoleón quien se inspiró en la fórmula del derecho de justiniano para determinar a quién

correspondía probar las obligaciones y su extinción. Del Código de Napoleón, pasó a chileno y de éste al colombiano, el cual estableció en su artículo 1757 que "incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o éstas". De acuerdo con esto se tiene que la carga o peso de la prueba corresponde a quien alega o afirma, bien se trate de actor o de reo. La fórmula es la misma que existió en el derecho justiniano.

Sin embargo, de manera preponderante corresponde al actor producir la prueba de los hechos sobre los cuales se basa su pretensión, pues si no lo hace, el reo debe ser absuelto así no haya alegado excepción relativa a la modificación, extinción o inexistencia de la obligación a su cargo. En este caso, debe darse aplicación al principio que establece que si el actor no prueba, el reo debe ser absuelto.

Esta que fué una norma que sólo se dictó para la prueba de las obligaciones y su extinción, por necesidad la jurisprudencia la hizo general y de ahí que antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, se aplicaba la regla general contenida en el artículo 1757, para determinar a quién correspondía la prueba de un hecho determinado.

Como se dijo anteriormente, la regla contenida en los artículos 1625 y 1757 de c.c. tuvieron una aplicación general. Es así como jurisprudencialmente el problema sobre quien debe probar se resolvía jurisprudencialmente mediante la aplicación fundamentalmente de otros aforismos.

1

Onus probandi incumbit actori, (la carga de la prueba corresponde al actor).

Reus in excipiendo fit actori (el reo, al excepcionar, se convierte en actor).

Actore non probante reus absolvitur (si el actor no prueba el reo debe ser absuelto).

La comisión redactora del C.P.C. que actualmente nos rige, quiso darle valor legal a esta aplicación jurisprudencial y por eso incorporó al Código el actual artículo 177 que dice así: "Carga de la prueba". Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

"Los hechos notorios y las afirmaciones a negaciones indefinidas no requieren prueba".

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO

Algunos autores afirman que las reglas sobre carga probatoria carecen de utilidad, debido a los poderes instructorios que existen para el juez, especialmente el relativo a la facultad de decretar pruebas de oficio. También afirman que debido al principio de comunidad de la prueba según el cual ésta no pertenece a quien la aporta, es impropio pretender que sólo a éste beneficia, puesto que una vez introducida legalmente el proceso, debe tenerse para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla.

Debido a esto se ha hablado de que existen dos clases de carga probatoria: una subjetiva que corresponde a las partes que tenga un interés directo en el proceso, y otra carga objetiva que sería la que recaería en aquellas personas que actúan dentro de un proceso por un deber y, consiguientemente en protección de un interés ajeno y no por una ventaja propia. Se dice así, por ejemplo, que el Ministerio Público tiene una carga objetiva de la prueba, en cuanto él acciona por un interés ajeno, o bien que es objetiva la carga de la prueba que grava al ejecutor testamentario, al curador de la quiebra, etc.

En cuanto a los autores que niegan la utilidad de la

carga de la prueba, afirman que la regla que distribuye éstas entre las partes que intervienen en un proceso no obedecen a un imperativo jurídico y por lo tanto no se trata de un deber sino que se trata de una cuestión de necesidad práctica que tienen los intervinientes de probar los hechos sobre los cuales basan sus pretensiones.

Afirman también que a pesar de todos los poderes instructorios atribuidos al juez y a pesar del principio de adquisición de la prueba puede darse el caso de que el juez al momento de hallar y después de valorar libremente los elementos probatorios acaecidos no se considere persuadido en ningún sentido, y de ahí la necesidad de establecer legalmente cuál debe ser el sentido de su decisión, de lo que se ocupa la regla de juicio de la carga probatoria.

También confunden igualmente la diferencia que existe entre deber y obligación y carga. En efecto, en la carga la regla misma parece predominar, en cuanto precisamente la norma jurídica concede al sujeto la libertad de ajustar la propia conducta al propio interés, pero dando vida a determinadas condiciones o presupuestos en la hipótesis de que quiera conseguir un determinado fin, que la norma misma le garantiza. En cambio, en la obligación, la valoración de la propia conducta por parte del sujeto se limita determinarse de conformidad con la norma jurídica, puesto que ésta última no le concede la libertad de adoptar el propio comportamiento, sino que le impone un deber ser, que exige cumplimiento y cuya transgresión íntegra un acto contra jus, esto es, un ilícito jurídico.

 6 MICHELI. Op. cit. p.101

En uno y otro caso, el ordenamiento jurídico puede llevar consigo sanciones desfavorables para el sujeto que no se ajuste al mandato de la ley, pero en una hipótesis tales consecuencias deben reconducirse bajo el concepto de autoresponsabilidad que incide en la propia autonomía, reconocida por la norma al sujeto mientras que la otra hipótesis, en cambio, las consecuencias aparecen como mediadas (sanciones) contra la violación del mandato que excluye tal autonomía e impone una necesidad jurídica no ya una mera exigencia práctica, conforme al interés del sujeto, como lo afirma Micheli.⁶

De esta manera queda plasmada la importancia de la carga probatoria en sus dos aspectos principales: por un aspecto es una regla de conducta para las partes, pues les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, y por el otro es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba sobre la cual debe basar su decisión.

3.1. UBICACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO

La carga de la prueba se puede ubicar entre los llamados poderes procesales, que el profesor Gian Antonio Micheli dice que consisten en que "la ley en determinados casos atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerando favorable para dicho sujeto".⁷

⁷MICHELI, Op. cit. p. 85

Dentro del campo procesal, esto se manifiesta en la capacidad para ser parte y de obrar en un proceso concreto y hacer valer en juicio los propios derechos con la atribución a las partes de poderes procesales de contenido diverso, tendientes a obtener resultado jurídico, esto es, una providencia jurisdiccional.

3.2. REGLA DE JUICIO E INTERES PARA PROBAR

Devis Echandía considera la noción de carga probatoria bajo dos aspectos fundamentales: 1) Por una parte es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole prevenir un non liquet, esto es una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de prueba de tales hechos; 2) Por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente le señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria) para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.⁸

Cuando cualquier persona acude al aparato jurisdiccional del Estado, es para que éste de una decisión definitiva sobre un punto derecho. La decisión que tome el juez debe terminar con la controversia existente de tal manera

⁸DEVIS ECHANDIA, Op. cit. t. II, p. 140

que no se presente nueva controversia por los mismos puntos y entre las mismas partes. Las reglas sobre carga probatoria tienden a darle al juez las pautas sobre las cuales basar su decisión y a indicarle la manera como debe fallar cuando no haya los elementos de prueba suficientes para adquirir la certeza sobre el hecho controvertido. Ya no se permite al juez preferir un non liquet, es decir, abstenerse de fallar en el fondo por no encontrarse dentro del proceso los elementos probatorios suficientes para lograr su convicción.

La regla de juicio ofrece, pues, el criterio a base del cual el juez debe fallar cuando hayan permanecido desconocidos los hechos a los que el derecho objetivo vincula el efecto jurídico alegado por una parte en juicio. Las reglas sobre carga probatoria, ofrecen por lo tanto al órgano juzgador, el medio considerado más idóneo a fin de que el pueda en cualquier caso emitir un pronunciamiento de fondo.

La regla que determina a quien corresponde probar, no significa que la parte sobre quien recae la carga probatoria deba ser necesariamente la que presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción, sino que señala a quien interesa la demostración de ese hecho dentro del proceso. Esto de acuerdo con el principio de la comunidad de la prueba de que se habla anteriormente según el cual la regla pertenece al proceso no a quien la pidió o adujo y por esto la regla sobre carga probatoria sólo señala quien tiene interés jurídico en que resulte probado un hecho y no a quien corresponde probar.

3.2.1. Absolución por falta de pruebas. Visto todo lo

anterior, surge el interrogante sobre cómo debe decidir el juez cuando no haya adquirido la certeza suficiente sobre los hechos en los cuales se basa la demanda.

Desde el derecho romano se ha establecido el principio aceptado por nuestra legislación de que la carga o peso de la prueba corresponde a quien alega o afirma, bien se trate de actor o de reo. Sin embargo, es evidente que en principio, corresponde de manera preponderante al actor aducir la prueba de sus pretensiones.

El actor, mediante la demanda, es quien pone en movimiento el órgano jurisdiccional. Por esto es a él a quien en principio y de manera preponderante corresponde la prueba de los hechos que sirven de base a sus peticiones. Si el actor no prueba, el demandado debe ser absuelto así no haya presentado excepción alguna respecto de los hechos alegados por el demandante. Este caso es aplicación del ya conocido aforismo que se enuncia así: actore no probante reus absolvitur, que significa que si el actor no prueba, el reo debe ser absuelto.

En el derecho penal la cuestión de la falta o insuficiencia de pruebas de la responsabilidad del procesado se resuelve mediante la aplicación de los principios in dubio pro reo, según la cual toda duda debe resolverse a favor del procesado y el de presunción de inocencia que dice que toda persona acusada de un delito se presume inocente mientras no se pruebe su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada. De estos dos principios se hablará en detalle posteriormente.

3.3. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO JURIDICO DE LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA

El tema sobre el fundamento de las reglas en relación con carga probatoria, ha sido de los que más controversia ha suscitado entre los autores y los legisladores. Esto ha dado motivo a una serie de teorías muy diversas. Pero entre las más importantes se tienen las siguientes:

1. La primera impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepciona. La segunda exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones, y la tercera que impone la prueba a quien afirma y exime de ella a quien la niega. Estas tres teorías se manifiestan por los siguientes aforismos: onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actori, ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmante monnegante incumbit probatio.

A estas teorías se les han hecho las siguientes críticas: en cuanto a las dos primeras se resumen las hechas por Hernando Devis Echandía⁹ que dice que han sido muy acogidas por los autores y legisladores pero se le ha criticado por incompletas e insuficientes, porque hay hechos que no requieren prueba por gozar de presunción, o por su notoriedad o por ser indefinidos, a pesar de servir de fundamento a las pretensiones del demandante y en tales casos corresponde al demandado la carga de probar lo contrario. Además, hay hechos que no obstante alegarse en la demanda no necesitan de prueba por ser irrelevantes o impertinentes.

