



UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
SECCIONAL CÚCUTA
BIBLIOTECA “MANUEL JOSÉ VARGAS DURÁN”

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

Jeferson Arley Castellanos Castellanos

AUTOR(ES) NOMBRES Y APELLIDOS COMPLETOS

Derecho

FACULTAD

Diego Armando Yáñez Meza

DIRECTOR

Abogado

TÍTULO

RESUMEN

Actualmente uno de los mandatos estructurales para la tutela efectiva de los derechos es *el derecho fundamental a la prueba*, no solo por el novedoso fenómeno de constitucionalización del proceso sino por la vivencia de los casos concretos, los cuales le han impulsado serias reformas.

Con anterioridad al Código General del Proceso, la realidad exponía un ciudadano que acudía a la administración de justicia y veía definida la vigencia y eficacia de su pretensión o excepción a través de tres hipótesis de la actividad probatoria: i) en la habilidad o dirigida intensión de su contraparte en aportar o no la prueba del hecho, que es otra manera de entender la noción clásica de carga de la prueba; ii) en la búsqueda de la verdad por parte del juez, a través de sus poderes oficiosos; y iii) en la sorpresa de una inversión de la carga de la prueba por el juez, de la cual la persona a quien se le asignaba la carga de probar, se enteraba en la sentencia de segunda instancia, o en sede de casación o en la eventual revisión.

En la actualidad con el CGP y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se le aumentan los poderes de instrucción al juez, al permitírsele iv) asignar la carga de probar a la parte de la relación procesal que se encuentra en mejor posición de hacerlo y v) decretar medidas cautelares probatorias; nueva realidad que implica redefinir y examinar lo que denominaremos

los “insumos” a los cuales puede acudir el juez que pretenda hacer una protección efectiva del *derecho a la prueba*, en la *etapa de proposición y requerimiento de la prueba*. Como consecuencia, se plantea la disertación frente a la afectación del derecho sustancial de este derecho fundamental, de una parte, y entorno a los serios desafíos frente a la estructura y trámite creado para la carga dinámica desde el CGP, abordados desde sus aspectos críticos en lo que se considera eminentemente procesal.

CARACTERÍSTICAS:

PÁGINAS: 155 PLANOS: 0 ILUSTRACIONES: 0 CD-ROM: 1 ANEXOS: 2

INSUMOS QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO
JUDICIAL

Presentado por
JEFERSON ARLEY CASTELLANOS CASTELLANOS

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2016

INSUMOS QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO
JUDICIAL

Presentado por
JEFERSON ARLEY CASTELLANOS CASTELLANOS

Proyecto de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de abogado

Director:
DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA
Abogado especialista en derecho público y Magister en derecho administrativo

Asesor metodológico:
LUIS ENRIQUE NIÑO OCHOA
Especialista en Investigación Social

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
SAN JOSÉ DE CÚCUTA
2016

*Al soberano altísimo, por la vida y sabiduría que me concedió para iniciar y terminar este proyecto:
ser abogado*

*A mi madre, Doris Cecilia Castellanos Ayala, motor de este proyecto y ejemplo de nobleza y dureza de
constancia y paciencia pero sobre todo de sabiduría una mujer única por esencia*

*A mi padre, Manuel Castellanos Torres, al igual que mi madre, motor de este proyecto su humildad y
compresión son únicas y su apoyo ha sido constante*

*A mi abuela, Eloina Ayala Rey, sus rodillas y palabras hacen convertir en realidad las peticiones de
mi mente y corazón*

*A mi tío, Nelson Castellanos Ayala, inspiración y motivación para inclinarme y elegir la maravillosa
ciencia del Derecho como mi proyecto de vida*

*A mis amigos, Diego Yáñez Meza, Carlos Jahir Flórez, Octavio Arenas y Edwing Manrique, su
compañía apareció en el momento propicio y sus consejos fueron y serán fundamentales*

A la Universidad Libre de Cúcuta

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

San José de Cúcuta, Marzo de 2016.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a

Dr. Diego Armando Yáñez Meza, Asesor Disciplinar del Trabajo de Grado, profesor de la Universidad Libre de Cúcuta y amigo, por su apoyo incondicional y entrega a los distintos proyectos trazados por mí durante el pregrado de los cuales siempre se obtuvo los mejores resultados, pero sobre todo por su aporte en mi formación como abogado y persona.

Dr. Luis Enrique Niño Ochoa, Asesor Metodológico del Trabajo de Grado, por su valiosa e impecable orientación en el proyecto pero sobre todo por el apoyo para la conclusión del mismo.

Dr. Edgar Manuel Caicedo Barrera, Magistrado de La Sala Penal Del Tribunal Superior De Cúcuta, por su confianza y credibilidad en el talento sin importar edad y por ayudarme a tomar impulso y experiencia en la profesión más maravillosa del mundo: el Derecho.

Dr. José Vicente Carvajal Sandoval, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cúcuta, por su interés, animo e impulso durante el desarrollo de mi pregrado, desde primero a quinto año estuvo atento a mis distintos proyectos, un eje de admiración para el Unilibrismo de Cúcuta.

Dr. Carlos Alberto Colmenares Uribe, sin dudas un icono Unilibrista, un apoyo emocional, un generador y descubridor de talentos, un Maestro del Derecho, sus enseñanzas no se borran y sus palabras no se olvidan.

Dra. Débora Guerra Moreno, por su incondicional y constante interés en las distintas participaciones desarrolladas en mi pregrado, sus felicitaciones se convertían en palabras para continuar las distintas labores académicas.

