

LA PRUEBA EN EL PROCESO ES VERBO NO SUSTANTIVO¹

-Reflexiones a partir de las enseñanzas del Maestro Hernando Devis-Diana María Ramírez Carvajal²

Idem est non esse aut non probari

(tanto vale no tener derecho, cuanto no poder probarlo³.)

SUMARIO: Introducción. 1) Probar, un “verbo rector” en el proceso. 2) La prueba, una institución procesal, que integra los valores de verdad y justicia. 3) El derecho a probar, un principio entre garantía y carga. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca llamar la atención sobre la verdadera finalidad de la prueba en el proceso judicial, especialmente bajo la Constitución Política de 1991. Por eso el título fue elegido a manera de metáfora de una canción de Arjona, donde el autor afirma que “hablar sobre Jesús es redundar, que sería mejor actuar”⁴. En el mismo sentido, tanto se habla y se escribe sobre la prueba, que ahora es mejor actuar, accionar, realizar.

Para dimensionar la actividad probatoria en medio de las garantías constitucionales, este texto usa algunas de las múltiples enseñanzas del profesor Hernando Devis Echandía, uno de los profesores más estudiosos sobre este tema en Colombia. A través de lo que aquí se escribe, Devis reclama la prueba en el proceso como actividad, como acción, como responsabilidad de los sujetos para demostrar sus afirmaciones y del juez para sustentar su sentencia. Es tan completa la visión de Devis sobre la prueba, que afirma que “*la prueba trasciende el campo general del derecho, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano e incluso la vida práctica cotidiana, reconstruyendo los pasados, analizando los presentes, deduciendo los futuros*”.

¹ El presente trabajo se deriva de la investigación denominada LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA CIVIL, con la participación de 17 países. Este proyecto es liderado por Michele Taruffo y en Colombia es financiado por la Universidad Católica de Oriente. <https://estudiosjusticiayg.wixsite.com/website>

² Profesora e investigadora adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, donde además se desempeña como Decana de Posgrados. Magister en derecho procesal de la Universidad de Medellín y doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Correos: radiana2113@gmail.com y posgrados@uco.edu.co

³ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 4

⁴ Canción Jesús es verbo no sustantivo, de Ricardo Arjona, recuperado de <https://www.letras.com/arjona-ricardo/2185/>

Sin embargo, la prueba en términos generales ha cambiado de manera notable y contundente en el proceso. Desde el concepto de prueba, hasta la valoración de la misma, pasando por la clasificación probatoria y las modalidades de ilegalidad e ilicitud, las instituciones que componen la prueba, han tenido una transformación casi alucinante. De esta transformación surgen los tres capítulos de este texto, siempre referenciados en el pensamiento de Devis Echandía.

El primero expone por qué probar, es verbo y acción en el proceso, tras la superación completa de la teoría de la tarifa legal⁵. El segundo define la articulación que tiene la prueba con la verdad y la justicia en el proceso y, finalmente el tercer numeral presenta una reflexión sobre la prueba en su tránsito a derecho fundamental y garantía constitucional. Todas son reflexiones, que surgen de la investigación denominada principios de la justicia civil, llevadas al plano de la magnífica obra del profesor Hernando Devis Echandía, para una comprensión contemporánea del derecho probatorio y de la probática.

1. PROBAR. UN “VERBO RECTOR” EN EL PROCESO

Algunos aspectos, han propiciado que el estudio de la prueba en el proceso judicial, se perciba de forma colateral y tal vez secundaria. Entre ellos se pueden mencionar, su naturaleza jurídica tantas veces discutida en torno al derecho sustancial, la fórmula de tarifa legal propia del estado liberal, la difícil concreción de la valoración probatoria y además la complejidad y la polisemia del concepto probar.

Sobre el primer aspecto, el de la naturaleza jurídica, se han expuesto diversas posturas doctrinarias, sin embargo, como afirma Devis⁶, finalmente lo razonable está en asumir que *“las pruebas reciben una notable influencia del derecho sustancial, pero esto no afecta su naturaleza procesal”*. Es decir, la prueba tiene naturaleza procesal.

Sobre el impacto negativo que tuvo la tarifa legal sobre el estudio de la prueba y la difícil concreción del concepto de valoración probatoria, es muy acertado Nieva⁷, cuando afirma que toda institución probatoria que sea consecuencia o derivado de la tarifa legal, debe bien replantearse o desaparecer y que la valoración de la prueba tiene diversas etapas, no solamente la legal. Estas fases provienen de otras disciplinas y son complementarias, entre las que se encuentran los aspectos psicológicos y sociales.

⁵ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 236

⁶ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 43

⁷ NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010. Págs. 46 a144

Por último, por la complejidad del concepto probar, vale la pena extender la reflexión. Las múltiples concepciones y la polisemia sobre lo que debe llamarse prueba, ha dejado una huella negativa en el proceso, pues ha centrado la discusión prevalentemente en el concepto de medio de prueba, dejando de manera tangencial la fuente de prueba y prueba, en sí misma.

Consciente de estas variables, Devis⁸ hace un estudio juicioso de los conceptos sobre la prueba, intentado explicar con claridad y finesa las diversas definiciones de la doctrina. Expone en específico las siguientes concepciones:

“1) la postura objetiva, donde Bentham, expone que la prueba es -un hecho supuestamente verdadero que se presume, debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho-, y Framarino dei Malatesta que es -un hecho físico que nos lleva al conocimiento de otro hecho físico o moral, y el que conduce al conocimiento de otro, constituye la prueba de este-. 2) la teoría objetiva general, que asegura que prueba judicial es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, los objetos y también las actividades como los medios de prueba. En este segmento Guasp afirmó que es el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo y Silva Melero que la prueba no es la convicción del juez, sino el medio para formarla. 3) la postura subjetiva, que considera el aspecto del resultado, como -la convicción que con ella se produce en la mente del juez sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa. En esta perspectiva Carnelutti afirmo que es el -conocimiento mismo suministrado por el tal objeto-, y Lessona dijo que -probar significa hacer conocidos para el juez, los hechos controvertidos y dudosos y darle certeza de su modo preciso de ser-. 4) una combinación del concepto objetivo general con el concepto subjetivo del resultado. 5) una postura errónea que confunde probar con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba y 6) la última, que defiende la actividad de comprobación de los sujetos procesales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba, confundiendo así la manera de producirla y de apreciarla en el proceso”.