1

A la tercera, además de las críticas anteriores se agrega que la circunstancia de afirmarse o negarse un hecho no altera mayor o menor posibilidad de su prueba, pues es la naturaleza definida o indefinida del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba.

2. En el segundo grupo se agruparán dos teorías: según la primera se impone la carga a quien alega el hecho anormal, porque el normal se presume, y según la segunda, que en su esencia es muy parecida a la primera, se impone la prueba a quien pretenda innovar, es decir a quien alegue hechos extintivos, modificativos o impeditivos o demande para que se altere la situación de hecho existente, como la posesión o el estado civil o la libertad jurídica y económica del demandado.

Según esta teoría no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas. Lo que debe probarse es todo aquello que conlleve a una innovación, o algo anormal.

A esta teoría se le critica el hecho de que el criterio de la normalidad es subjetivo y caprichoso, cuando el legislador no la consagra como presunciones en normas de valor general y de excepción, que no es posible preveer para todos los casos. Además, es un concepto que pueda variar según los principios políticos, jurídicos, económicos, etc., existentes en una época y territorio determinados.

3. Este teoría distribuye la carga de la prueba de acuerdo con la naturaleza constitutiva, o por el contrario extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos. En esta teoría se basó el actual artículo 1757

del Código Civil Colombiano que se refiere a quien corresponde la carga de la prueba de las obligaciones y que la jurisprudencia nacional hizo extensiva a todos los casos referentes a la carga probatoria. Según esta teoría, quien afirme el nacimiento de una obligación debe probarlo, lo mismo debe hacerlo quien alegue su extinción.

A esta teoría se le hace el reparo de que no hay acuerdo sobre lo que debe entenderse por hecho constitutivo y extintivo. Además, en veces, se hace difícil distinguir unos de otros. Además, un hecho puede ser constitutivo para una parte y extintivo para la otra como ocurre con la posesión material de objetos ajenos, pues para el poseedor puede ser constitutiva del derecho de propiedad y extintiva para el propietario. Igualmente se hace más insuficiente esta teoría si se asigna siempre al demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos y al demandado de los impeditivos o extintivos, pues no siempre el demandante alega un hecho constitutivo, sino que puede dirigirse al órgano jurisdiccional para acreditar, por ejemplo, un hecho extintivo.

4. Este teoría impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable. Esta teoría es defendida principalmente por el profesor alemán Leo Rosember y es la acogida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En esta teoría se utiliza el criterio de considerar la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte y por la norma legal que lo contempla como presupuesto para su aplicación y por tanto, quien resulte favorecido por esta norma,

porque consagra el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probarlo a menos que este hecho no requiera más pruebas, por estar confesado por la otra parte o por estar exento de ella. Es decir, cada parte debe alegar y probar los presupuestos de las normas que le son favorables, sean positivos (para que se aplique la norma) o negativos (para que no se aplique).

5. Con base en la anterior doctrina el profesor Gian Antonio Micheli elaboró otra teoría que dice que la distribución de la carga de probar, está establecida principalmente por la posición ocupada por la parte misma respecto del efecto jurídico pedido: tal relación está determinada por el derecho sustancial.

Aunque emplee una terminología distinta la tesis de Micheli coincide en el fondo con la de Rosemberg. Así, el primero habla de efecto jurídico pedido y el último de presupuestos de hecho a la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo que en el fondo y en su esencia quieren decir exactamente lo mismo.

3.4. PROCESOS INQUISITIVO Y DISPOSITIVO Y CARGA DE LA PRUEBA

El procedimiento a seguir en un proceso determinado depende mucho de los fines y de la naturaleza de tal proceso. Así, se dice, por ejemplo, que en el proceso civil predomina el principio dispositivo en la iniciación e impulso de los procesos y que en el penal predomina el principio inquisitivo. Véanse entonces, las características de cada uno de estos principios y su

relación con la carga probatoria.

En el proceso civil privado en general se convierte un interés privado, particular y patrimonial por lo que puede ser objeto de transacción o desistimiento. El proceso penal persigue un fin social que es en el fondo la defensa de la comunidad mediante la prevención y represión de los delitos y contravenciones. El objeto del proceso penal no es generalmente susceptible de transacción o desistimiento.

Por eso en el proceso civil predomina el principio dispositivo porque se considera que los interesados en conseguir una sentencia justa son las partes, y a ellas corresponde la actividad necesaria para que prosperen las pretensiones de la demanda y el proceso penal es esencialmente inquisitivo porque el fin que se persigue incumbe a toda la comunidad y por lo tanto a los funcionarios encargados de representarla (juez competente, funcionario de instrucción y representante del Ministerio Público) corresponde la búsqueda de la verdad.

El proceso inquisitivo se caracteriza por la facultad, y muchas veces el deber que posee el juez de iniciar oficiosamente un proceso. Igualmente en los procesos donde impera este principio, el impulso del proceso recae preponderantemente en el juez, a quien corresponde principalmente la búsqueda de la prueba sobre los hechos que han de ser materia de su decisión.

En los procesos a donde predomina el principio dispositivo el juez no puede de oficio iniciar el proceso, porque la iniciativa corresponde a las partes mediante un acto de postulación llamado demanda. Aquí el

juez no tiene tampoco el impulso del proceso, pues corresponde igualmente a las partes; por lo tanto, no se admite que el juez decrete pruebas de oficio. En los procesos donde predomina exclusivamente el proceso dispositivo, la carga probatoria recae única y exclusivamente sobre las partes.

Sin embargo, se hace necesario aclarar que en la actualidad no se encuentra un solo proceso que acoja en una forma total y absoluta un sistema u otro. Así, tenemos que en el procedimiento civil colombiano, a pesar de ser predominantemente dispositivos, se otorga al juez facultades para decretar pruebas de oficio necesarias para adquirir su convencimiento. De igual manera, en el Decreto 050 de 1987, Nuevo Código de Procedimiento Penal, se ha establecido taxativamente en su artículo 25, los hechos punibles que requieren querrela de parte. Además de los casos señalados en el Código Penal y en el artículo 4o. de la ley 55 de 1984, para la iniciación del sumario será necesaria querrela o petición de parte en los siguientes casos: Violación y permanencia ilícita en lugar de trabajo (art. 287), violación de comunicaciones (art. 288), y sustracción de bien propio (art. 363).

4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CIVIL, LABORAL, ADMINISTRATIVO, ETC.

El proceso civil, como se sabe, fué en un principio el común a todas las controversias y del cual fueron derivándose posteriormente otros procedimientos, a medida que las relaciones jurídicas fueron especializándose y haciéndose cada vez más complejas. Por eso, en este capítulo, se tomará como tema principal de estudio la carga de la prueba dentro del proceso civil y aquellos que de éste se derivaron, haciendo oportunamente las diferencias que existan entre éstos y aquél.

4.1. ESTRUCTURA DEL PROCESO CIVIL

El proceso civil se caracteriza especialmente en que para iniciarse se hace menester la actuación de la persona interesada, mediante un acto de postulación que se conoce con el nombre de la demanda, que una vez admitida y notificada a la contraparte, da nacimiento a una relación jurídico-procesal. Es decir, en el procedimiento civil los procesos sólo pueden iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio (Código de Procedimiento Civil, artículo 2) y que en nuestra legislación son muy escasos, como sería el caso de la interdicción de un demandante furioso o que cause notable

incomodidad a los habitantes del lugar.

Además, sobre las partes recae principalmente el impulso de los procesos, especialmente en materia probatoria, donde les corresponde solicitar y aportar todas aquellas pruebas que tienden a demostrar los hechos sobre los que recaen sus pretensiones. Obsérvese que en estos procesos el juez puede decretar pruebas de oficio, pero esto es sólo una facultad, y no un deber funcional como el proceso penal, que puede limitar la actuación del juez por el temor de que se le acuse de parcialidad hacia alguna de las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en el procedimiento civil, se puede decir, siguiendo las explicaciones de Micheli¹⁰ que dicha carga está constituida descriptivamente así:

a) Poder de las partes de disponer del material de hecho (al menos de ordinario) sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar su propio convencimiento. Esto significa, que son las partes las que le indican al juez, por medio de la demanda, las excepciones y sus correspondientes contestaciones, el objeto de la litis y también propondrán medios de prueba para demostrar los hechos en los cuales se basan sus pretensiones.

¹⁰ MICHELI, Op. cit. p. 104

b) Deber del juez de juzgar "secundum allegata et probata" lo que limita al juez en cuanto a sus poderes instructorios y decisorios porque éste sólo podrá investigar sobre los hechos materia de la litis y su decisión deberá versar sobre esos mismos hechos. Es decir, al juez sólo le es permitido juzgar sobre los hechos que fueron propuestos por las partes oportunamente y que se encuentren probados al momento de la decisión. En este proceso no se permite, como ocurre en el proceso laboral, emitir fallos extra o ultra petita.

c) Necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o rechazamiento de la demanda.

Estos tres puntos son recogidos todos en un solo artículo por nuestro Código de Procedimiento Civil, el 305, que a continuación se transcribe:

Art. 305.- **Congruencia.** La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda.

Si lo pedido por el demandante, excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el que verse el proceso, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y alegado antes de la sentencia o que la

ley le permita considerarlo de oficio.

4.2. MOMENTOS EN QUE SE PUEDEN APORTAR Y PEDIR PRUEBAS EN MATERIA CIVIL

Los momentos durante los cuales se pueden pedir y aportar pruebas están en el proceso civil, sujeto a los términos judiciales que existen en todo proceso. En este procedimiento, se tienen las siguientes oportunidades para pedir y aportar pruebas:

1. En la demanda se pueden acompañar pruebas documentales o anticipadas (Código de Procedimiento Civil, artículo 77 núm.6).
2. En la misma demanda se pueden pedir pruebas (Código de Procedimiento Civil núm. 10).
3. Con los escritos de excepciones o con las contestaciones de la demanda se pueden acompañar pruebas documentales, así como con las que se promueven incidentes o se les de respuesta (Código de Procedimiento Civil, art. 183. inc. 2).