Dr. Sandro José Jácome Sánchez, admiración y respeto por sus enseñanzas y su labor profesional, lo hacen digno de que sus alumnos vean en él el ejemplo de un aspirante a ser profesional del derecho.

Dres. José María Peláez Mejía y Diego Javier Barajas Conde, profesores de la Universidad Libre de Cúcuta, ejemplos de excelencia y representatividad, por ayudarme a descubrir e impulsar en mí la pasión por el derecho penal pero sobre todo, por su entrega incondicional al premio logrado en el Concurso Nacional de Técnicas de Juicio Oral.

Dr. Francisco Ovalles Rodríguez, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cúcuta, por apasionarme desde el primer día de clases por el estudio en la ciencia del derecho, sus clases son un verdadero símbolo de preparación profesional y aprendizaje.

Alex Velásquez, por su colaboración y apoyo que resultó fundamental en la redacción y discusión de estas ideas.

RESUMEN EJECUTIVO

Jeferson Arley Castellanos Castellanos, estudiante de la Universidad Libre de Colombia, presenta el trabajo de grado como requisito para optar el título de abogado, titulado insumos que garantizan la presencia de la prueba en el proceso judicial. La investigación aborda una temática sensible en la realidad jurídica y cotidiana del proceso judicial colombiano: la garantía del ordenamiento jurídico frente al derecho a la prueba. Después de la formulación de un plan de estudios, de una hipótesis y un esquema de resolución se exponen unas precisiones conceptuales frente al termino prueba judicial, Seguidamente, se desarrollan las bases teóricas, haciendo un estudio doctrinal y jurisprudencial de lo que se ha denominado como derecho a la prueba de la sin dejar a un lado la normativa consagrada en la Constitución de 1991 y legislaciones inferiores, se hace una remisión jurisprudencial y doctrinal para establecer las etapas y elementos del derecho a la prueba, determinando su desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana. Posteriormente, se señala en un capítulo nuevo los criterios usados en la investigación para identificar en el ordenamiento jurídico los denominados insumos del derecho a la prueba.

En un siguiente capítulo se entra a desarrollar la carga de la prueba, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria los cuales corresponde a los insumos que garantizan el derecho a la prueba, para ello se identifican los elementos y características de cada uno de ellos, usando para ello una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales. Seguidamente se procede a asociar las características y elementos con el derecho a la prueba y así incluir párrafos finales que vislumbren al lector la idea de los insumos que garantizan el derecho a la prueba y permiten, en consecuencia, avalar la presencia, aseguramiento, aporte y práctica de la prueba en el proceso judicial colombiano. Finalmente, se procede a exponer las conclusiones dejadas con el desarrollo de la investigación.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	14
IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO	17
Título	17
Planteamiento del problema	17
Formulación del problema	18
Sistematización del problema	18
Justificación	18
Objetivos	19
Objetivo general	19
Objetivos específicos	19
MARCO REFERENCIAL	21
Antecedentes	21
Bases teóricas	21
Bases legales	42
DISEÑO METODOLÓGICO	52
Tipo y método de investigación	52
Población y muestra	52

Técnicas de recolección de información	52
Análisis de la información	52
Análisis inferencial	77
INSUMOS QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL COLOMBIANO	81
Análisis de conceptos doctrinales frente al término prueba judicial	81
Antecedentes, aspectos críticos y propositivos de la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria	88
La carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria y el derecho a la prueba en el proceso	114
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	137
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142
ANEXOS	158

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO A: FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL	156
ANEXO B: FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	156

INTRODUCCIÓN

Para el estudiante de derecho, abogados y jueces,
la prueba es el complemento de todos sus conocimientos, pues sin ella
jamás se podría ejercer su profesión ni administrar justicia.
Es su amplio estudio que hace jueces capacitados y buena justicia,
pues en el proceso, es la prueba la que crea el derecho.
El autor

A partir del **i)** código civil pasando por el **ii)** código de procedimiento civil, **iii)** subreglas de la jurisprudencia constitucional, ejemplo, frente a sujetos que ostentan una especial protección constitucional -población desplazada, menores de edad, personas de la tercera edad y demás sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta-, **iv)** subreglas de la jurisprudencia contencioso administrativa, ejemplo, en materia de responsabilidad del Estado por la actividad médico sanitaria, **v)** la Constitución Política de 1991, **vi)** del Código General del Proceso y **vii)** del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se identifican los principales referentes normativos que garantizan el derecho a la prueba en la etapa de proposición y requerimiento de la prueba en el proceso judicial en Colombia.

Desde esta perspectiva, en materia de carga de la prueba y para todas las especialidades del derecho, se evidencia en la doctrina diversas discusiones¹ sobre quién debe probar lo alegado en el proceso en relación al trípede demandante-demandado-juez. Esta relación plantea la cuestión sobre la prueba de los hechos por estos sujetos a través del contraste de los anteriores referentes normativos, para tratar de establecer los aspectos favorables o críticos que la reforma del CGP introdujo sobre el derecho a la prueba en lo sustancial (etapa de proposición y requerimiento) y en lo procesal (estructura del proceso), para así determinar su influencia en la tragedia de la persona que acude ante el juez en la búsqueda de la protección efectiva del derecho que se considera afectado de conformidad a su pretensión o en su resistencia.