Desde este análisis, el profesor Devis⁹ adopta un concepto propio sobre prueba, bastante completo, donde de manera sagaz mezcla varias dimensiones, evitando dejar de lado algún aspecto de importancia sobre el verbo probar.

Afirma así que el término prueba se debe entender, *“como medio (de prueba) utilizado por las partes, como razón para proponer la existencia o la verdad de los hechos (contenido sustancial) y como control de esa verdad mediante la actividad del órgano jurisdiccional (resultado subjetivo de la prueba). Y la prueba, como las razones o motivos que sirven para*

⁸ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 12-19

⁹ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2002. Pág. 20.

llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y se comprenden como medios de prueba los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o motivos”.

Esta concepción compleja sobre la prueba, acerca el concepto a su naturaleza de acción, de verbo. Especialmente cuando relaciona la prueba con el control de la verdad y las razones o motivos para llevarla al juez. Este relacionamiento con la verdad y el conocimiento de los hechos, levantan el concepto de prueba, a “verbo rector”¹⁰, esta categoría tan apreciada por la dogmática penal, que determina que en el delito hay una acción principal que es el centro, el núcleo de la descripción del tipo. Sin verbo rector, no se comprende el delito, de allí deriva su importancia.

En situación análoga, cuando la prueba se relaciona con la verdad y el conocimiento de los hechos, se pone en el centro de la justicia y del proceso judicial. Sin prueba, no se comprende la justicia, de ahí deriva su importancia. Probar en el proceso es un verbo¹¹ que trasciende la mera formalidad, para convertirse en la acción o en el conjunto de acciones más importantes en la finalidad de dar justicia.

Y es por ello, que al entender la prueba como verbo, como acción principal, su concepto se debe complementar, en el derecho contemporáneo, con la probática y con el concepto de fuente¹² que es “*toda cosa, evidencia o sujeto que contenga información sobre lo ocurrido en el sitio de los hechos (en las mismas dimensiones de tiempo, modo y lugar) y que potencialmente pueda ser útil en la confirmación de los mismos*”. De esta manera quedan contenidos los hechos probatorios desde el inicio hasta el final del proceso.

En esta perspectiva, probar, es obtener conocimiento “suficiente” sobre la existencia verdadera de un hecho, es “*la acción y el efecto de probar, la razón que demuestra una cosa*”¹³. Probar es un verbo, que se conjuga en la actuación de las partes y del juez en el proceso. De ninguna manera podría la prueba identificarse con un sustantivo¹⁴ o peor aún con una cualidad de la cosa o adjetivo.

La prueba significaría sustantivo, si se estructurará en el proceso como un hecho paralelo a los que componen el litigio, postura errática para el proceso moderno, que estaría así

¹⁰ VEGA, Harold. El análisis gramatical del tipo penal. Pág. 62 Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>

¹¹ Verbo es la “*palabra con la que se expresan acciones, procesos, estados o existencia que afectan a las personas o las cosas; tiene variación de tiempo, aspecto, modo, voz, número y persona y funciona como núcleo del predicado*”. Recuperado de <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=verbo&ie=UTF-8&oe=UTF-8>.

¹² RAMIREZ, Diana. La prueba en el proceso una aventura intelectual. Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2017. Pág. 73

¹³ FIERRO, Heliodoro. Manual de derecho procesal penal. Bogotá, Leyer, 2001. Pág. 633.

¹⁴ palabra que “*nombra o designa a personas, animales, cosas, lugares, sentimientos o ideas*”. Recuperado de <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=sustantivo&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

confundiendo la materia de procesamiento con la materia de confirmación. Tampoco la prueba puede discutirse en el proceso como un adjetivo, o especie de cualidad, que le asigna al hecho la categoría de transparente o claro, esta posición ya tuvo su implementación con el nombre de tarifa legal, que con fórmulas -tales como dos testigos que no se contradicen son plena prueba- definía si el hecho estaba claro, pero no profundizaba en su confirmación epistémica. Esa forma de aplicar la prueba, destruye su verdadera finalidad en el proceso.

Probar, es acción, actividad, movimiento –bien físico o intelectual- de todas y cada una de las personas que están interesadas en demostrar los hechos del proceso, justamente para demostrar la verdad de éstos. La prueba es un hecho demostrativo, es decir un hecho contenedor de información que requiere acciones concretas, para desdoblar el conocimiento que contiene, en beneficio del proceso. La prueba otorga conocimiento, especialmente al juez, y por tanto demuestra la existencia de los hechos con relevancia jurídica, necesarios para la decisión judicial.

Por todo ello, probar es el verbo rector del proceso, relacionado con actividades intelectuales, más que físicas. En un sentido metafórico, por ejemplo, probar desde la declaración de un testigo, es comparable con la acción de ver de un sujeto, pues ninguna de las dos son funciones directas de los sentidos. Ver, no es una función de los ojos, *“ver, no es una función primaria, como se cree, sino el resultado de comparar patrones (...) al recibir las sensaciones luminosas por primera vez este individuo reconoce los objetos, es decir no ve, y solo lo hará cuando relacione los patrones que descarga su vía visual, con patrones de memoria que tienen los datos recogidos por sus otros sentidos”*¹⁵.

Esto significa, que para que un sujeto pueda “ver”, el cerebro humano realiza varias actividades en capas, así entrega un resultado visual transmisible. Primero se reflejan los objetos por los ojos, este reflejo lo archiva el cerebro. En un segundo momento se reflejan objetos similares a los que por primera vez percibió el sujeto, en esta segunda capa de descarga visual, es propiamente donde se produce la acción de ver, porque el sujeto “analíticamente” reconoce el objeto y hace un discernimiento sobre él, es decir *lo ve*.

En idéntico sentido, probar es una actividad racional del hombre, es una actividad intelectual que se da por capas, se recibe información desordenada por uno o varios sentidos la cual es archivada por el cerebro. En una segunda fase se correlaciona esta información con los hechos que se discuten en el proceso. En una tercera fase la información se contextualiza y se discute, se controvierte por todos los sujetos procesales, para finalmente en otra capa analítica, producir conocimiento sobre el hecho. He aquí la actividad, la acción.