Todas las oportunidades anteriores se presentan en la primera instancia. En la segunda instancia pueden pedirse cuando se trate de apelación de sentencias, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso y que sólo se secretarán cuando se presente alguno de los casos taxativamente enunciados por el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil.

4.3. DEMANDAS Y CONTESTACIONES

La demanda es el instrumento que la ley otorga a quien pretenda lograr la aplicación del derecho a un caso concreto. Mediante este acto, las personas ponen en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado y ponen en conocimiento del funcionario los temas sobre los cuales debe fallar. En cuanto a la carga probatoria es de gran importancia, porque sólo por la demanda puede el actor solicitar las pruebas que pretenda hacer valer en juicio, y porque además deberá adjuntar, por cuestiones de conveniencias, todas aquellas que estén en su poder por anexos de la demanda. La demanda es la principal oportunidad que tiene el actor para pedir pruebas, pues si bien es cierto que en las inspecciones judiciales pueden solicitarse, la proposición queda limitada, ya que sólo pueden admitirse las que versen sobre el hecho materia de la inspección. Lo anterior se aplica también al demandado respecto de la contestación de la demanda.

En cuanto a la contestación de la demanda, ésta es evidentemente una carga procesal para el demandado, quien tiene la facultad de contestarla o de abstenerse de hacerlo. Pero si no la contesta, eso acarrea consecuencias jurídicas adversas que Jaime Azula Camacho especifica así:¹¹

"1. El no contestarla en debida forma, o simplemente guardar silencio durante el término de traslado, se

¹¹ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil
Edit. Decreto y Ley Ltda. Bogotá, 1979, p.99

considera como un indicio en su contra, que el funcionario debe tener en cuenta en el momento de dictar sentencia. Se entiende que la contestación no es en debida forma, cuando no contiene un pronunciamiento expreso sobre los hechos (dando las tres respuestas previstas) o sobre las pretensiones (allanamiento u oposición).

"2. En algunos procesos como acontece con la entrega de la cosa por el tradente al adquirente (arta.431), la rendición espontánea de cuentas (art.433) y el lanzamiento (art.434, núm.7), se consideran como un allanamiento tácito de la demanda, que determina la omisión del período probatorio y la consecuente sentencia favorable al demandante.

"3. Se pierde la oportunidad para proponer pruebas allegar los documentos que puedan hacerse valer para la efectividad del derecho del demandado.

"4. Se pierde la oportunidad de proponer las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa.

"5. Determinar que no puedan proponerse excepciones previas (impedimentos procesales), en razón de que ellas están condicionadas a la contestación de la demanda, a cuyo escrito deben acompañarse (art. 98)".

4.3.1. Contrademanda. La demanda de reconvenición o contrademanda es la que dirige el demandado contra el demandante y que trae como consecuencia que las dos partes asuman conjuntamente las calidades de demandante y demandado. Esta contrademanda sólo es admisible en dos clases de procesos: en el ordinario de mayor cuantía (art.401) y en los abreviados.

Como dijimos antes, la demanda de reconvención trae consigo el que las dos partes sean a la vez demandante y demandado. Por lo tanto, en lo que respecta a la carga probatoria, sus reglas se siguen por lo establecido para la demanda, excepciones, contestaciones, etc.

4.3.2. Excepciones. Así como el demandante acude al órgano jurisdiccional del poder público para que se le tutele su derecho, corresponde igualmente al demandado emplear los medios de defensa que la ley establece para contrarrestar o desvirtuar la pretensión.

El demandado puede obrar de dos maneras: bien atacando el fondo del derecho ejercitado mediante la alegación de hechos impositivos o extintivos que traten de enervar la acción del actor, es decir, excepcionando, o bien negando el incumbe probarlo, pues el demandado posee a su favor el principio actore non probante reus est absolvendus, o sea que la defensa presenta en forma de negativa absoluta.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que se da el nombre de defensa a la negación que el demandado hace del derecho alegado por el demandante, y de excepción al obstáculo temporal o perpetuo a la pretensión.

Las excepciones se califican en dos partes: las de fondo o mérito y las previas. Las primeras se refieren al derecho sustancial, la segunda a la forma o procedimiento; las unas conciernen a la pretensión misma (Las de fondo), las otras al modo como ésta se hace valer. Las de fondo, salvo las de prescripción, cosa juzgada, transacción y caducidad, se deciden en la sentencia; las previas, se tramitan mediante un incidente de especial y previo pronunciamiento.

En cuanto a la carga de la prueba, en el tema de las excepciones se sigue el principio antes enunciado de que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Es decir, que el demandado, para que prospere su excepción, deberá probar los hechos sobre los cuales se basa ésta.

En este tema se presenta una excepción al principio consignado anteriormente que dice que el juez civil debe juzgar secundum allegata et probata, cuando en el curso del proceso se acredite por el demandado un hecho constitutivo de una excepción de fondo, o que ese hecho aparezca demostrativo en cualquier forma legal, sin que aquél los haya propuesto como excepción al contestar la demanda. En tal caso, el juez debe declararla probada en la sentencia, salvo las prescripciones, compensación y nulidad relativa, por tratarse de excepciones que, por mandato expreso, deben alegarse.

4.4. INCIDENTES

Al lado de la cuestión principal, pueden presentarse durante el curso del proceso cuestiones accesorias o secundarias que se denominan incidentes y que generalmente requieren decisión previa y especial pero que también pueden decidirse en la sentencia.

¹² MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil, arte general, 9 ed. Edir. ABC, 1985, p.409

Según Morales Molina ¹² "los incidentes pueden versar: a) sobre cuestiones puramente procesales, como la acumulación de procesos, la nulidad procesal; b) sobre cuestiones relacionadas con el litigio como la regulación de intereses, la objeción a los perjuicios en el proceso ejecutivo; c) sobre cuestiones que inciden en la decisión de fondo y que se resuelven en la sentencia, como los referentes a pruebas".

En cuanto a la carga probatoria, los incidentes siguen el mismo procedimiento y tienen el mismo fundamento ya explicados para la demanda y su contestación. Es decir que la parte que los promueve deberá probar los hechos en los cuales se funda el incidente, pruebas que es posible estén consignadas en el proceso, y la contraparte en su contestación, pedirá o aducirá las pruebas que pretenda hacer valer.

4.5. CONFESION Y CARGA DE LA PRUEBA

Uno de los actos que pueden cumplir las partes dentro del proceso consiste en rendir su propia declaración. Cuando esta declaración contenga hechos que perjudiquen a la parte que los admite o favorecen a la parte contraria, se pueden configurar una confesión, si por lo demás concurren todos los demás requisitos exigidos por la ley.

El juez al valorar la confesión en lo civil debe tener la certeza de que no existe vicio o irregularidad que afecte su validez. Adquirida esta certeza, debe valorarla de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, es decir, debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones

concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que la desvirtúe.

En esto lo que se llama individualidad de la confesión, cuando el confesante agrega modalidades a su confesión, esta es indivisible debido a que no se pueden separar de la obligación confesada que los efectos que le son propios modifiquen apreciablemente. Por ejemplo (tomado de Cardozo Isaza): si debo la suma porque se me pregunta, pero debo pagarla dentro de seis meses y no ahora. Cuando las modificaciones, aclaraciones o explicaciones se refieren a circunstancias de modo, tiempo y lugar, concernientes al hecho confesado, y además son contemporáneas suyas, la confesión es claramente indivisible.

Sin embargo, existe un tipo de confesión, la compuesta, en la cual las salvedades del confesante consisten en hechos separados, distintos y que no guardan íntima relación con el confesado. La prueba de esto corresponde, entonces, al confesante. Así se toma este ejemplo también de Cardoso Isaza: "No pagué el precio porque a su vez el vendedor me debía igual cantidad". Aquí hay dos hechos distintos y separados: no pagué el precio (hecho confesado); el vendedor me debía igual cantidad (hecho agregado). La prueba del hecho agregado, se repite, corresponde al confesante.

Apréciese que en la confesión compuesta lo divisible no es ésta, sino la declaración de parte, pues los hechos nuevos distintos que no guardan íntima relación con el confesado, forman parte de la última y no de la primera.

Cuando existen pruebas que desvirtúen la confesión el juez deberá tener en cuenta el art.253 núm.1 del Código

de Procedimiento Penal que dicen que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas por la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

Cardozo Isaza dice que "entre las reglas de la sana crítica para la apreciación de la confesión, se incluyen los requisitos exigidos por la ley para su validez y, además, todas las reglas establecidas por la doctrina con base en el avance de los conocimientos técnicos y científicos. Y de manera más general todas las que resulten de un adecuado razonamiento lógico."¹³

Por lo tanto se puede afirmar que en lo civil, mercantil y administrativo, el valor de la confesión es el que otorgue el juez después de haberla examinado críticamente".

4.6. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO EJECUTIVO

Por medio del proceso ejecutivo se busca hacer efectivos coercitivamente aquellos derechos de las personas cuya existencia sea cierta e indiscutible.

En este proceso la única prueba de carácter sustancial que se exige al demandante es el título ejecutivo que

¹³ CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas judiciales, 4 ed. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1982, p. 409

contengan "las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en documento que provenga del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso-administrativo o de policía aprueban liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia (Código de Procedimiento Civil, art.488, inc.1).

4.6.1. Excepciones en el proceso ejecutivo. Las excepciones deben proponerse una vez notificado el mandamiento ejecutivo y deben expresar los hechos en que se funden y las pruebas que se pretendan hacer valer. Es decir, respecto de la carga probatoria, sigue imperando el principio antes explicado.

Las excepciones en un principio se basan en los hechos que pueda desconocer la existencia de la obligación o declararla extinguida si alguna vez existió y afectan el fondo mismo del asunto, es decir, constituyen excepciones de mérito. También podrán proponerse las excepciones previas de que tratan los numerales 1 a 5 del art. 97 del Código de Procedimiento Civil.