¹ A título de ejemplo se resalta la discusión teórica suscitada entre el profesor colombiano Jairo Parra Quijano en su libro *racionalidad e ideología de las pruebas de oficio* (Parra Quijano, 2004) frente al contenido del libro escrito por el profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso denominado *Debido proceso Vs. Prueba de oficio* (Álvarado Velloso, 2004).

La prueba en el proceso judicial o administrativo es la piedra angular del *iter* a través del cual se escruta en el pasado para conocer cómo ocurrieron los hechos y otorgar la protección efectiva al derecho o interés que se presenta. Esa naturaleza, construida a partir de la evolución, retroceso y confrontación del modelo anglosajón y continental europeo desde la edad media hasta la denominada posmodernidad y lo contemporáneo (Ramírez Carvajal, 2013), presenta en la actualidad punto de vital discusión. Ciertamente, entre las propiedades “puras” del modelo inquisitivo y dispositivo, lo que puede hacer el juez en el ejercicio de la jurisdicción se cuestiona porque actúa más allá de lo que estos modelos le definen -activismo judicial- o porque simplemente parece inactivo frente a lo que ocurre en su expediente -garantismo- (Alvarado Velloso A. , 2011).

Esta vacilante e interminable crítica a las fortalezas y funciones del juez, que se ve atacado con una u otra teoría, requiere de una visión del sistema normativo aplicable en Colombia, a fin de determinar cuáles son los insumos reales con los que cuenta el juez para definir el debate probatorio que se le presenta, en relación a la llegada de la prueba al proceso. Con lo anterior, sin lugar a dudas, se debe tener en cuenta que en la totalidad de casos judiciales el problema radica en que: **i)** el juez reconozca cuáles son sus armas, que se identifican en los poderes probatorios y deberes y que **ii)** el juez sea consiente sobre el qué puede hacer con esos insumos.²

Para el cumplimiento de lo anterior, en el primer capítulo se plantea el problema y se revela la hipótesis de la investigación, así como el plan de estudios, objetivos, metodología y justificación del proyecto.

En un segundo capítulo la evolución conceptual del vocablo judicial prueba de acuerdo con lo analizado por el profesor francés (Gorphe, 1967), y seguidamente con ello se desarrolla el análisis de la concepción del termino prueba judicial vista por quince procesalistas, en donde se destacan (carnelutti, 2000), (Montero Aroca, 2011), (Mittermaier, 2001), (Couture, 1958), (Parra, 2011), (Bentham J. , 2001), (Rosenberg, 2007), (Taruffo M. , La prueba de los

² Cuando se hace referencia en el presente artículo al termino *insumos* se relaciona a los instrumentos jurídicos que tiene el juez para garantizar en el proceso judicial el derecho a la prueba y, en consecuencia, el debido proceso.

Hechos, 2002) entre otros. Una vez descrito lo anterior, se procede a entregar una definición de lo que se considera prueba judicial.

En un tercer capítulo, se desarrolla lo relativo a los elementos del derecho a la prueba, en donde la doctrina y la jurisprudencia han incluido el derecho asegurar la prueba, aportar la prueba, a decretar la prueba, a practicar la prueba y valorar la prueba y adicional a ello la jurisprudencia constitucional ha incluido como un elemento del derecho a la prueba el de tener la incidencia lógica y proporcionalmente importante en la decisión judicial. Así mismo se estudian lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado etapas del derecho a la prueba, enunciadas así: **i)** la proposición o requerimiento de la prueba; **ii)** el pronunciamiento sobre su admisibilidad; **iii)** a la inclusión en el proceso y, finalmente, **iv)** a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica.

En un cuarto capítulo se describen y se explican los criterios que se usaron para identificar y crear la teoría de los insumos que garantizan la presencia de la prueba en el proceso judicial y en consecuencia el derecho a la prueba, y así se describen cada uno de ellos: **i)** la carga de la prueba, **ii)** la prueba de oficio, **iii)** la carga dinámica de la prueba y, **iv)** la medida cautelar probatoria.

Finalmente en un último capítulo, se describen aspectos dogmáticos y prácticos frente a la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria y se desenvuelve el respectivo comentario teórico que pone en evidencia y discusión la inclusión de cada uno de ellos como un insumo del derecho a la prueba.

Por último, ha de existir un presupuesto inamovible para dar respuesta a la cuestión: el Estado social de derecho, el cual en virtud del trinomio estructural en la ideología democrática, social y liberal, le impide al juez el papel de simple espectador, donde es claramente identificable y característico un papel interventor (Damaska, 2000) en el proceso y siguiendo como principal texto el del sentido común (Ossorio, 1989).

IDENTIFICACION DEL PROYECTO

Título

Insumos que garantizan la presencia de la prueba en el proceso judicial.

Planteamiento del problema

Actualmente uno de los mandatos estructurales para la tutela efectiva de los derechos es el derecho fundamental a la prueba, no solo por el novedoso fenómeno de constitucionalización del proceso sino por la vivencia de los casos concretos, los cuales le han impulsado serias reformas.

Con anterioridad al Código General del Proceso la realidad enrostraba un ciudadano que acude a la administración de justicia y ve definida la vigencia y eficacia de su pretensión o excepción a través de tres sistemas: i) en la habilidad o dirigida intensión de su contraparte en aportar o no la prueba del hecho, que es otra manera de entender la noción clásica de carga de la prueba; ii) en la búsqueda de la verdad por parte del juez, a través de sus poderes oficiosos; y iii) en la sorpresa de una inversión de la carga de la prueba, de la cual la persona a quien se le asigna la carga de probar se entera en la sentencia de segunda instancia que debía hacerlo.