¹⁵ CORREA, Pablo. RODOLFO LLINAS, La pregunta difícil. Bogotá, Ediciones Aguilar, 2017.pag. 52-53

Esta perspectiva, da razones de que la acción de probar es más inferencial e interpretativa que de percepción o descriptiva. El verbo probar se corresponde con una acción mediada por la inteligencia, que sorprende, tanto como sorprendió a Llinás¹⁶ una persona con capacidad visual reducida: “*el ciego me sorprendió con una respuesta que me dejó perplejo: es que usted cree que ve con los ojos*”¹⁷. Según se ha expuesto, se ve con el cerebro.

En este sentido, el órgano más comprometido en las actividades de la prueba, es el cerebro humano. De ahí que la prueba se estudia acompañada por la ciencia, en especial por la neurociencia, que se plantea preguntas como “*¿Para qué es bueno el cerebro?, y su respuesta sa sencilla: para predecir. Los organismos con sistema nervioso, conjeturó, lo usan principalmente para procesar la información sensorial del mundo externo y anticipar su próximo movimiento de sobrevivencia*”¹⁸. El cerebro es bueno entonces para calificar una cosa o un hecho, como verdadero, pues así toma decisiones. Ese “calificar” está directamente relacionado con la acción de probar en el proceso.

A este punto, cuando se relaciona la prueba con la inteligencia, se debe reescribir la idea sobre la convicción del juez. Esto porque la convicción, se traslapa en lo verosímil o en la apariencia de ocurrencia. Si el proceso judicial girara sobre la convicción solamente, la actividad probatoria importaría, hasta que el juez considere que tiene subjetivamente, suficiente seguridad. El hecho así es aparentemente verdadero. A diferencia, cuando para calificar el hecho como demostrado, se usan valores constitucionales como la verdad, se requiere conocimiento, importa que haya ocurrido verdaderamente y por ello se contrastan las diversas versiones¹⁹ hasta llegar a la versión más correcta del mismo.

Probar, en el derecho contemporáneo, no se trata de una comunicación retórica, propendiendo por un convencer sin fundamentos verdaderos, se trata de argumentar, de explicar los hechos, desde el conocimiento obtenido en la fuente y los medios de prueba. Es un trabajo dialógico, donde todos los sujetos procesales deben interactuar armónicamente, escuchando atentamente la información y refutando con razones. De ahí que cuando la justicia, como ahora, se decide por fortalecer la oralidad en el proceso, la prueba acrecienta su nivel de importancia. El éxito del proceso oral hoy, está mediado por la capacidad de los sujetos procesales de probar los hechos, creando suficiente conocimiento. A estos indicadores se les

¹⁶ Rodolfo Llinás es uno de los neurocientíficos más importantes del mundo. Sus textos sobre el funcionamiento del cerebro deberían ser estudio obligado en la cátedra de pruebas.

¹⁷ CORREA, Pablo. RODOLFO LLINAS, La pregunta difícil. Bogotá, Ediciones Aguilar, 2017.pag. 51

¹⁸ CORREA, Pablo. RODOLFO LLINAS, La pregunta difícil. Bogotá, Ediciones Aguilar, 2017. Pág. 93

¹⁹ Es lo que se explica cómo, los narradores del hecho en el proceso. TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Barcelona, Marcial Pons, 2010. Pág. 57 ss.

refiere como la humanización²⁰ del proceso, que superan el formalismo rígido, por el diálogo con sentido.

Esta visión humanista del proceso, relaciona directamente las acciones de probar con los hechos, por ello afirma Muñoz que *“el más expresivo sentido de la palabra investigar significa para nosotros buscar y hallar huellas del hecho real que figura en la norma jurídica como presupuesto (Heurística) las cuales, una vez halladas, habrán de someterse, a un proceso de verificación judicial (prueba) que permita la retrodicción o representación de lo realmente sucedido”*²¹.

Está es además una visión garantista del proceso, que pende de un conjunto de acciones intelectuales, realizadas a través de inferencias en la prueba. Por ello es plausible afirmar que, en el proceso judicial, la prueba –en el sentido de medio probatorio- supera varios juicios de valor, para llegar a alcanzar su máximo potencial demostrativo. Entre estos juicios de valor están: la admisibilidad de las fuentes de prueba, el juicio de relevancia, el de licitud, el juicio de contradicción y el más importante el juicio de valoración probatoria, donde la prueba adquiere, además, potencial justificativo de la decisión.

En esta perspectiva integral y holística del proceso, se percatan los sujetos procesales de que probar es un conjunto de acciones concatenadas, pues *“ninguno de los medios de prueba es autónomo en absoluto; solo es independiente relativamente hablando”*²². Por ejemplo, lo que dice el testigo, sin que se haya relacionado con las demás actividades probatorias, no significa demostración de los hechos. En el proceso, probar es la sumatoria de todas las actividades.

Por ello se afirma que *“las múltiples clasificaciones sobre los medios de prueba y sobre las pruebas, deberían empezar a desaparecer. Entender que hay prueba sumaria, prueba directa, prueba indirecta, es entender que las pruebas están estratificadas y todo ello tiene sentido siempre y cuando se vaya tras la aplicación de una tarifa legal, pero cuando se está frente a una valoración probatoria, sustancialmente marcada por la interpretación y la sana crítica, no parece adecuada esta gran división”*²³.

Porque finalmente, *¿qué quiere decir prueba directa? “¿que de ellas la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato? Para demostrar que Cayo golpeó a*

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002. p.42- 45 “necesidad de que el proceso sea humanizado”.

²¹ MUÑOZ, Luis. Curso de Probática Judicial. Madrid. La Ley. 2009. Pág. 38-39

²² DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá, Temis, 2000. Pág. 53

²³ NIEVA, Jordi. La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba. EN Justicia y Proceso en el siglo XXI. Lima, Editorial Palestra, 2019. Pág. 342

*Sempronio a partir de la afirmación de Ticio, según la cual vio a Cayo golpear a Sempronio debemos: a) establecer la credibilidad de Ticio; b) descartar errores de percepción de Ticio y c) descartar errores de interpretación de Ticio (eso sin contar con los posibles errores del juez). Todo ello, obviamente, exige cierto razonamiento (no necesariamente sencillo) y una serie de inferencias encadenadas*²⁴.