Según el inc.2 del art.509 "cuando el título ejecutivo consista en una sentencia de condena o en otra providencia que conlleva ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, o transacción, siempre que ellas se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos contemplados en los incisos 2 y 3 del art.154, de la pérdida de la cosa debida y las

previas de que tatan los numerales 1 a 5 del art.97".

Esta retricción se debe a que ninguna otra excepción cabría frente a un título de la naturaleza enunciaa, ya que su contenido debió ser motivo de defensa dentro del proceso en que se dicto la providencia que constituye el título, que además si es sentencia está amparada por la cosa juzgada y si es auto por la preclusión.

4.7. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

Algunos autores respecto de este proceso opinan que no es un verdadero proceso, sino que se trata de trámites administrativos adscritos a los jueces. Esto no es exacto, porque el juez en esta clase de procesos debe determinar si con base en el derecho objetivo puede proceder a emitir la providencia que se le solicita, realizando una labor idéntica a la que surte en el proces de jurisdicción contenciosa, desde el punto de vista de la prueba, análisis de ella, consideración de las normas jurídicas aplicables y toma de la decisión.

En estos procesos no existe demandado, en sentido estricto, lo que no quiere decir que puedan presentarse controversias cuando existan opositores a lo solicitado en la demanda, como si, por ejemplo, se presentarán opositores a la declaratoria de una interdicción.

En cuanto a la carga de la prueba, el demandante tiene el interés jurídico en demostrar los hechos sobre los cuales se basan sus peticiones y a aquellas personas que se opongan a lo solicitado en la demanda, corresponde la

carga de probar los hechos en los cuales se basan sus oposiciones.

En cuanto a la regla de juicio, el juez en esta clase de procesos debe decidir en todo los casos, incluso si no existe oposición puede desestimar las peticiones de la demanda si no se encuentran debidamente demostrado los fundamentos de ésta.

4.8. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

El proceso laboral colombiano se rige, en materia probatoria, por los principios que existen para el proceso civil. La única diferencia que podemos encontrar respecto de la carga de la prueba consiste en que en el proceso del trabajo, el juez al momento de fallar "podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando hayan sido discutido en el juicio y estén debidamente aprobados (fallo extra-petita), o condenar al pago de sumas mayores que las demandas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas (fallo ultra-petita) (art.50 C.P.L.)

4.9. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el proceso contencioso administrativo existen dos tipos de acciones: aquellas que miran al interés general y aquellas que buscan resguardar un derecho particular y

concreto. Para la primera existe la acción de nulidad y para los segundos las acciones de restablecimiento del derecho y de reparación directa y cumplimiento.

La acción de nulidad procede contra los actos de carácter definitivo, excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución que hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera.

Por la acción del restablecimiento del derecho toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo puede pedir además de la anulación del acto administrativo (esta acción lleva implícita la de nulidad) se le repare un daño o se le restablezca un derecho.

Por la acción de reparación directa o cumplimiento la persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad.

Gustavo Humberto Rodríguez, dice que "hay deber probatorio cuando el proceso que se ventila es de simple

 14. RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Curso de Derecho Probatorio (compendio), 4 ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, p.79

nulidad, porque entonces el particular demandante y el Estado demandado -representante o gestor del acto administrativo -tiene un interés que simplemente miran a la observancia de la legalidad en general, o lo que es lo mismo, un interés social, jurídico e institucional. Y habrá carga probatoria cuando en ese proceso se ha ejercido la acción plena jurisdicción, porque allí precomina para el actor un interés propio, en última instancia, aunque con base en un interés general, que se concretiza, la defensa de la legalidad".¹⁴

5. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Las reglas que sobre carga probatoria rigen en el proceso penal difieren de las establecidas para el derecho privado, por ser diversos los fines que se persiguen con la acción penal y los intereses protegidos en uno u otro proceso y por las facultades que la ley confiere a los intervinientes en los distintos procesos.

Para el estudio de este capítulo se analizará primeramente, aunque en forma concisa y breve, la estructura del proceso penal, para luego estudiar la actuación de cada una de las partes en este proceso en relación con la carga de la prueba.

5.1. ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

El proceso penal persigue como fin inmediato la defensa social de una comunidad y la prevención y represión de la delincuencia; y también busca un fin general mediato que es la aplicación de la norma penal a un caso concreto, es decir, el juzgamiento de una determinada conducta.

El objeto del proceso penal se puede clasificar en dos: uno principal y otro accesorio. El primero, Eugenio Florián lo define así: "El objeto principal del proceso

penal es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se le atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada por éste último la ley penal"¹⁵. De acuerdo con esto se tiene que el fin principal del proceso penal es la aplicación de una norma penal siempre que exista contra un individuo la imputación directa de un delito.

El objeto accesorio hace referencia a la relación jurídica que surge entre la persona a quien se imputa la comisión de un hecho delictuoso y la persona directa o indirectamente perjudicada por este hecho. La legislación penal permite que la acción civil pueda ejercerse dentro del proceso penal con el objeto de lograr el resarcimiento del daño o perjuicio ocasionado a una persona determinada. Por tal motivo el nuevo estatuto de procedimiento penal ha establecido la oportunidad cuestionada y el hecho de poder dirigir la acción contra el directo responsable o quienes legalmente estén obligados a reparar el daño (art.37 y 38).

Se dice que esta relación jurídica es accesoria porque su nacimiento depende de la existencia de la acción penal y es de tipo patrimonial porque se encamina a establecer en forma concreta los daños y perjuicios ocasionados y el monto de la indemnización correspondiente.

¹⁵ MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano
3 ed. Bogotá, Temis, 1984, p.5

El procedimiento penal colombiano en su trámite acoge un sistema mixto que se manifiesta inclinado hacia el sistema inquisitivo en la etapa de investigación e instrucción, y hacia el sistema acusatorio en la etapa de la causa o juzgamiento. En la instrucción que es secreta, la escritura es el medio de expresión obligatorio. Durante la causa no hay reserva y en su principal diligencia, la audiencia pública, el sistema de expresión es oral.

5.2. LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

En materia penal, en lo que se refiere al objeto principal del proceso, la carga recae única y exclusivamente sobre el Estado. Esto se deduce de lo preceptuado por los artículos 18, 246, 247, 248 y 358, del Código de Procedimiento Penal que en definitiva establecen a quien corresponde la acción penal y la manera como ésta debe ejercerse. Así, por ejemplo, el art. 18 establece que la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la rama jurisdiccional del poder público.

En el proceso penal no puede hablarse de parte de los mismos términos en que lo hace el proceso civil, porque aquí el interés que existe es un interés público y no hay intereses privados disponibles y desistibles, excepto los que corresponden a la parte civil que como dice es contingente y accesorio.

Se dice que la carga de la prueba recae única y exclusivamente sobre el Estado, porque sólo los

funcionarios públicos están en la obligación de buscar lo que los procesalistas italianos llamaron la verdad verdadera. Sólo al juez de instrucción y al funcionario competente y al agente del ministerio público corresponde tratar de establecer la verdad sobre los hechos que constituyen la infracción y que el procesado es responsable de ella, pues si bien es cierto que el apoderado de la parte civil puede pedir pruebas, éstas sólo deben encaminarse a buscar la indemnización de perjuicios. En lo que se refiere al procesado se encuentra amparado por dos principios básicos y fundamentales como son el in dubio pro reo y el de la presunción de inocencia.

Estos dos principios más que pertenecer al derecho penal nacen de principios fundamentales inherentes a todos los hombres. Para lograr sentencia condenatoria en materia penal debe producirse las pruebas suficientes para desvirtuar estos dos principios que favorecen al proceso, de lo contrario necesariamente debe llegarse a la absolución. Son tan fundamentales estos dos principios que se encuentran consagrados en la mayoría de las declaraciones sobre derechos humanos y sociales. El actual Código de Procedimiento Penal Colombiano consagra expresamente el principio in dubio pro reo (art.248), lo mismo que la presunción de inocencia (art.3o.). El artículo 11 de la declaración Universal de Derechos humanos consagra de igual manera la presunción de inocencia. Para mayor comprensión analizamos en detalle estos dos principios.

5.2.1. El principio in dubio pro reo. El in dubio pro reo, ordena que toda duda se resuelva en favor del procesado. De acuerdo con este principio, la no

existencia de los hechos imputados y su no demostración o de la no participación punible en ellos, o la no comisión de los hechos por el procesado, o el haber actuado éste conforme a causal de justificación o de inculpabilidad, o el haberse acreditado los hechos o la participación en éstos de manera incierta o deficiente, tienen que dar lugar a la absolución. La absolución en este último caso como dice Fenech, citado por Quintero Ospina "no resulta de un precepto jurídico, sino como un precepto lógico, metaprocesal, que ha de ponerse en juego con el principio de política procesal penal in dubio pro reo; por este principio ha de llegarse a la absolución del imputado cuando la prueba proporcionada por los acusadores y aún la producida por el mismo tribunal no sea suficiente para lograr el convencimiento de éste sobre la verdad de los hechos constitutivos del fundamento fáctico de la pretensión, que ha de constituir, a su vez, el fundamento fáctico de la decisión que acuerda su actuación o denegación.¹⁶

También se debe establecer, como lo hace Quintero Ospina¹⁷ que la duda puede referirse a las modalidades del hecho delictuoso (fraude en cheques, o estafa o falseado), de la culpabilidad (delito doloso, culposo, preterintencional), modalidades que deberán examinarse y acogerse a la luz de

¹⁶QUINTERO OSPINA, Tiberio. Práctica forense penal, T.III, Pruebas, 2 ed. Bogotá. Librería Jurídica Wilches, 1982, p.53

¹⁷Ibid., p.54

las probanzas más convincentes, y sólo en caso de subsistencia de la duda razonable, optar por la más favorable al reo.