En la actualidad con el CGP y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se le aumentan los poderes de instrucción al juez, al permitírsele iv) asignar la carga de probar a la parte de la relación procesal que se encuentra en mejor posición de hacerlo y v) decretar medidas cautelares probatorias, lo que implica redefinir y examinar lo que denominaremos los “insumos” a los cuales puede acudir el juez que pretenda hacer una protección efectiva del derecho a la prueba, en la *etapa de proposición y requerimiento de la prueba*, lo cual conforme a esta nueva realidad procesal afecta el derecho sustancial de este derecho fundamental, de una parte, y plantea serios desafíos frente a la estructura misma de la carga

dinámica frente a algunos aspectos que definió el CGP, lo cual puede abordarse desde sus aspectos críticos en lo que se considera eminentemente procesal.

Formulación del problema

¿Cuáles son los insumos esenciales que la Ley le concede al Juez para garantizar en el proceso judicial el aporte, búsqueda, encuentro y conservación de la prueba de los hechos y consecuentemente cuál es la regulación consagrada en la ley para cada uno de ellos?

Sistematización del problema

¿Qué conceptos se enuncia en la doctrina frente al término prueba judicial?

¿Qué antecedentes, aspectos críticos y propositivos presenta la ley y la jurisprudencia frente a la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria?

¿Qué criterio permite Demostrar que la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria son los insumos que entrega la Ley para que se garantice el derecho a la prueba en el proceso?

Justificación

En lo que a la justificación respecta encuentra su respaldo en la característica fundamental que tiene la prueba para probar el hecho que sustenta una pretensión pues como ha manifestado la doctrina “tanto vale no tener un derecho como no poder probarlo, ejercerlo o defenderlo”.

Al ser de tal magnitud la importancia de la prueba para el convencimiento o conocimiento de los hechos al juez, los mecanismos que apunten al aporte, búsqueda,

encuentro y conservación de un medio de prueba deben ser estudiados desde sus antecedentes hasta las regulaciones actuales, para aportar posiciones novedosas que amparadas en la Constitución, en los principios del derecho procesal y del debido proceso probatorio aporten conocimiento a la academia y la doctrina para que vean la importancia de aplicar correctamente los insumos del derecho a la prueba, entiendo que en un estado social de derecho el juez debe comprender que tiene en sus manos las necesidades y tragedias de las persona las cuales se sustentan en los medios probatorios y no en la astucia o ignorancia de profesional del derecho.

Finalmente al Existir en Colombia, constitucionalmente, un régimen procesal civil, procesal penal, procesal administrativo y demás especialidades del derecho procesal, los aspectos favorables o críticos que se enumeren y se estudien se darán de instituciones contenidas en mencionados regímenes que como es sabido son normas de alcance nacional, lo que genera consecuentemente que el proyecto inevitablemente representa aportes del mismo nivel.

Objetivos

Objetivo general

Analizar el significado y alcance de los insumos que le entrega la Ley al Juez para garantizar el aporte, búsqueda, encuentro y conservación de la prueba.

Objetivos específicos

Analizar distintos conceptos doctrinales frente al término prueba judicial.

Enunciar antecedentes, aspectos críticos y propositivos de la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria.

Demostrar que la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria son los insumos que entrega la Ley para que se garantice el derecho a la prueba en el proceso.

MARCO DE REFERENCIA

Antecedentes

Como antecedentes de la investigación se encuentran la investigación realizada por (Yañez Meza & Castellanos Castellanos, en proceso editorial) como artículo de investigación que se titula “el derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos con la reforma del código general del proceso”, aclarando que el artículo aún no se encuentra publicado en ninguna revista ni en página digital, pero sí se encuentra en proceso editorial en la revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana. Texto que será utilizado para obtener un contexto de la evolución del derecho a la prueba en Colombia desde el Código Civil hasta el recién expedido Código General del Proceso.

En un grado menos de intensidad se utiliza el artículo de investigación titulado el derecho a la prueba como un derecho fundamental, publicado en la revista estudios de derecho de la universidad de Antioquia en el año 2007 (Ruiz Jaramillo, 2007). Se evidencia esta investigación como antecedente por el enfoque y la importancia que le da al derecho a la prueba dentro del proceso judicial.

Bases teóricas

Concepto del vocablo jurídico prueba: doctrina

La prueba en el proceso judicial es el íter de la piedra angular, a través del cual se escruta en el pasado para conocer cómo ocurrieron los hechos y otorgar la protección efectiva al derecho, interés, pretensión o excepción que se presenta (Yañez meza y Castellanos Castellanos, 2016). No obstante su concepción, definición, aplicación y similares han sido punto de vital discusión

entre los expertos de las diferentes ciencias en general y de la ciencia del derecho procesal y del derecho en particular.

A través de la historia del Derecho se ha afirmado y se continuara afirmando por la totalidad de la doctrina entre otros por (Carnelutti, 2000), seguido por (Dellepiane, 2014) y (Echandia Devis, 2012) que el concepto o la definición de prueba se encuentra fuera del campo del Derecho pues resulta un instrumento necesario no solo para la parte o el juzgador sino para aquel que hace o estudia, periodismo, ingeniería, historia, paleontología, geología, filosofía, biología psicología y todas aquellas profesiones u oficios que requieren de comprobar sus concepciones, es decir, que el termino Prueba no resulta ser solamente una concepción jurídica o científica sino también humana, como ejemplo de este última percepción –la humana- se destacan entre otras situaciones la del niño que lanza el balón al suelo para *comprobar* si el balón rebota, o la madre que siguiendo las recomendaciones médicas y de higiene *comprueba* a través de sus sentidos que el agua con la que va a bañar a su recién nacido esta tibia pues en caso contrario perjudicaría la salud del menor, o el uso de los anteriores ejemplos por parte del autor, para *demostrar* el inevitable uso de la prueba en las actuaciones no solo jurídicas y científicas, sino también humanas.