En esta perspectiva, Dellepiane²⁵ tiene razón cuando anuncia la relación “circular” de dependencia que existe entre la prueba indiciaria y todas las demás pruebas. La primera tiene un método circunstancial, que implica toda una serie de acciones intelectuales. El método circunstancial inicia con los hechos probados que descargan en el proceso las pruebas directas. He ahí una relación circular, porque las pruebas directas, sólo adquieren función demostrativa, tras la actividad inferencial que se les aplica, para depurar y precisar la información que traen al proceso.

Entonces, toda prueba en el proceso, responde a una secuencia de actos y actividades inferenciales, dirigidas todas a un mismo fin, arrimar al proceso la verdad sobre los hechos. Ello es así porque, en definitiva, las pruebas se circunscriben a narraciones y una narración, es un acto de comunicación donde resalta el método inferencial pues “*los mecanismos de la comunicación no son entidades neutras respecto a los hechos (...) no se comportan de forma neutral en relación con lo que ordinariamente llamamos realidad*”²⁶. Por lo mismo afirma Devis²⁷ que “*el juez es, en cuanto a la parte investigativa, un historiador de casos concretos y en ello el método reconstructivo no es simple, sino complejo, tanto en los instrumentos utilizados como en el proceso psíquico de quien lo emplea y de quien es su destinatario*”.

En conclusión, tanto la función demostrativa de la prueba como la capacidad que de ella extrae el juez, para fundamentar su decisión, tienen una estrecha relación con la actividad inferencial, analítica y argumentativa de los hechos. “*Es en las ciencias y actividades reconstructivas donde la noción de prueba adquiere un sentido preciso y especial*”²⁸. Esto significa acción, capacidad y dinámica. La prueba es un verbo en el proceso.

2. LA PRUEBA, UNA INSTITUCIÓN PROCESAL QUE INTEGRA LOS VALORES DE VERDAD Y DE JUSTICIA

²⁴ GONZALEZ, Daniel. Hechos y Argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal II. Recuperado en mayo 11 de 2019, Pág. 44 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668797.pdf>.

²⁵ DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá, Temis, 2000. Pág. 52

²⁶ CAROFIGLIO, Gianrico. El arte de la duda. Barcelona, Marcial Pons, 2010. Pág. 26

²⁷ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 3-4

²⁸ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 1

En los últimos años en Colombia, la prueba en términos generales ha cambiado de manera notable²⁹ y contundente en el proceso. Desde el concepto de prueba, hasta la valoración y sus formas, pasando por las modalidades de describir y sancionar la ilegalidad y la ilicitud, han tenido una, casi alucinante la transformación.

Se puede considerar que la prueba en el código judicial de 1931, se entendía como un “decorado” del hecho, cuando tras la tarifa legal se entendió como un mecanismo de fijación formal de los hechos procesales. Hoy, con la Constitución Política de 1991, hay una contundente relación de la prueba con la obtención de la verdad de los hechos y no sólo eso, sino que de ella se espera suficiente conocimiento sobre los hechos, de tal manera que el juez pueda construir una sentencia debidamente fundada. Todo ello se vincula con la justicia de la decisión judicial.

Como afirma Taruffo³⁰, en las primeras décadas de la filosofía, (no del derecho) se encuentra una moda, destrucionista de los grandes conceptos de la sociedad. Rorty niega la verdad, por ejemplo, afirma que la verdad es el acuerdo de un grupo de personas sobre algo. Y Gadamer, en su libro *verdad y método*, desdice de la posibilidad de llegar a la verdad, pues a lo largo y ancho del texto, finalmente no apropia el concepto de verdad.

Esta perspectiva, que se aleja de la verdad, asienta una tendencia de verosímil sobre la demostración de los hechos, aunque *“no existe ninguna coincidencia o correspondencia entre verosimilitud y verdad. Un hecho que se considera verosímil (porque responde a la normalidad del contexto) puede ser falso, si la realidad de aquello que ha sucedido no se corresponde con lo que el enunciado narra”*³¹. Es decir, lo verosímil en relación con lo verdadero, se satisface a partir del acuerdo narrativo o de la coherencia de la narración y por ello se construye en el proceso con un estándar de comprobación más flexible.

A pesar de que esta perspectiva sea seductora, pues es más simple trabajar sobre lo verosímil que sobre lo verdadero, especialmente en la convulsión del mundo contemporáneo y en los tiempos que para cada audiencia se adjudican en el proceso oral, esta es una perspectiva que aleja al derecho, como ciencia o como disciplina, de discusiones sobre lo real y de la necesidad que tiene el juez de conocer los hechos, lo cual es inversamente proporcional a los parámetros de la justicia en el derecho.

Es más, aunque la seducción de lo creíble, lo verosímil y lo convincente, fuera la predilección

²⁹ DEVIS, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 47-69

³⁰ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid, Marcial Pons, 2010. Pág. 144 ss.

³¹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid, Marcial Pons, 2010. Pág. 106 ss.

de académicos y juristas en general, esta posición va en contravía de los principios constitucionales que informan las constituciones latinoamericanas; estas normas superiores entienden el derecho a probar como una garantía constitucional, que se relaciona directamente con el debido proceso y con la verdad y la justicia. Podría sostenerse en general, que en los países iberoamericanos³², hay un respeto superior por el debido proceso como derecho fundamental, y por tanto “probar en el proceso judicial”, no se corresponde con una emulación de lo creíble. Existe una responsabilidad declarada en las normas superiores, de asegurar la prueba, para que los hechos sobre los cuales debe fallar el juez, sean verificados y la decisión sea una decisión justa.

Entonces, probar en el proceso, es un verbo de conjugación compleja, que se concreta en un conjunto de actividades reconstructivas para la demostración y el conocimiento verdadero del hecho, de tal forma que sobre él se pueda producir un resultado jurídicamente correcto. En este sentido, la carta política de Colombia adopta como fin supremo “*asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, y el conocimiento*”³³, y de forma específica ordena como parte del debido proceso, el “*derecho a la defensa, a la contradicción, y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*”³⁴.

Consecuencialmente, del proceso judicial se espera “*la verdad del discurso que debe ser necesariamente la verdad de la vida y que implica una determinada relación con los otros y con uno mismo*”³⁵. Si bien es cierto, la verdad como cosa no existe, en el contexto del proceso se discute, como se discute una característica de un enunciado, esta característica debe ser indudablemente que exista, y para determinar que el enunciado existe, se requiere que la prueba lo haya demostrado.