Este principio es tan fundamental que no sólo debe aplicarse al momento de dictar sentencia, sino en cualquier momento procesal en que deba decidirse sobre la situación jurídica de un procesado. Sobre lo anterior es importante conocer la opinión de Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre contenida en la revista "Temas de Derecho Procesal Penal" de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, p.183 que se transcribe a continuación:

"Ordinariamente se afirma que el denominado in dubio pro reo -art.216 Código de Procedimiento Penal (anterior)- solo tiene relevancia en la sentencia definitiva, porque ya no existe posibilidad de despejar cualquier duda sobre la existencia del hecho o la responsabilidad. Sin embargo, no puede desconocerse, que el sobreseimiento temporal tiene razón de ser ante manifiestas dudas probatorias, bien sea con relación a la tipicidad o a los demás elementos que integran el concepto de responsabilidad.

"La pluralidad de indicios graves, o el testimonio digno de credibilidad, deben comprometer la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta. Si al momento de calificar el mérito del sumario, no aparecen los elementos de juicio suficientes para considerar que la conducta es antijurídica, v.gr. porque existe la posibilidad de que el inculcado actuó en legítima defensa, estado de necesidad, etc., o no existe el suficiente respaldo probatorio para imputar el hecho a título de dolo, culpa, preterintención, porque puede concurrir causal excluyente

de culpabilidad, no se puede proferir auto de llamamiento a juicio".

5.2.2. La presunción de inocencia. Por medio de la presunción de inocencia, el imputado de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no exista una sentencia condenatoria que establezca que es responsable de la infracción que se le imputa. Este principio surge de la regla de experiencia que enseña que la mayoría de los hombres son inocentes y no infringen la ley penal.

De acuerdo con lo anterior, la presunción de inocencia dura hasta tanto no exista sentencia ejecutoriada donde se establezca que el procesado es responsable por infracción a la ley penal. Ningún acto del proceso puede modificar este estado de inocencia en que se encuentra el procesado, ni siquiera los autos de detención y de llamamiento a juicio.

El principio de presunción de inocencia ha sido duramente combatido por quienes sostienen que mientras exista un proceso, no hay culpables inocentes, sino sólo un indiciado. Solo en el momento de ejecutoria de la sentencia se sabrá si el indiciado es culpable. Si a una persona se le recibe indagatoria -continúan diciendo- no es porque se le está dando crédito a una acusación o auto-acusación (confesión); si a alguien se le dicta auto de detención y se le priva de libertad, es porque aparece contra él una prueba mínima de que es culpable de un hecho delictuoso. Igualmente, todo procesado en cuyo favor se dicta auto de cesación de procedimiento (Art.34 Código de Procedimiento Penal), no necesariamente es porque no cometió el hecho y si a una persona se le

absuelve en virtud del in dubio pro reo no es porque no sea culpable, sino porque existe duda de su culpabilidad (Quintero Ospina, Manzini, Peláez Vargas y otros).

Es necesario dejar establecido que a pesar de que el procesado está amparado por la presunción de inocencia y por el in dubio pro reo, corresponde a los funcionarios que ejercen la acción penal la búsqueda de las pruebas que disvirtúen o confirmen estos principios. Así lo impone el art.352 del Código de Procedimiento Penal que dice el juez debe investigar con igual celo tanto los hechos que favorezcan al procesado como aquéllos que lo desfavorezcan.

5.3. LA ACTUACION DE LOS OTROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL, EN RELACION CON LA CARGA PROBATORIA

La actuación de las partes dentro del proceso penal variará de acuerdo con la posición de esa parte dentro del proceso penal, y con los fines que persigue. Se verá por separado cada uno de los intervinientes, teniendo en cuenta que en la primera parte se analiza la posición del funcionario de instrucción, del juez competente, del Ministerio Público y la del procesado.

5.3.1. Denunciante y querellente. En el procedimiento penal el denunciante y el querellente no tienen la calidad de actor que sí tiene el demandante. Su actividad concluye con la formulación de la correspondiente denuncia o querrela para iniciar la investigación (art.26 C.P.P.). Solamente se le permite otra intervención cuando el juez después de recibir la denuncia dicta la providencia a que

se refiere el art.352 del Código de Procedimiento Penal (auto inhibitorio) en cuyo caso tiene la facultad de interponer los recursos ordinarios.

En relación con el tema tratado, no corresponde al denunciante ni al querellante carga probatoria alguna, ya que la ley solo exige a todo habitante del territorio colombiano mayor de diez y seis años denunciar a la autoridad los hechos punibles de que tenga conocimiento y cuya investigación deba iniciarse de oficio. (Art.19, inc.1o, de Procedimiento Penal).

Hoy día, el conocimiento de los delitos cuya investigación requiera quejela de parte, corresponden exclusivamente a los Jueces Penales Municipales de acuerdo con el Núm.2. art.72 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

5.3.2. Parte civil. La actuación de la parte civil en el proceso penal sólo tiene por objeto el resarcimiento del daño ocasionado por el delito a la persona natural o jurídica o a sus herederos. Por esto, se dice que la actuación de la parte civil dentro del proceso penal es contingente, pues puede haber delitos en que no haya un perjudicado directo o inmediato con la infracción o bien que la parte afectada no actúe en el proceso penal o que busque resarcimiento por la vía civil.

La acción civil dentro del proceso penal podrá seguirse contra los directamente implicados, contra los penalmente responsables en forma solidaria y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar. De esta forma se vinculan al proceso personas que no tienen una relación directa con la infracción pero que si la tienen con su autor, ya con fundamentos legales o extralegales, que

deben responder por los actos realizados por igual.

A los terceros civilmente responsables se les puede iniciar una acción civil, conjuntamente a la que se adelanta dentro del proceso penal contra el directo responsable. Puede ocurrir también que el perjudicado se constituya parte civil dentro del proceso penal y coetáneamente busque el resarcimiento de los perjuicios contra los terceros civilmente responsables para procurar que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho (Art.16 C.P.P.).

Por ser la acción civil que se adelanta dentro del proceso penal privado, patrimonial, contingente y voluntaria, como antes se anota, ésta puede existir o no; además por su carácter patrimonial y voluntaria es desistible y negociable.

En cuanto a la actuación de la parte civil dentro del proceso penal, en lo que se refiere a la carga probatoria, se puede decir que se siguen las mismas reglas que se aplican a las partes en el proceso privado, es decir que si se quiere obtener un resultado favorable debe pedir y aportar las pruebas que conduzcan a ese resultado, teniendo siempre en cuenta que la actuación de la parte civil debe dirigirse única y exclusivamente a la indemnización de perjuicios ocasionados con la infracción a la ley penal.

A pesar de ser la actuación de la parte civil contingente corresponde al juez la obligación, no facultad como ocurre en el proceso civil de decretar oficiosamente las diligencias necesarias para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado con la infracción (art.47 C.P.P.).

Si al momento de dictar sentencia condenatoria no se encuentra demostrada la cuantía de los perjuicios, ésta se hará en forma genérica y se señalarán las bases de la liquidación si ello fuere posible. Tal liquidación se hará ante el mismo juez que dictó la sentencia de acuerdo con el art. 308 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, el quantum de los perjuicios corresponde probarlo a la parte favorecida de la condena. En este caso aunque la acción se adelante ante un juez penal, las reglas que se aplican en lo referente a la carga probatoria son las que se rigen para el procedimiento civil. (Art. 12 C.P.P.).

5.4. CONFESION EN MATERIA PENAL Y CARGA DE LA PRUEBA

En materia penal la confesión hecha por el sindicado se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito. Además, en materia penal, la confesión, sea simple o calificada es indivisible y si se presenta esta última deberá aceptarse con las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad.

La confesión en materia penal no exime al funcionario de seguir practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho. Así lo establece el art. 299 del Código de Procedimiento Penal.

6. LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS SOBRE CARGA PROBATORIA

Las reglas sobre carga probatoria hasta el momento estudiadas no se aplican estrictamente cuando el tema de la prueba se encuentra protegido por una presunción, o cuando el hecho es indefinido o notorio, además estas reglas hay que completarlas cuando además de dar la prueba del hecho hay necesidad de probar la existencia del derecho, como cuando está consagrado por una ley extranjera, por el uso de la costumbre o por una norma de alcance no nacional.

Cardoso Isaza¹⁸ que los primeros conforman excepciones por defecto, pues cuando se presentan la parte queda relevada en todo o en parte de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ella perseguido. En cambio en la prueba del derecho se configurarían excepciones por exceso, pues no solo debe probarse el supuesto de hecho sino también la norma que consagra el efecto jurídico perseguido. Se estudiarán seguidamente las excepciones que Cardoso llama por defecto, pues las otras, o sea la prueba del derecho, se cree, más que excepciones a la carga probatoria, son una ampliación del tema de la prueba.

¹⁸CARDOSO ISAZA, Op. cit. p.69

6.1. LAS PRESUNCIONES

El artículo 66 del Código Civil establece lo siguiente:
"Se dice presumirse un hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por ley, la presunción se llama legal.

"Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

"Si una cosa según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

Igualmente el art.232 del Código de Procedimiento Penal dice que "hay presunción legal cuando la ley manda que un hecho se tenga como prueba plena de otro.

De acuerdo con estas dos disposiciones se deducirá la noción de presunción y división.

Etimológicamente, presumir es "opinar"
"tomar antes". Por eso se le identifica con
la creencia- dice Gustavo Humberto
Rodríguez- en ella intervienen como

elementos de hecho y una relación entre ellos. Se presume un hecho que se considera causa o efecto de otro. Hay, pues, un hecho conocido y otro presumido, vinculados por una relación de causalidad. De los hechos particulares conocidos, da la constancia de su repetición, de sus propiedades comunes, a la ley, que da por presumido (conocido) lo que es desconocido. (19).

En la legislación colombiana se consagran dos tipos de presunciones: Las legales o relativas y las absolutas o de derecho. En las primeras el hecho presumido admite prueba en contrario, mientras que en las últimas, la ley da por conocido el hecho por probar sin que la persona a quien perjudica tenga facultad de presentar prueba en contrario. En materia penal no existen las presunciones de derecho.