En lo que a las concepciones jurídicas corresponde el profesor ingles Jeremy Bentham considera que la Prueba tiene por fin, en la ideología Benthamniana, la de establecer la verdad de un hecho y frente a lo que debe ser considerado como prueba, en un sentido amplio, el profesor Bentham (2001) manifiesta: “¿Qué es una Prueba? Respondemos en el más amplio sentido de esta palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad respecto a la existencia o inexistencia de otro hecho.” (p.8) frente a este respecto al comentar su definición Jeremy Bentham (2001) manifiesta:

En este sentido toda Prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno que puede llamarse hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; y otro denominado hecho probatorio. Por tanto, toda decisión fundada en una prueba actúa por vía de conclusión: dado tal hecho se llega a la conclusión de la existencia de tal otro. (p.8)

Puede resultar, en la actualidad, bastante engañosa la definición usada por el profesor inglés, en punto que la definición llega a confundirse con la del vocablo judicial *indicio*, pues como afirma Devis Echandía (2012, p.13.) esta noción de prueba restringe de prueba a los hechos que sirven de objeto de prueba a otros hechos.

Sin embargo se coincide con la doctrina que ve en Bentham (1971), un antes y después del derecho probatorio y que con sus aportes ayudó a la creación o mejoramiento de posteriores instituciones relativas a las pruebas judiciales, a la clasificación de los medios de Prueba,³ a los tipos de hechos,⁴ a la posible inadmisión y exclusión de prueba⁵ y a sentar ideas claras a preguntas como ¿por qué debe el juez creer en un testimonio? (Bentham, 2011, p.15), entre muchos cuestionamientos más con los cuales el profesor inglés genera por primera vez en la historia reglas frente a la apreciación de las pruebas judiciales que hasta esa época brillaban por su ausencia, lo que generó ideas que empezaron a impulsar, después de muchos siglos, una evolución más científica en la concepción y apreciación de las Pruebas judiciales.

Otro de los profesores que dio aporte al estudio del derecho probatorio fue el alemán Anton Mittermaier quien en su obra titulada “*Die Lehre Von Beweise*” o Pruebas en materia criminal, desarrolla ideas frente a las pruebas judiciales que, como lo indica el título de la

³ Jeremy Bentham (2001) hace ocho divisiones de los medios de prueba siendo la primera: la prueba personal y la prueba real; la segunda es la Prueba directa o indirecta o también denominada Prueba circunstancial; la tercera división se clasifica en testimonios voluntarios y testimonios involuntarios; en la cuarta división se encuentran las Pruebas por deposición y las Pruebas por documento en la quinta las Pruebas por escritos causales y la Prueba por escritos pre-constituidos, esta última clasificándose en Prueba Ex parte (por una de las partes) y a partibus (por ambas Partes); en la sexta división entran las Pruebas independientes y las Pruebas prestadas; en la séptima división el testimonio original y el testimonio no original; en la octava división el testimonio perfecto y el testimonio imperfecto (P.12, 13 y 14).

⁴ Ibídem Págs. 10 y 11 Frente a los tipos o división de la clase de hechos –en su expresión jurídica– aunque se puede considerar por algunos una clasificación inútil y en desuso frente a las recientes normativa iberoamericanas vigentes otro sector puede considerar que en esencia siguen existiendo los tipos de hechos enunciado por el profesor inglés que realiza la división así: i) Hecho afirmativo y Hecho negativo; ii) Hecho interno y Hecho Externo; iii) hecho probado y Hecho Observado; iv) Hecho físico y Hecho psicológico; v) Hecho directo y hecho indirecto; vi) hechos incriminativos o inculpativos y hechos exculpativos o justificativos y; vii) Hechos colativos y Hechos Ablativos.

⁵ El profesor Devis Echandía (2012, P.61) haciendo referencia al pensamiento de Bentham respecto a las reglas de exclusión de una Prueba afirma “... Por otra parte, ataca la Teoría de la Legal relevancy o sistemas de reglas de exclusión, que limita la investigación a lo más relevante; insiste en que no se debe excluir ninguna Prueba, y afirma que la probandum no es la cuestión controvertida sino los hechos, en todo lo cual anduvo con cierto indudable”

obra, se especifican en el proceso penal. Aunque su obra no define de una manera clara y expresa el vocablo prueba éste sí puede ser deducido de la lectura de su obra aunque el concepto dado por Mittermaier se aleja de las nociones generadas en un principio por el profesor inglés Jeremy Bentham, manifestándolo así:

Cuando un individuo aparece como autor de un hecho al que la ley le señala consecuencias aflictivas, y siempre que se trata de hacerle aplicación de ellas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la conciencia del juez, dándose el nombre de Prueba la suma de los motivos que producen la certeza (p.29).