Es evidente, que la forma para alcanzar suficiente conocimiento, sobre la existencia de los hechos, no es otra en el proceso, que la prueba. De ahí que se le dé una función epistémica al proceso, (herramienta para conocer algo) donde no se “*tiene por fin último alcanzar la verdad sobre los hechos, sino que está vinculado con el valor constitucional y social de la verdad*”³⁶.

³² Para ampliar sobre el tema se recomienda el texto Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018. Coordinado por TARUFFO Michele, MITIDIERO Daniel, NIEVA Jordi, OTEIZA Eduardo, PRIORI Giovanni y RAMÍREZ Diana.

³³ Constitución Política de Colombia, preámbulo.

³⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 29.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-086 de 2016. Mg ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

³⁶ TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Barcelona, Marcial Pons, 2010. Pág.155 ss.

Son así los hechos probados en el proceso, determinantes para la elaboración de una decisión judicial justa, pues como afirma Taruffo³⁷ la justicia en la decisión se identifica a partir de mínimo tres consideraciones: que el proceso haya respetado los principios del debido proceso, que la decisión se tome en sustento de una correcta interpretación del ordenamiento jurídico y que los hechos sobre los cuales se funda la decisión hayan sido probados legítimamente.

Por ello, la comprobación de los hechos a través de una adecuada actividad probatoria, es cada vez más estudiada por la doctrina³⁸, pues aporta directamente a la justicia, como ideal regulativo del derecho y valor ícono de las actividades jurisdiccionales. En este mismo sentido, se estudia el derecho a probar, como parte del debido proceso y como articulador de la verdad del hecho.

Esta construcción teórica resulta bastante lógica para el operador jurídico. Sin embargo, para las partes, se crean problemas prácticos cuando se trabaja sobre “los hechos”; aquellos sobre los cuales se fundamenta la demanda o la acusación, los mismos que se representan en las pretensiones y que están vinculados con la ley por su relevancia jurídica, ya que los hechos no existen. En todo proceso se debe asumir esta realidad, los hechos no existen (en tiempo presente de conjugación), los hechos existieron³⁹, en pasado. Es decir, a los hechos los rodea una circunstanciación, de tiempo, modo y lugar, que ya pasó en el mundo material y que por tanto los deja fuera del alcance demostrativo inmediato. Y es también por esta realidad, que el derecho debe trabajar muy de cerca con la epistemología.

Pero, aunque los hechos no existen, en tiempo presente, el que hayan existido en tiempo pasado, los hace “re construibles”, parcialmente. Para ello los sujetos procesales deben realizar diversas actividades, que terminan con una acción intelectual de confirmación de los hechos, que se plasma en la sentencia. Las acciones de reconstrucción que realizan las partes y el juez, sobre los hechos del proceso, son posibles porque cuando el hecho ocurre y tiene vida (aunque sólo sea un instante), deja una huella “fragmentada”, bien en el recuerdo de las personas que lo presenciaron o en documentos de las más diversas categorías. Esos múltiples

³⁷ TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006. Pág. 199 a 208

³⁸ Son referentes contemporáneos: Marina Gascón y su texto la prueba del hecho. Michele Taruffo, con textos como la prueba de los hechos, Sobre las fronteras y Simplemente la verdad. Jordi Ferrer, con el texto la valoración racional de la prueba y Susan Haack, Daniel González y Larry Laudan con importantes discusiones sobre los estándares probatorios.

³⁹ A veces esta afirmación en el derecho, se toma como algo sin importancia. Pero el lector deberá reflexionar sobre aspectos cotidianos de la vida, para dar una correcta dimensión a la no existencia de los hechos. No es lo mismo tener un auto que haber tenido auto. Existe una diferencia enorme, entre tener y haber tenido. Esta diferencia está anclada en las leyes de la física, que no permiten dar marcha atrás al reloj del tiempo en el universo.

fragmentos en que se esparcen los hechos, son recogidos por la prueba, en la modalidad de “fuente”. Es ahí donde empieza la construcción de la verdad en el proceso.

Cuando la prueba, se encuentra en el mundo de lo fáctico como fuente, es acción, es verbo, es actividad. Como cuando se toman la grabación o las fotografías de un accidente de tránsito, o las personas que presenciaron el impacto discuten sobre él, o cuando se levanta el croquis y el informe técnico por parte del agente. Todas ellas son acciones o actividades, bien físicas o intelectuales. Horas más tarde, el lugar de los hechos, no tiene ningún rastro de la ocurrencia del accidente, los vehículos fueron retirados, el agente de tránsito levantó el informe y se fue a su trabajo y las personas que presenciaron los hechos ya se encuentran en sus casas.

Entonces las fuentes de prueba permiten la fijación, custodia y contención de los hechos ocurridos, aunque lo hacen de forma parcial. Las partes, deberán recoger tanta fuente de prueba como les sea posible, para unir el mosaico “más completo” del hecho ocurrido, y si se logra un mosaico suficientemente contundente, el juez podrá generar consecuencias jurídicas válidas, en la sentencia. Esta es la forma en que la prueba aporta a la función fundante de la sentencia, cuando explícitamente permite al juez cumplir con el principio de necesidad que reza, *“toda decisión debe estar fundada en prueba regular y oportunamente allegada al proceso”*⁴⁰. Esta es la prueba que sirve a los fines de la justicia, porque permite la verificación de la verdad de los hechos, a través de la producción de conocimiento válido, sobre situaciones ocurridas en el pasado.

Entonces, la prueba tiene un fin de valor constitucional y un fin operativo en el proceso. El primero se relaciona directamente con establecer la verdad de los hechos y aportarle conocimiento a la decisión judicial justa. El segundo, se relaciona con aportarle a los sujetos procesales elementos para la demostración verdadera de los hechos. Por ello sostiene Cappelletti que la humanización del proceso, *“no es un principio que haga referencia indiscriminada a todos los actos y fases del proceso, sino a la única fase de lo sustancial, que comprende principalmente la instrucción probatoria”*⁴¹.