Mucho se ha discutido sobre los efectos procesales de las presunciones, principalmente en lo que hace referencia a la carga probatoria. Unos creen que trasladan o invierten la carga de la prueba; otros sustituyen a la prueba; algunos opinan que las presunciones liberan, dispensan, eximen o alivian de la carga probatoria a la parte favorecida por ella o de que hacen superflua la prueba y otros dicen que simplifican el supuesto de hecho de la norma sustancial, porque eliminan de éste el hecho presumido.

Los autores de este trabajo creen que las presunciones si traen como consecuencia la inversión o traslado de la carga probatoria, pues a la parte contraria de la amparada por la presunción le corresponde destruir ésta, atacando la existencia del hecho que se presume o el supuesto en que se funda la presunción, si se trata de presunciones legales; o, desvirtuando solamente el supuesto cuando se trata de presunciones de derecho en las cuales el hecho

presumido no admite prueba en contrario.

Si se tom6 como ejemplo la presunci6n legal consagrada en el art.762 del C6digo Civil, seg6n el cual el poseedor es reputado due1o mientras otra persona no justifique serlo, se tiene que la parte contra quien se aduzca deber6 probar que es due1o, o bien desvirtuar el hecho de la posici6n. Con la prueba de que 6l es due1o se busca desvirtuar el hecho presumido, y con la que desvirt6e la posesi6n se desvirt6a, igualmente el supuesto de hecho de la norma que lo consagra (en este caso el art. del C6digo Civil colombiano).

De igual manera, se toma la presunci6n consagrada en el art6culo 92 del C6digo Civil seg6n la cual la concepci6n precede al nacimiento no menos que 180 d6as y no m6s que 300, contados hac6a atr6s, que des6e en la media noche en que principia el nacimiento. Aqu6 no puede atacarse la concepci6n (que es el hecho presumido) porque no admite prueba en contrario, por ser una presunci6n de derecho, pero en cambio si puede atacarse el supuesto de hecho en que se funda el hecho presumido, que en este caso es el nacimiento. As6 la parte contra quien se adujo la presunci6n deber6 demostrar que el nacimiento se produjo en fecha distinta a la aducida.

De todo lo anterior se colige que quien se encuentre protegido por una presunci6n s6lo tiene que probar el supuesto de hecho en que dicha presunci6n se funda. Y quien pretenda desvirtuarla deber6 contraprobar respecto de ese supuesto hecho, si la presunci6n es de derecho y/o adem6s del hecho presumido si se trata de una presunci6n legal.

6.2. HECHOS NOTORIOS

El inciso 2 del ya mencionado art.177 del Código de Procedimiento Civil exige de prueba a los hechos notorios y a las negaciones y afirmaciones indefinidas. Inicialmente se estudiarán los hechos notorios.

Couture, citado por Gustavo Humberto Rodríguez los define así: "son aquellas que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión".²⁰

El mismo profesor Rodríguez establece los siguientes requisitos para que un hecho sea considerado como notorio: "a) No exige generalidad, esto es, que el hecho sea conocido por todos, aunque si por un número importante de personas; b) No existe conocimiento absoluto: puede o basta ser conocido en sus lineamientos generales, sin que se conozcan los detalles; c) No requiere conocimiento real o personal, esto es, que el hecho haya sido conocido por percepción directa, sino que basta la información; u d) Se requiere que exista en el momento de la decisión del juez".²¹

Son ejemplos evicentes de hechos notorios los siguientes: Las tragedias ocurridas en Armero y dentro del Palacio de Justicia en Bogotá, que Barranquilla es la capital del Atlántico, etc.

²⁰ Ibid., p.56

Se considera en materia civil los hechos notorios deben ser alegados en la demanda, para que el juez lo tenga en cuenta al momento de fallar. Esto de acuerdo con el principio de que el juez debe decidir según lo alegado en la demanda y lo probado, principio de que se habló al estudiar la estructura del proceso civil; además, debe tenerse en cuenta que en este proceso no se permite, como si se hace en materia laboral, que el juez dicte fallos extra y ultra petita, sino que su decisión debe versar como ya se dijo, en los hechos alegados y debidamente probados.

Además, todos los hechos presentados en la demanda deben ser susceptibles de contradicción y por lo tanto para que el demandado lo conozca y pueda contradecirlos se hace menester que el demandante los alegue y aduzca o pida las pruebas sobre las cuales se fundamentan.

Se considera que la calificación de notorio de un hecho se hace con carácter subjetivo por parte del juez, porque puede haber hechos que la parte considere como notorios, pero el juez no los considere así, de la misma forma puede haber hechos notorios en concepto de un funcionario judicial que su superior y jerárquico no considere como tal, y viceversa. Para evitar criterios discordantes es necesario tener en cuenta las características que determinan a los hechos notorios y que lo distinguen de otros hechos.

21 *ibid.*, pp. 56-57

Se cree, al igual que Cardozo Isaza que el hecho no requiere prueba, no por ser notorio, sino por ser cierto, lo que diferencia de la fama y el rumor públicos que son conceptos vagos e imprecisos y que deben ser probados cuando se aleguen en un proceso determinado.

También hay que distinguir los hechos notorios de la notoriada como fuente de derecho, que si debe ser probada y de un modo contundente. "irrefragable". Así quien alegue la posesión notoria de un estado civil determinado, deberá probarla con un conjunto de testimonios que la establezcan de manera irrefragable.

La circunstancia de ser conocido un hecho por el juez, no lo hace necesariamente notorio, éste lo será si además de conocerlo el juez lo conoce un número importante de personas en un lugar y una comunidad determinada y si además, cumple con los otros requisitos antes mencionados.

6.3. HECHOS INDEFINIDOS

La segunda excepción que consagra el art.177 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las afirmaciones y negaciones indefinidas.

Las negaciones pueden ser de dos clases: aquéllas que se pueden probar por hechos positivos contrarios y las que no se pueden probar aportando tales hechos. A las primeras se les llama negaciones aparentes o de forma y las segundas son las verdaderas negaciones indefinidas.

Las negociaciones aparentes se pueden referir a los hechos o al derecho. Así, en materia penal, en la coartada o

alibi si niego que me encontraba en el lugar en que ocurrió la infracción a la ley penal, debo probar que me encontraba en otro lugar distinto a donde se cometió el hecho. Si niego que una persona tiene la propiedad sobre un bien, debo demostrar que esa persona nunca tuvo ese derecho y si lo tuvo, se extinguió. En el primer ejemplo la negación se refiere a cuestiones de hecho y en la segunda una que se refiere a cuestiones de derecho.

Las negaciones indefinidas se refieren siempre a cuestiones de hecho. Por ejemplo, si se afirma que una persona ha incumplido ciertas obligaciones de un contrato corresponde a la otra parte demostrar que cumplió, o probar que el incumplimiento se debió a una causa extraña.

Las afirmaciones pueden ser, igualmente definidas o indefinidas. Así se alega que cierta joya es de oro debe probarse. Pero se afirmó que un terreno nunca ha sido cultivado ni construido se está en presencia de una afirmación indefinida y corresponderá a la contraparte probar que alguna vez hubo construcción o cultivo dentro del terreno.

Las afirmaciones y las negaciones indefinidas al igual que las presunciones, hacen que la carga probatoria se invierta o se desplace de quien las afirma hacia quien pretenda destruirlas. Por lo tanto, aquí no existe ni excención, ni sustituto de prueba, sino simplemente una inversión en la carga de la prueba.

En las afirmaciones y negaciones indefinidas resulta imposible probar lo que se alega. Sin embargo, no debe confundirse la imposibilidad de probar, con la dificultad de hacerlo, pues ni aún ésta puede eximir a la parte de la prueba. Claro está que ante la dificultad de probar, el juez debe proceder con mayor severidad.

7. CONCLUSIONES

Es el tema de la carga probatoria inudablemente de gran importancia. Su estudio detallado lleva a un conocimiento de cada uno de los procesos, sobre todo en lo que hace referencia a las actuaciones de las personas que intervienen y del funcionario encargado de administrar justicia.

Son muchas y muy variadas las conclusiones que sobre el tema se pueden encontrar, pero se extractarán las más importantes. Entre éstas las siguientes:

1. La importancia principal del tema sobre carga probatoria reside en que da al juez las pautas para proferir su decisión y a las partes señala cuáles hechos deben ser objeto de prueba.
2. Las reglas sobre carga probatoria no han sido uniformes durante todos los tiempos, sino que han variado de acuerdo con la situación jurídico-social imperante en un territorio y en una época determinados.
3. Las reglas probatorias que rigen en nuestro derecho privado, son de inspiración romanista y fueron tomadas del Código de Napoleón; las que rigen en el derecho penal son inspiradas en los principios de la revolución francesa si siguen en las mismas orientaciones de las declaraciones de

los derechos humanos.

4. La carga probatoria varía de un proceso a otro, de acuerdo con los fines que éste persigue, a su procedimiento, ubicación en una rama del derecho y a la actividad y a las facultades que poseen las partes que en él intervienen.

El enfoque de la carga probatoria en los distintos procesos, también varía de acuerdo a la concepción que los funcionarios judiciales tengan de ella, sin dejar de lado los lineamientos impuestos por los estatutos procesales que gobiernan el respectivo proceso. Las entrevistas que lograron realizarse constituyen un ejemplo claro de la importancia que tiene la carga probatoria sobre los diversos procedimientos, de lo cual se puede concluir:

1. Que la mayoría de los funcionarios entrevistados, en lo que concierne el proceso civil, acatan la regla sobre la carga de la prueba, imponiendo su criterio sobre los puntos no cobijados por el legislador, pero sin salirse nunca de los límites expuestos con él. En lo que respecta al régimen penal, los funcionarios no vacilaron en manifestar, que la carga probatoria corresponde al Estado, y que como tal, el principio in dubio pro reo inspira las opiniones que se puedan esgrimir en detrimento de una persona antes de someterla a las disposiciones de una sentencia que verifique su culpabilidad sobre el hecho que se le imputa.