De la afirmación anterior hecha por el profesor alemán se asimila la prueba con la administración de la prueba, es decir del concepto expresado por Mittermaier se deducen dos componentes: i) un componente que podemos denominar propositivo, consistente en proponer, dar a conocer o sustentar los motivos o razones de la certeza de un hecho que, dentro de las exigencias o requisitos para la configuración de la definición dada por el jurista alemán, sería el conjunto de motivos y ii) un segundo componente al cual le podríamos denominar de resultado, o que otros denominan fenómeno psicológico,⁶ que sería la finalidad obtenida con el conjunto de motivos dados a alguien, es decir, la certeza de la existencia o inexistencia de un hecho.

En lo que al profesor italiano Carlo Lessona respecta, se puede afirmar que es él el encargado de generar el debate, se hace la afirmación en consideración de lo escrito en su obra, pues se distingue, al menos de manera semántica, el vocablo probar del concepto prueba o medio de Prueba, frente al primero Lessona (2001, p.v) afirma que: “*Probar, en este sentido (jurídico), significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser.*” Analizada la anterior definición resulta valedero deducir que corresponde o presenta como característica del vocablo Probar una acción o

⁶ Dentro de los profesores que denominan este componente como un fenómeno psicológico y que además comparten el concepto de MITTERMAIER se encuentra el jurista mexicano (MORENO CORA, 2001) en su *Tratado de las Pruebas Civiles y Penales*.

actividad procesal de las partes, de lo cual no debe existir discusión doctrinal ni académica alguna.

Sin embargo, Lessona (2001, p.VII) al continuar con el estudio del medio de Prueba lo define como un concepto derivado de otro concepto –el de Prueba- y que como medio pretende alcanzar un doble fin: i) el de dar conocimiento claro y preciso de un hecho al juez y ii) dar certeza de la existencia o inexistencia de un hecho.

Si se analiza detenidamente el concepto probar con el de medio de Prueba dado por el profesor italiano, se Puede deducir: i) una cuasi-similitud entre el vocablo probar y el término medio de Prueba; ii) dos finalidades descritas a la definición del medio de prueba –la de dar certeza de la existencia o inexistencia de un hecho y la de dar a conocer un hecho- que se asemejan al resultado obtenido con la acción de Probar; iii) no existe en la transcripción hecha por el profesor italiano la definición del vocablo Prueba, pues el primero corresponde a una acción –la de probar- y el segundo al medio de prueba –objeto-.

Lo anterior, no implica que no se de en la obra de Lessona la definición de Prueba sino todo lo contrario pone en evidencia otro nuevo concepto de Prueba que en el entendido del profesor Lessona seria todo medio capaz de alcanzar un doble fin: el fin de dar a conocer al juez un hecho y el fin de dar certeza de la existencia o inexistencia del mismo, lo que incluye en la definición el medio de prueba, la acción de probar y el resultado de probar.

A mediados del siglo XX el Profesor alemán (Leo Rosenberg, 2007), aumenta el uso del vocablo prueba a otras acepciones:

La palabra prueba no significa únicamente la actividad probatoria = gestión de la Prueba; sino también el medio de prueba (“sobre esto es prueba la declaración del testigo X”) o su recepción (“la prueba mediante inspección ocular”) o el resultado de la Prueba (se ha producido la Prueba”). (p.215)

Del concepto elaborado por el ilustre procesalista alemán, se evidencia una nueva evolución al concepto de prueba, es decir, se adiciona, a las ya estudiadas, una nueva posición doctrinal respecto de lo que debe entender por prueba, pues de la definición de Rosenberg se deducen como componentes esenciales del concepto jurídico de prueba lo siguiente: a) la prueba como acción, es así como se habla del arte de probar o de la gestión de probar; b) la prueba como medio –objeto- o instrumento que permite llevar el convencimiento de la existencia o inexistencia de un hecho, es de ahí que se habla de la prueba documental, de la confesión o del testimonio; c) la prueba como procedimiento de producción, generación o de valoración, es ahí donde incluye, el procesalista alemán, la inspección ocular, no solo como medio de prueba sino también como una forma de producirla y de valorar otras pruebas generadas como consecuencia de aquella y; d) entiende finalmente el profesor Rosenberg la prueba como el resultado obtenido de la actividad de probar, es así como es valedero decir al interior de un juicio de responsabilidad penal “es prueba del homicidio y sus causas el cadáver de A.A. y la necropsia realizada al mismo sujeto”, o un juicio civil “es prueba de la deuda, la letra de cambio firmada entre el demandante y demandado”.

Quizás en la doctrina clásica, junto con Chiovenda y Calamandrei, Francesco Carnelutti se convierte en un enigma a seguir o al menos de ser usado en cualquier obra que estudie el proceso o las pruebas.

En lo que respecta a la Prueba Francesco Carnelutti da aportes teóricos y prácticos en el estudio del procedimiento probatorio, de las instituciones del derecho probatorio y en el concepto jurídico de prueba, además que con el maravilloso discurso usado por el ilustrísimo profesor italiano se plantea, porque no afirmarlo, una filosofía del derecho probatorio.⁷

⁷ Dentro de los aspectos que se pueden resaltar de la obra del profesor (Carnelutti, 2000) son:

1. La función de la Prueba en el proceso judicial, como acto de convencimiento de un hecho concreto (afirmado, admitido o controvertido por una o ambas partes) para ser la base de otro hecho hipotetizado (sic) en la norma general. Es así como se afirma en la voz del profesor italiano que el fin de un medio de prueba es obtener la comprobación de la aserción hecha por una de las partes respecto de la aplicación de una norma. (capítulo 1)
2. La pugna de intereses de las partes –intereses que son privados- en el proceso judicial como perjudicialidad para la finalidad del mismo la de obtener la verdad real. (capítulo 1)