En conclusión, la prueba se relaciona directamente con la verdad y la justicia en el proceso, pues ésta, abre un puente entre el pasado y el presente. Devis al respecto afirma que *“ese indispensable contacto con la realidad de la vida solo se obtiene mediante la prueba, único*

⁴⁰ Código general del proceso de Colombia, artículo 164.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio. Ob. cit. p.42- 45 Es la “necesidad de que el proceso sea humanizado (...) pero esa humanización no puede lograrse sino llevando la atención del juez sobre el hecho, sobre la relación de hechos concreta, restituyendo la ‘prevalencia’ a la búsqueda de los hechos sobre la aplicación de las normas jurídicas”. Es la “calificación jurídica de los hechos” p.45

camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto”⁴².

3. EL DERECHO A PROBAR, UN PRINCIPIO ENTRE GARANTÍA Y CARGA

Uno de los aspectos más importantes, que ha sufrido la transformación de la prueba, en el derecho contemporáneo, tiene que ver con su actuación dentro del proceso, como “derecho a probar”, donde hoy más que una carga para las partes, se instituye como una garantía constitucional.

Es verdad que el principio de la carga de la prueba, fue una institución muy importante para el proceso tipo, antes de la Constitución de 1991. Esta figura en su concepción más tradicional, ordenaba probar al peticionario, independientemente de la dificultad que para ello hubiera. Se llegó a sostener que “*la imposibilidad no priva del deber de la prueba*”⁴³

A partir de esta regla, el demandante probaba el hecho que alegaba y el demandado también tenía el deber de probar el fundamento de su excepción, aunque todos los hechos que sustentaran las peticiones, (de cada uno de ellos) no podían suponerse homogéneos, ni se les podía asignar la misma naturaleza jurídica.

En esta perspectiva, y asumiendo que toda la responsabilidad no podría recaer en el demandante, se alivió la carga sobre los hechos, así “*se presentan al demandado tres clases de defensa posible: negación absoluta —y ante ella la prueba incumbe al actor—, negación relativa, en la cual se admite el hecho pero se niegan sus formas y sus efectos jurídicos —y la obligación de la prueba corresponde entonces al demandado— y oposición de un derecho del demandado, y también aquí reus in excipiendo fit actor*”⁴⁴, que significa que el demandado, al excepcionar, se convierte en actor. Así, el legislador siempre fue el llamado a reglamentar el derecho a probar sobre las cargas probatorias específicas, y también sobre las consecuencias jurídicas que se puedan obtener por cada una de las partes. Argumentos que fueron validados por la Corte Constitucional en diversas sentencias⁴⁵.

Adicional a esta perspectiva de parte, la carga de la prueba se desdobló en una vertiente hacia el juez, para el momento de la construcción de la decisión judicial. Esta segunda noción se llamó la regla de juicio.

⁴² DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 6

⁴³ LESSONA, Carlo. *Teoría de las pruebas en el derecho civil* vol.2 EN Serie Clásicos del Derecho Probatorio. México, Editorial jurídica universitaria, 2001. Pág. 43

⁴⁴ LESSONA, Carlo. Ib. pág. 49

⁴⁵ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante las sentencias: C-202 de 2005, MP Jaime Araujo Rentería, C 1270/200 MP Antonio Barrera Carbonell y C 790 de 2006 MP, Álvaro Tafur Galvis.

La doctrina trabajó de manera consistente en esta doble naturaleza del principio de la carga de la prueba. Para Azula, por ejemplo, la carga de probar es una variante del concepto de carga procesal⁴⁶, según él “*la carga de la prueba indica a cuál de las partes le interesa demostrar los hechos que constituyen fundamento de sus pretensiones o excepciones, según se trate de demandante o demandado, mientras que con respecto al juez constituye una manera de evitar la sentencia inhibitoria o el non liquet de que hablaban los romanos, indicándole que el pronunciamiento es en contra de la parte sobre la cual gravita la carga de la prueba*”.

En el mismo sentido, Devis⁴⁷, enseña que en la “*carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del 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 el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada una le interesa probar*”. Y Sentís, citando a Micheli, indica que el juez “*debe manejar, la situación fáctica en el caso de no llegar a una convicción sobre ella (...) la regla de juicio le dice cómo ha de salir de ese atolladero del que los romanos se libraban con un non liquet que a él le está prohibido utilizar*”⁴⁸.

Por lo expuesto, la evolución del concepto de la carga de la prueba presenta una suerte de regla que delimita la conducta de las partes —en el sentido de carga no de obligación— y, para el juez, en el sentido de regla de juicio, o carga de decidir. Sobre la carga de probar, las partes lo asumieron como una especie de poder que usaban a voluntad, por eso la perspectiva más importante, está relacionada con la obligación que tiene el juez de decidir el caso, de decir el derecho.

El juez, al momento de decidir, solo debe acudir a las reglas de la carga de la prueba, si los medios probatorios —que se han discutido en el proceso— no le permiten conocer los hechos centro y objeto de su decisión. Pues como afirma Taruffo⁴⁹, *la función del principio de la carga de la prueba, es permitir al tribunal, resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados*. Por ello, la carga de la prueba, le presenta al juez una salida, al momento de decidir

⁴⁶ AZULA, Jaime. *Manual de Derecho Probatorio*. Temis, Bogotá, 1998. Pág. 32 y 33

⁴⁷ DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Temis, Bogotá, 2002. Pág. 405

⁴⁸ SENTIS, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978. Pág. 127. En el mismo sentido, ALVARADO, Adolfo. *Prueba judicial*. Buenos Aires, Editorial Juris, 2007. Pág. 47.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 146

Al respecto sostiene Rosenberg que “*el juez desarrolla una triple actividad al aplicar el derecho. Debe conocer y distinguir el derecho objetivo para saber si la sentencia que quiere dictar tiene su fundamento en las normas del ordenamiento jurídico, y cuáles son los presupuestos para los que este ordenamiento ha dado el mandato que el juez debe repetir en su fallo para el caso concreto. Además, debe correlacionar con las normas del derecho objetivo el sector de la realidad, el conjunto de hechos concretos, que se le ha sometido para que resuelva. Con este fin, debe comparar las afirmaciones de hechos presentadas en el proceso con los presupuestos, de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la realización de la consecuencia jurídica reclamada, y debe averiguar si coinciden, y hasta qué punto. Finalmente, debe examinar la verdad de esas afirmaciones y tratar de formarse una idea clara de las realidades del caso*”⁵⁰.