En el procedimiento laboral el sistema de la carga de la prueba opera lo mismo que en civil.

2. Se estima que el sistema de la sana crítica en la valoración de los medios probatorios prevalecen en todos

los procedimientos, sin que por ello dejen de tener operancia ciertas reglas sobre tarifa legal, que emergen como rezago de los antiguos sistemas procesales que rigieron en Colombia.

3. Algunos doctrinantes opinan, como se manifestó en el desarrollo de la investigación, que en el proceso penal existe un serio problema en la distribución de la carga de la prueba. Según criterios de los funcionarios judiciales entrevistados al respecto, este problema no existe sino en el campo civil, porque en el penal el juez goza de facultades casi ilimitadas para buscar la verdad de los hechos denunciados, sin necesidad de depender de las partes actuantes.

El estudio de la carga de la prueba exige necesariamente un análisis de toda la teoría sobre las pruebas judiciales y también un conocimiento de la teoría del proceso.

BIBLIOGRAFIA

- AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Bogotá. Derecho y Ley, 1979.
- CARDOZO ISAZA, Jorge. Pruebas judiciales. 4 ed. Bogotá Librería del Profesional, 1982.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. 9 ed. Bogotá. Temis, 1983.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal: t.II, pruebas judiciales. 2 ed. Bogotá. ABC, 1972.
- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal colombiano : t.II, parte especial. 8 ed. Bogotá. Temis, 1980.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. 3 ed. Bogotá. Temis, 1984.
- MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba, Buenos Aires. Mundo Editores, 1982.
- MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil parte general. 9 ed. Bogotá. ABC, 1985.
- . Curso de derecho procesal civil, parte especial. 8 ed. Bogotá. ABC, 1983.
- QUINTERO OSPINA, Tiberio. Práctica forense penal : t.III pruebas. 2 ed. Bogotá. Librería Jurídica Wilches, 1982.
- RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Curso de derecho probatorio (compendio). 4 ed. Bogotá. Librería Profesional, 1983.

ANEXOS

ENTREVISTA

1. Qué opinión merece para usted el sistema de la carga de la prueba en el proceso judicial que maneja?
2. Qué crítica merece?
3. Estima conveniente valorar la prueba de acuerdo con el sistema de la sana crítica? ¿Por qué?
4. No cree usted que aquí en Colombia se emplea un sistema mixto en la valoración de la prueba, al imponer excepciones para una o ambas partes en un proceso y al escoger el sistema de la sana crítica?
5. Usted no cree que el problema de la carga probatoria se evitaría si se aumentaran las facultades officiosas a los jueces dentro del proceso? explique por qué?

El anterior cuestionario de preguntas fué presentado ante un número determinado de funcionarios judiciales, los cuales tenían la alternativa de contestarlo o no. De diez entrevistas que pretendíamos realizar, sólo siete fueron posible, debido al recargo de trabajo que por esta temporada tienen la mayoría de tales funcionarios. Varios de los jueces que nos colaboraron en estas entrevistas, dieron respuesta a todo el cuestionario, otros prefirieron contestar las preguntas que estaban más relacionadas con

el tema de la Carga de la Prueba, y las desarrollaron en la siguiente forma:

ENTREVISTADO: Dr. CARLOS HENRIQUEZ CASTILLO
MAGISTRADO SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE BARRANQUILLA. MAYO 22/90

1. En el campo penal, aunque expresamente no se encuentra plasmado en el articulado de la ley adjetiva, existe una presunción en que la carga de la prueba incumbe o pertenece al acusador y esto es justo y correcto, ya que a favor de todo procesado existe la llamada presunción de inocencia, es decir, que el procesado en todo el trayecto de una investigación se le considera inocente, hasta el momento que en su contra se profiera una sentencia condenatoria y ésta esté ejecutoriada. Esto sirve de garantía al denunciado y armoniza con la lógica y el principio general *Actore Incumbit Probatio*; toda duda en la prueba se considera no probada y ella va a favor del reo.

2. **Crítica:** Considero que en materia civil puede aplicarse esa presunción, pero en materia penal en un sentido, ya la cuestión penal es una acción pública, debe ser el Estado quien busque esas pruebas para dar con la verdad, y no atenerse a la parte denunciante. Claro que debería ser así, que quien denuncia sea el sujeto que aporta las pruebas.

3. Considero conveniente que las pruebas se valoren por el funcionario de conformidad con el sistema de la sana crítica; en primer término porque a ese sistema induce el procedimiento y en segundo lugar porque en el medio en que actúa, se aportan como pruebas documentales, testimoniales, que son falsas y es el funcionario a quien interesándole encontrar la verdad, debe valorar las mismas.

4. En materia civil, creo que si. En materia penal por mandato de la ley, las pruebas las valora el funcionario.

5. Si es necesario que al juez civil se le revista de más facultades pues lo que interesa es llegar a la verdad y en materia civil, se ven limitadas las facultades del juez, precisamente porque la carga de la prueba corre por cuenta del demandante o denunciante. Los negocios se tramitarían más rápido y no quedarían muchos procesos ignorados, cuando las partes no ponen de su parte por sacarlos a flote.

En materia penal el funcionario si tiene facultades, del juez, precisamente porque la carga de la prueba corre por cuenta del demandante o denunciante. Los negocios se tramitarían más rápido y no quedarían muchos procesos ignorados, cuando las partes no ponen de su parte por sacarlos a flote.

En materia penal el funcionario si tiene facultades, casi limitadas, para practicar pruebas, ya que debe actuar officiosamente y buscar la verdad de los hechos denunciados, sin que tenga que depender de las partes actuantes.

ENTREVISTADO: Dr. SONIA MARIA SANCHEZ PEREZ
JUEZ SEGUNDO SUPERIOR DE BARRANQUILLA
MARZO 14/90

1. La carga de la prueba se encuentra en manos del Estado, en lo que concierne al procedimiento penal, por cuanto se basa en el principio del in dubio pro reo, en donde toda persona se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario, de tal manera que la prueba de la culpabilidad del procesado debe recaudarla el Estado.

2. Es el sistema que se aplica acá. Por cuanto las pruebas deben ser valoradas por el juez teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron percibidas, verbi gracia, cuando de testimonio se trata. Lo que permite al juez determinar si este merece o no credibilidad. En algunos casos, por ejemplo, en lo relacionado con la inspección judicial, el juez da fé de lo que ha percibido de una manera directa, de lo que él ha visto, lo que constituía una tarifa legal de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal derogado. En el nuevo Código no se consagró este aspecto al desaparecer el concepto de la plena prueba, dejando que todos los medios probatorios sean apreciados libremente por el juez.

3. Yo considero que en el proceso judicial que me corresponde dirigir si existe un sistema mixto pero con predominio de la sana crítica en la valoración de las pruebas.

4. Como se ha anotado en principio, la carga probatoria en el proceso penal, corresponde al Estado, por consiguiente es él el obligado a recaudarla.

ENTREVISTADO: Dra. GREIS MARIA VILLAMIL MARTINEZ
JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE
BARRANQUILLA. ABRIL 10/90

1. En materia penal la carga de la prueba corresponde al Estado, representado en los funcionarios de la rama jurisdiccional, los cuales no pueden condenar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 247 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, sin que obren en el proceso, legalmente producidas, pruebas que conduzcan a la certeza de hecho punible y de la responsabilidad del procesado. Es decir, es a los jueces a quienes corresponde probar que determinada persona es responsable penalmente, investigado tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado. En mi opinión, así debe ser, por cuanto es al Estado a quien le corresponde proteger a la sociedad de los ilícitos que cometen sus asociados en detrimento de los bienes que ese ente jurídico tutela, porque son intereses sociales los que garantizan, como serían: la seguridad pública, la vida, la honra, los bienes patrimoniales, etc.

2. La crítica única que merece el sistema de la carga de la prueba en materia penal, es que el Estado no pone a disposición de los funcionarios judiciales los mecanismos necesarios para cumplir a cabalidad con la investigación oficiosa que demanda la averiguación de los hechos punibles.

3. Si porque es la que permite al juez valorar la prueba, teniendo en cuenta las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que haya sido realizado el hecho y los que hayan rendido la declaración. La sana crítica constituye la regla de oro de la prueba; lo que

ordinariamente ocurre, la experiencia, son instrumentos que nos van a servir para valorar la prueba en un determinado negocio. Claro que esto sería ideal si operara el principio de la inmediación de la prueba, en todas las escuelas de funcionarios judiciales.

5. En materia penal uno de los principios (Art.7 Nuevo C.P.P.), es el de la oficiosidad, o sea que el juez de oficio debe impulsar e investigar los hechos de manera ilimitada, porque la carga de la prueba corresponde al Estado estableciendo casos excepcionales como sería la de los delitos que requieren querrela de parte agraviada.

ENTREVISTADO: Dra. EVELIN DEL CARMEN TEJADA MAURY
JUEZ OCTAVO PENAL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA
(ENCARGADA) MAYO 22/90

1. Creo que es muy conveniente para las partes y para nosotros, debido a que gozamos de las suficientes facultades oficiosas para poder despejar las dudas que se presentan dentro de un proceso. La carga de la prueba corresponde a la parte que alega los hechos, pero en penal, si una de las partes alega un hecho y no aporta las pruebas necesarias para lograr nuestro convencimiento, nosotros debemos buscar la forma de evacuar y practicar las pruebas que se necesiten con el objeto de dictar un fallo previsto de equidad.

2. **Crítica:** En lo que respecta al procedimiento abreviado consagrado en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, nos conceden poco tiempo para reunir todas las pruebas, sin tener en cuenta la cantidad de procesos que a diario recibimos, el escaso número de jueces penales municipales que existen en Barranquilla con respecto a la población y con relación a otras ciudades, sin mencionar que la mayoría de los delitos comunes corresponden a los jueces penales municipales. Los 30 días que tenemos para evacuar las diligencias que debemos practicar, muchas veces no permiten reunir todas las pruebas, como por ejemplo, en los casos de la policía judicial, mientras la oficina de personal localiza a cada uno de ellos el tiempo pasa y muchas veces se llegan a presentar pasada la audiencia pública.