Frente a lo que interesa a este capítulo, esto es, el concepto jurídico de la Prueba, el maestro italiano esboza varias acepciones para el entendimiento del término prueba desde un sentido jurídico, frente a la definición de prueba (Carnelutti, 2000) sostiene:

Entendida la Prueba como comprobación de la verdad del hecho o como fijación formal del mismo, es el resultado del empleo del medio o medios indicados sobre el objeto (percepción del hecho a probar); o sobre la fuente de ella (percepción del hecho diverso al hecho a probar y deducción de éste del hecho a probar) (p.199)

Lo anterior permite entender la prueba como: i) una operación mental que se realiza para determinar o fijar de manera formal la ocurrencia de unos hechos (P.38 y 39); ⁸ ii) un resultado, derivado del objeto de la Prueba; iii) y un procedimiento realizado por las partes procesales y demás sujetos que en el proceso intervienen para comprobación de la verdad de un hecho.

Finalmente el autor discrepa de aquella utilización, que él denomina inexacta, dada por los códigos de aquella época, que hoy en día, como lo veremos más adelante, aún resulta ser utilizada al vocablo Prueba, como son los casos en que se entiende prueba como resultado obtenido por el empleo de medios, o cuando se usa el termino para indicar un medio de prueba o cuando se usa para referirse a la fuente de prueba (Carnelutti, p.202), significado dado con anterioridad desde la perspectiva del jurista italiano. Pues prueba en la voz del profesor italiano solo puede ser entendida, en la forma en que éste la define, pues los demás se

3. El medio de Prueba como un instrumento para fijar formalmente los hechos controvertidos, esto dependiendo según la ideología o política consagrada en el ordenamiento procesal, es decir, si la búsqueda es a través de un método formal para obtener la verdad o de un método real para obtener la verdad (capítulo 2).

4. además también distingue el profesor italiano, la distinción entre lo que debe considerar como fuente de prueba y como medio de prueba, siendo el primero –fuente de Prueba- el hecho del cual se sirve para deducir una verdad y el segundo –el medio de Prueba- la actividad del juez a través de la cual busca la verdad del hecho a probar (capítulo 2, P.70 y 71).

5. La percepción y la deducción como componentes de valoración de una prueba directa o indirecta según sea el caso (ibídem).

6. Finalmente expone algunas consideraciones jurídicas frente al testimonio, el documento y los indicios.

⁸ Sin embargo el profesor italiano desenvuelve aquí una discusión frente a la valoración y el conocimiento del hecho o grado de certeza del mismo, discusión que no resulta competente trasladar en la presente investigación.

convierten en usos inexactos y promiscuos que aumentan la confusión terminológica y el uso indiscriminado del vocablo judicial Prueba.

“Nunca podrá ser plenamente entendida la significación de la prueba”: afirma (Couture, 1958: p.218), Sin embargo la anterior aserción no impide al ilustre procesalista unirse al debate de las distintas acepciones de prueba y dar su perspectiva.

En sentido general o “acepción común” la Prueba se entiende, en la perspectiva de (Couture, 1958: p.215) como “...la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.” Sin embargo la anterior definición resulta ser muy general y aplicable, como definición, para cualquier tipo de ciencia y no concreta para la ciencia del derecho procesal, la cual también es dada por (Couture, 1958), que al respecto sostiene:

En sentido jurídico, y específicamente en jurídico procesal, la Prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba Penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La Prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad de las proposiciones formuladas en el juicio. (p.215 y 216)

Y más adelante incluye la definición de Prueba como medio afirmando que:

Tomada en un sentido Procesal la Prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. (p.217)

Por otro lado, pero continuando con las acepciones de la Prueba en sentido jurídico, el profesor argentino (Antonio Dellepiane, 2014) no presenta novedad frente al concepto jurídico de prueba, cuestión distinta que se vislumbra al momento de explicar en su obra el concepto de prueba en un sentido amplio o general, al respecto sostiene:

Prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, con el fin de aquilatar de bondad, eficacia o exactitud de algo, tratase de una cosa material, o de una operación mental traducida o no en actos, resultados. (p.8)

De lo analizado hasta aquí se evidencia en la lectura del concepto anterior una nueva definición de un concepto general o amplio de Prueba, sin embargo frente a la que nos compete, esto es, el concepto jurídico de Prueba, el profesor no expone una nueva idea sino transcribe en su obra, lo que hasta en esa época se entendía por Prueba –en su sentido jurídico- de la lectura de (Antonio Dellepiane, 2014) se deduce:

Usasele, desde luego, en el sentido de medio de prueba o sea para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso... en segundo lugar, entiéndase por prueba la acción de probar, de hacer la Prueba, como cuando se dice que el actor incumbe la prueba de los hechos por el afirmados... por último, con la voz Prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento. (p.7)

El profesor argentino prefirió, en su nueva teoría general de la prueba, no da importancia a la creación de una nueva concepción de la voz Prueba –en su sentido jurídico- y compartir sin objeción alguna el entendimiento y acepción de la totalidad de las posiciones esgrimidas por la doctrina hasta la época frente a la voz prueba, pues de su obra se evidencia la mera transcripción a lo que se refiere la voz Prueba y no se construye una crítica a alguna acepción en específico y en consecuencia poder definir una sola de las diversas acepciones como la más acertada y exacta en su uso.

Al igual que con los profesores hasta aquí estudiados, el maravilloso profesor español en su obra no elude la principal característica de la noción de Prueba, esta es, que no existe consenso en la doctrina en la definición de Prueba, pues son sobresalientes la multiplicidad de definiciones dadas al vocablo Prueba judicial.