En tal sentido, se está indicando a los sujetos (actuantes en el proceso) que, si pretenden una consecuencia jurídica para obtener beneficios materiales y/o patrimoniales, deberán hacer uso de los medios de prueba requeridos para que los hechos que sustentan la norma queden confirmados plenamente. Si queda sustentado probatoriamente el argumento, el juez no utilizará la carga de la prueba para decidir, pero si no funciona porque no hay sustento probatorio, el juez girará hacia la parte que tenía la carga de arrimar la prueba al proceso y fallará en desfavor de ésta.

Ahora, esta estructura tan precisa y útil, a la luz del modelo del proceso dispositivo, que enmarcaba los poderes del litigio en las partes, entra hoy en crisis, por dos motivos, el primero es que el juez deja de ser un sujeto pasivo en el proceso y el segundo porque el concepto de carga, como “potestad” y no como obligación, es inútil a los fines de la justicia.

Sobre el primer aspecto, hoy el juez más que un aplicador de normas⁵¹, es en sí mismo una garantía constitucional. Por ello, el juez es considerado un sujeto procesal muy importante, dado que sus razonamientos, generan un peso específico en el proceso en favor del valor justicia. El juez está llamado a establecer la verdad, la justicia, y la protección de las garantías.

La herramienta para realizar esta garantía constitucional de acceso a la justicia, se concentra en el derecho a probar, como afirma Devis⁵², “*sin el derecho de probar no existiría audiencia bilateral, ni contradictorio efectivo, ni se cumpliría la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo; en relación al demandante, es igualmente indudable que sin el derecho de probar resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho*”. En este extenso conjunto de garantías constitucionales y legales hay un sujeto pasivo, un ejecutor, el juez, que está obligado a

⁵⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Pág. 5

⁵¹ Sentencia T-406 de 1992, Corte Constitucional de Colombia. M.P. Ciro Angarita Barón

⁵² DEVIS, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 26

decretar y practicar las pruebas, a él se impone directamente la obligación de asegurar en el proceso una adecuada decisión: Su inobservancia, se convierte en “*una auténtica denegación de justicia*”⁵³.

Sobre el segundo aspecto, por el cual la carga de la prueba en sentido formal de partes, entra en crisis actualmente, está en la concepción misma del concepto carga⁵⁴. La carga ha sido estudiada por la doctrina tradicional como una potestad, no como una obligación de las partes. En esta dimensión, era una potestad de las partes aportar o no aportar pruebas, algo muy propio del principio dispositivo en el estado liberal y no del principio que indica a las partes asegurar los fines constitucionales asignados al proceso. Por ello, hoy antes de la carga formal se avanza en el concepto de la carga dinámica de la prueba. Ya no es una libre y seductora potestad, sino que tiende a ser una asignación directa del juez por motivos de facilidad y en desarrollo del principio de igualdad material en el proceso.

En esta dimensión, Peña⁵⁵ sostiene que actualmente, “*la solidaridad es palpable, en la carga de la prueba, en el momento en que se conmina a quien pueda obtener más fácilmente una prueba para que esté obligado a aportarla, por lo que también se plantea un desplazamiento del onus probandi hacia la parte que está en mejores condiciones*”.

En el mismo sentido Parra⁵⁶ afirma que, “*la verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta, en determinados casos, a quien le queda más fácil probar*”.

Esta es una nueva propuesta de distribución flexible de la carga de la prueba a partir de los principios constitucionales, la cual dista mucho de la que ha sido formulada en el proceso, a partir de la carga formal de partes. Probar se cierne como una garantía del debido proceso y en este sentido la carga dinámica de la prueba, se apresta a tomar el lugar de la tradicional “carga” como potestad de parte.

Es así que la garantía del juez, como un verdadero garante, tiene el deber de asegurar la prueba, un aspecto vital para la justicia. En el mismo sentido el derecho fundamental al debido proceso contempla como uno de sus principios ícono, el derecho a probar. La concreción de ambos, como garantías constitucionales, está en la prueba, “*el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar*

⁵³ DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 27

⁵⁴ Sobre el concepto de carga: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/carga-procesal/carga-procesal.htm>

⁵⁵ PEÑA, Jairo. *Pueda Judicial*, Análisis y Valoración. Bogotá, consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla. 2008. pág. 278

⁵⁶ PARRA, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000. Pág. 154

los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías”⁵⁷.

Por eso hoy, aspectos como las reglas que limitan la prueba y en especial, las reglas de ilicitud pueden entrar en *“conflicto con un desarrollo integral del derecho a la prueba, por la sencilla razón de que su función es impedir la presentación de algunos medios de prueba relevantes. Esta es una cuestión compleja, dado que las reglas de exclusión y las que establecen privilegios tienen, en ocasiones, como razón de ser la protección de valores e intereses judiciales o extrajudiciales (...) el conflicto se da entre diferentes valores relacionados con el proceso: la búsqueda de la verdad, por un lado, y la necesidad de tener un proceso imparcial, eficiente y preciso, por el otro. Sin embargo, dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que se dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo”⁵⁸.*

Como afirma Taruffo sobre la regla de exclusión, *“la pregunta más importante es cuándo y en qué condiciones la protección de intereses o valores extraprocesales, debe prevalecer sobre la búsqueda de la verdad”⁵⁹.* Dar respuesta a esta pregunta, no es sencillo, las normas de orden legal, presentan diferentes soluciones a la prueba ilícita, pero cuando se comparan con las normas de orden constitucional, no hay coincidencia en la protección de garantías constitucionales procesales y en la protección de los derechos fundamentales.

Por ello, en respuesta, es plausible sostener que para la solución de un caso concreto donde se encuentran principios constitucionales, el juez debe responder escrupulosamente al principio de necesidad de la prueba. El proceso contemporáneo espera que, en beneficio de la sociedad, fortalezca las garantías, y aporte a los valores de la justicia y a los principios del Estado Social de Derecho.

“Un derecho fundamental, como lo es el derecho a la prueba, tiene que ser ponderado con derechos o intereses pertenecientes a otras áreas del sistema jurídico. Además, a veces estos derechos también son considerados “fundamentales” porque se dirigen a la protección de intereses individuales básicos (...) en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en las que prevalezca un derecho de interés extrajudicial –afectando o incluso anulando el derecho a la prueba- deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes”⁶⁰.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 56

⁵⁸ TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 57 y 58

⁵⁹ TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 51

⁶⁰ TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008. Pág. 58

El juez debe atender a la protección de los derechos fundamentales y asegurar a las partes, como afirma Comoglio⁶¹, unos mínimos, entre los que se cuentan: a) la garantía de ser oído, en condiciones suficientes para intervenir en cada etapa del proceso; b) la garantía de la defensa, para tener la efectiva posibilidad de hacer valer sus propios argumentos, y c) la garantía de la efectiva contradicción de los medios de prueba.