3. Si es conveniente, porque antes de ser sujetos civiles, somos humanos, por lo tanto tenemos que analizar los factores internos y externos de cada situación.

Muchas veces tenemos que aplicar la psicología en los casos que nos presentan debido a que las personas actúan conforme a las circunstancias, de su forma de vida, situación económica, etc.

Cabe anotar, como un aspecto importante en el ejercicio de nuestro cargo que, la mayoría de los sindicados que se nos presentan son hijos naturales, especialmente los casos de hurto, los cuales muchas veces no saben el nombre de sus padres, y si conocen uno, desconocen el otro.

4. Nosotros no tenemos problemas en cuanto a eso, debido a que gozamos de las facultades oficiosas necesarias, con sus limitaciones, claro está, pero para esclarecer los hechos y escudriñar sobre el origen de cada situación, no tenemos ningún problema.

ENTREVISTADO: Dr. CARLOS RINCON VENTURA
JUEZ SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE
BARRANQUILLA. ABRIL 10/90

1. La carga de la prueba ha sido un tema muy controvertido que ha evolucionado con el derecho, en un principio correspondía al demandado porque se suponía que era quien mejor conocía los hechos. Posteriormente, al demandante si se trataba de un hecho de su autoría, o del demandado según el caso. Luego se dispuso en la mayoría de las legislaciones que correspondía al juez señalar a quien debería corresponder la carga de la prueba. En materia civil y laboral, la carga de la prueba corresponde fundamentalmente a quien la alega, y es lógico que en principio recaiga en el actor pues, en caso de su omisión sería absuelto el demandado.

En lo que se refiere al derecho penal la cosa no resulta tan sencilla, aparentemente parece haber sido abordado el carácter público de la acción penal que persigue ante todo un interés general y por tanto es oficiosa, irrenunciable e inconciliable. Sin embargo hay que tener presente que la carga de la prueba es una cuestión personísima.

2. Si es conveniente, porque acabó con un sistema valorativo rígido, frío y formalista, donde el juez estaba atado, sin libertad para obtener su convicción, o sea la seguridad de que entre la verdad subjetiva y la verdad externa hay absoluta concordancia, el juez era un simple espectador dentro de un proceso donde la prueba debía reunir determinadas condiciones y categorías para merecer algún valor probatorio. El actual sistema ha revolucionado dado al juzgador facultades que le permiten

buscar la verdad a través de autos para decretar pruebas no pedidas por las partes, y además, aclarar dudas con pruebas para un mejor proveer cuando a su criterio han sido insuficiente las aportadas o allegadas al informativo dando en todo caso a estas pruebas un exámen dinámico que lo lleve a una libre convicción.

ENTREVISTADO: Dr. LUIS DONADO ARELLANA
JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE
BARRANQUILLA. MAYO 22/90

1. La carga de la prueba es una institución que por una parte se relaciona con los llamados sujetos del proceso y su posición dentro del mismo, y con la teoría de la aplicación del derecho. Es una regla de juicio frente al juez porque le indica a éste que debe fallar de fondo y no en forma inhibitoria, por falta de pruebas que demuestren los hechos sobre los cuales basar la decisión; o cuando no se logra certeza sobre la existencia de los hechos en que se funden las pretensiones. Algunos autores se atreven a considerar que estas reglas consisten en una instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar; en el caso de que no pueda comprobarse la verdad; sobre la afirmación de un hecho importante. En tal caso la sentencia debe ser adversa a la parte sobre la cual recae la carga de la prueba. Con respecto a la afirmación de hecho no demostrado o no aclarado. Quien prepara la demanda debe saber de antemano que hechos le interesan demostrar en el proceso y por tanto conoce la necesidad de probarlos. Considero esta posición de esencia y el valor en el proceso civil, de esta institución, que contempla nuestro estatuto procesal civil en su artículo 177 y por consiguiente no tengo críticas al principio que en tal sentido señala dicho estatuto.

2. Se estima conveniente la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, por cuanto en él opera la convicción del juez, haciendo una crítica razonada sin que se trate de crítica o razonamiento arbitrario, sino empleando la experiencia, la lógica, la psicología, sociología, la imaginación, y además su conocimiento

científico que puedan tener, para que se administre justicia con acierto, aplicando los conocimientos que correspondan al razonamiento de cada caso en particular. Explicando dichos razonamientos que se hagan de dicha prueba. Por las anteriores razones considero conveniente este sistema contemplado en nuestro estatuto procesal civil en su artículo 187.

3. Creo que en Colombia se aplica solamente el sistema de valoración de la sana crítica, de libre convicción, de libre apreciación o apreciación razonada como lo denominan algunos tratadistas de derecho procesal.

4. Considero que no es ningún problema la institución de la carga de la prueba que contempla nuestro régimen procesal civil. Con relación al aumento de las facultades oficiosas del juez en materia civil, considero que son suficientes las que contempla nuestro estatuto procesal. El artículo 37 numeral 4 de dicha obra, señala como un poder-deber del juez el decretar pruebas de oficios cuando lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades o providencias inhibitorias. Este poder-deber está regulado por los artículos 179 y 180 de la misma codificación que señalan las oportunidades para decretar dichas pruebas en tratándose de cualquier prueba, con la excepción de la testimonial por ser necesario para ello que los nombres de los testigos obren en cualquier acto procesal de las partes en el proceso o en otra prueba.

ENTREVISTADO: Dr. JAIRO ACUÑA

JUEZ DECIMO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA

FEBRERO 14/90

1. Lo que nago valer en este despacho es lo establecido por el Código de Procedimiento Civil. La carga de la prueba siempre está en manos del que la solicite, sin una persona pretende probar una obligación que no está contenida en un documento que preste mérito ejecutivo tiene que establecer la prueba para poder ejercer ese derecho. A contrario sensu de la persona que es demandada dentro de un proceso, para demostrar que no hay razón en la demanda, la carga de la prueba siempre está a cargo de ella. Por ello Jairo Parra Quijano, en su libro Manual de Derecho Probatorio así lo establece, puesto que consiste en una regla que le creó a las partes una autoresponsabilidad para que acrediten los hechos que les sirven de supuestos a las normas jurídicas cuya aplicación reclamen y que sea indicativo para que el juez falle en cualquiera de los procesos.

En materia penal tiene aplicación y aunque en lo fundamental se guía por el principio In dubio pro reo, es decir, se exige la plena prueba, aunque el nuevo Código de Procedimiento Penal establece el indicio, de donde se desprenden hechos lógicos y posibles para concluir.

La jurisprudencia nos ha enseñado que si el interesado en suministrar la prueba, no lo hace, o si la allega en forma imperfecta, se descuida o equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de superar un resultado adverso en las pretensiones solicitadas.

2. **Críticas:** Uno no tiene plena libertad porque en

Derecho Civil las pruebas debe ser solicitadas por las partes desde los distintos planos en que se encuentra y el juez, bajo las facultades que le otorga el artículo 180 del C.P.C., puede decretar una u otra prueba para esclarecer lo que ha estado oculto en el proceso y sobre los hechos que ha versado la demanda y los puntos de divergencia en que se han basado las partes. A contrario sensu de lo que sucede en Derecho Penal, donde el juez instructor o de conocimiento al iniciar la investigación, tiene plena libertad oficiosa para hacer llegar pruebas al proceso que de una u otra forma tengan cierta incidencia en la investigación, por esto existe mayor amplitud para fallar con equidad.

Otra de las críticas que podemos establecer es la relacionada con el aspecto Estatal, más directamente con el Ministerio de Justicia, por que fundamentalmente carecemos de los medios idóneos para llevar a cabo las pruebas, por el hecho de ser diferentes. En razón de ello, siempre hay restricciones y por ello es que el testimonio se constituye como una prueba principal y usual en todos los procesos, porque es la que más a la mano se tiene, sin embargo, el Estado no ha podido dotar a los funcionarios judiciales de los Detectores de mentiras, que aunque sean eficientes o no, entrañan en cualquier persona que se presente a un estrado judicial como testigo, no obstante las prevenciones que el Código Penal establece en su artículo 172 sobre falso testimonio, podemos observar que hace caso omiso a esas normas, y muchos mienten.

3. Pienso que si, porque haciéndole sanas críticas a los medios probatorios de que nos provee la Legislación Procesal Civil o Penal, podemos desenvolvernos con suficiencia, y dar al principio de la inmediación una aplicación exacta de lo que puede y debe ser el juez del

conocimiento o el instructor de un proceso, ya que es él el que sabe si el proceso debe concluir o no y si las pruebas son suficientes o meritorias para dictar un fallo.

4. Yo considero que sí. En el derecho civil, los errores que se dan por una de las partes no son subsanables de oficio por el juez, V.G. un proceso ejecutivo iniciado por un cheque cuando se encuentra prescrita o caduzca la acción cambiaria, la contraparte debe interponer excepciones, bien sea previas o de fondo, y es el juez quien debe valorarlas antes de dictar una sentencia que termine con el proceso o cuando prefiera la respectiva sentencia, de allí que se le de aplicación a este sistema mixto y se emplee el principio de la sana crítica, por qué no se contraponen al administrar la justicia con equidad. Si por otro lado, el demandado no alega las excepciones dentro del término que le establece la ley, frente a eso el juez no puede hacer nada, sino que vencido el término que tiene el demandado para contestar tiene que proceder a dictar sentencia.

5. Si sería una forma para aliviar a los abogados litigantes en sus distintas defensas. Sin embargo, que en el Derecho Civil debe haber más libertad puesto que muchas veces se solicita una prueba, y si en el momento la creyeron importante, una vez que se decreta ni siquiera asisten a ella, significando pues, que el momento ha pasado y que solamente es del interés del fallador buscar la prueba para luego fallarla, y de allí se infiere, que también debe ser postura del abogado litigante, no tan sólo para cosechar sus éxitos, sino para conservar su crédito y cumplir con lo que llamamos la Etica Profesional.