Para que se cumplan los fines del proceso, el juez como garantía constitucional, cuenta con los necesarios poderes de dirección del proceso. Sin suplantar a las partes y sin coartar sus derechos, el juez actúa con autoridad y orden, *“el ejercicio de la jurisdicción constituye una actividad de naturaleza esencialmente cognoscitiva, no política, no representativa, sujeta exclusivamente a la ley, garante de los derechos fundamentales y, en esa medida con una inevitable dimensión de contrapoder”*⁶².

CONCLUSION

De manera futurista, el profesor Hernando Devis⁶³ se quejó de la forma cómo se educa en pruebas al abogado. En su texto, anticipa la hoy deshonrosa falta de competencias en probática y derecho probatorio, que alcanzan los estudiantes de derecho, y que consecuentemente crece y se acentúa en los abogados colombianos, dejando huellas negativas en la operatividad y eficiencia de la administración de justicia.

Así lo dejó escrito:

“Lástima, pues, que tan pocas horas sean destinadas en las universidades a esta materia, que, con sus inseparables hermanas, la lógica y la psicología judicial, deberían ocupar siquiera dos cursos anuales de mucha intensidad. Mientras esto no se haga, no habrá jueces completamente capacitados, ni buena justicia”.

A pesar de que la transformación de la prueba en el proceso tenga un impacto directo en la decisión justa, a pesar de que el derecho a probar se erija como una verdadera garantía constitucional y a pesar de la fuerza que hoy tiene el debido proceso y, de que el proceso judicial se levante como un instrumento epistémicamente válido para alcanzar la verdad de

⁶¹ COMOGLIO, Luigi. *La garanzia costituzionale dell'azione dd il processo civile*, Padova, Cedam, 1970. p. 118.

⁶² ANDRES, Perfecto. La independencia judicial y los derechos del Juez. <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/seminaindependenciaeimparcialidad/material/Perfecto-A-Final.pdf> p.3-5. Consultado en enero 1 de 2018.

⁶³ DEVIS, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002. Pág. 5

los hechos, el impacto de estas transformaciones seguirá siendo débil a los fines de la justicia, si la educación de los abogados y jueces no se fortalece.

En tanto esto ocurre, corresponderá a los académicos y doctrinantes, escribir para las nuevas generaciones, con el ánimo de que puedan familiarizarse, con las ideas contemporáneas de la prueba.

El impulso y contradicción de la prueba como acción, como verbo, tiene para las partes una finalidad concreta, obtener la resolución favorable de sus pedimentos. Esto significa para las partes, no una posibilidad dispositiva en el sentido de “carga”, sino el principio concreto de autorresponsabilidad, que en el Estado Social de Derecho implica, tener la capacidad de influir en el éxito del proceso.

Esto es determinante para el proceso actual, porque la constitucionalización de la justicia, impone al juez un legado, decidir en verdad y en justicia, y esto lo hará con la aportación probatoria de las partes o sin ella, por eso la nueva regla de distribución probatoria la denomina la ley, “carga dinámica” y también por ello hoy los jueces cuentan a su favor con extensos poderes de instrucción.

Finalmente, es importante estudiar maestros como Devis Echandía, que se esforzaron por dejar un legado claro y contundente. Estas ideas, sumadas a las de estudiosos del derecho contemporáneo, son la guía para la construcción del proceso futuro.

BIBLIOGRAFIA

- AZULA, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Temis, Bogotá, 1998.
- ALVARADO, Adolfo. Prueba judicial. Buenos Aires, Editorial Juris, 2007.
- CAROFIGLIO, Gianrico. El arte de la duda. Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- CORREA, Pablo. Rodolfo Llinás, La pregunta difícil. Bogotá, Ediciones Aguilar, 2017.
- DEVIS, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo primero. Bogotá, Temis, 2002.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá, Temis, 2000.
- FIERRO, Heliodoro. Manual de derecho procesal penal. Bogotá, Leyer, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002.
- COMOGLIO, Luigi. La garanzia costituzionale dell'azione dil processo civile, Padova, Cedam, 1970.
- LESSONA, Carlo. Teoría de las pruebas en el derecho civil vol.2 EN Serie Clásicos del Derecho Probatorio. México, Editorial jurídica universitaria, 2001.
- MUÑOZ, Luis. Curso de Probática Judicial. Madrid. La Ley. 2009.
- NIEVA, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- NIEVA, Jordi. La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba. EN Justicia y Proceso en el siglo XXI. Lima, Editorial Palestra, 2019
- PEÑA, Jairo. Pueda Judicial, Análisis y Valoración. Bogotá, consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla. 2008.
- PARRA, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- RAMIREZ, Diana. La prueba en el proceso una aventura intelectual. Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2017.
- ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- SENTIS, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.
- TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Madrid, Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele y otros. Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006.

TARUFFO, Michele. La prueba. Barcelona, Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Barcelona, Marcial Pons, 2010.

SENTENCIAS

Sentencia Corte Constitucional T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

Sentencia Corte Constitucional C-202 de 2005, MP Jaime Araujo Rentería

Sentencia Corte Constitucional C 1270/200 MP Antonio Barrera Carbonell

Sentencia Corte Constitucional C 790 de 2006 MP, Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia Corte Constitucional C-086 de 2016, Mg ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

NORMAS

Constitución Política de Colombia, 1991

Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012

WEBGRAFÍA

ANDRES, Perfecto La independencia judicial y los derechos del Juez. <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2015/seminaindependenciaeimparcialidad/material/Perfecto-A-Final.pdf> p.3-5. Consultado en enero 1 de 2018.

GONZALEZ, Daniel. Hechos y Argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal II. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668797.pdf>.

Recuperado en mayo 11 de 2019

VEGA, Harold. El análisis gramatical del tipo penal. Pág. 62 Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>

Diccionario <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=verbo&ie=UTF-8&oe=UTF-8>.