En la Prueba Procesal, (Silva Melero, 1963) entiende como Prueba una definición que se comprende de “un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico en general; otras afectando el dominio de la Lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias y adquiriendo particular relieve en las relaciones sociales y humanas” (p.30), sin embargo la característica dada por el ilustre profesor español incluye como único aspecto el polifuncionalismo del vocablo Prueba, lo que nos permite concluir al respecto que es una generalidad marcada a través de la historia en el vocablo prueba.

A pesar de los diversos usos que, al saber del jurista español, se le da al vocablo prueba las acepciones que resultan importantes o que interesan desde el punto de vista procesal son: aquellas en las que Prueba equivale a “justificar”, “manifestar”, “demostrar o hacer patente la certeza de un hecho”, “corroborar”, “confirmar”, “verificar”, “aclarar”, “esclarecer”, “averiguar” o “cerciorar”. (p.31) Es decir se instituye en la Obra de Silva Melero una reducción del vocablo Prueba en donde esta equivale a la actividad y el resultado que se obtiene en el proceso a través de los medios de prueba (testimonios, documentos, confesión etc.)

Pero quizás el profesor que más ha incidido en la doctrina colombiana y gran parte de la moderna doctrina hispano hablante en materia procesal y probatoria ha sido el jurista colombiano Hernando Devis Echandía (2012), que con sus letras referentes a la ciencia del derecho procesal y del derecho probatorio aligero y facilito el estudio de estas dos disciplinas en Colombia.

Se destaca la labor del profesor colombiano en su ardua y sorprendente investigación frente a estudios de la doctrina alemana, francesa, italiana, rusa, española, argentina, uruguaya, inglesa, norteamericana y otros pensamientos jurídicos, que aunque se relacionan con el estudio de las prueba no son de nuestra competencia en esta investigación, pues como se dijo al inicio, se pretende empezar exponiendo las diversas acepciones de Prueba en su sentido jurídico en particular y no del derecho probatorio e general.

En la obra de su autoría, (Devis Echandía, 2012: p.19 a 25) expone, después de analizar las distintas posiciones que se sustentaban frente al concepto de Prueba judicial y citando al profesor Florián y Rocco tres aspectos o manifestaciones contentivas en la definición, que son: i) la manifestación Formal relativa a los medios de prueba que sirven para demostrar los hechos o afirmaciones que sustenten una pretensión, ii) el contenido sustancial o que también se puede denominar esencial y que consiste en los motivos que de la manifestación formal, es decir, de los medios se deducen para declarar la existencia o inexistencia de un hecho que sustenta la pretensión y iii) denominada de su resultado subjetivo se incluyen las acciones que apuntan a generar un convencimiento.

Es decir que dentro de la definición del profesor colombiano se incluyen dentro de la concepción Prueba tres aspectos que podemos denominar como las nociones o el entendimiento de una noción general del termino Prueba, definiendo este vocablo como: el conjunto de medios que se aportan y se producen en el proceso para generar convencimiento al Juez de la existencia o inexistencia de un hecho que sustenta una pretensión, inclúyase dentro de la palabra medios la manifestación formal a la que se refiere Devis Echandía (2012), dentro del uso de la palabra aportan y producen se incluye el contenido de resultado subjetivo y finalmente en el término convencimiento se incluye el uso o manifestación sustancial o esencial.

Finalmente se destaca de las letras del profesor colombiano que aunque hace usa el vocablo Prueba para hacer referencia al medio que demuestra un hecho, este último elemento que a su vez sustenta una pretensión o excepción, realiza en su obra una distinción entre el medio de prueba y lo que es prueba judicial, entendiendo esta última como lo que se prueba en el proceso y como medio prueba el instrumento adecuado y conducente para demostrar la prueba. (Devis, 2012: p.20).

El moderno procesalista colombiano Parra Quijano, se ilustra de una manera distinta la noción de Prueba, distinguiendo esta del objeto de prueba, de la forma de prueba y del fin de la prueba, y se incluyen como aspectos fundamentales unas funciones al vocablo, frente a la noción de Prueba (Parra, 2011) sostiene:

La Prueba entonces tiene una función Social, una función humana individual (la necesidad de un adulto de probar algo para sobresalir, del niño para que lo tengan en cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos para aplicar las normas). (p.2)

Es decir se entiende la Prueba en la obra del jurista en concepto general- social y en un concepto jurídico. Viéndose el primero reflejado en aquellas situaciones en donde es el hombre por naturaleza el que pone a prueba sus cualidades para sobresalir o hacerse notar y el segundo se refleja en el proceso judicial. No obstante se excluye en la voz del maravilloso maestro colombiano la labor investigativa que tiene la Prueba es decir la que ejerce el periodista, el científico, el historiador y demás artes y ciencias que necesitan de hechos, documentos o demás medios para demostrar determinadas hipótesis, no sociales ni tampoco jurídicas, sino más bien científicas.

En la prueba en el proceso civil el profesor español (Montero, 2011) incluye aspectos de derecho que perfeccionan y reducen el concepto de Prueba, aclarando que de una manera general la Prueba debe entenderse en dos clases: i) Prueba Procesal, la cual se produce propiamente en el proceso y ii) Prueba extraprocesal, la cual produce sus efectos en el campo de las relaciones jurídicas civiles materiales. (p.25) La anterior clasificación corresponde a lo que en otrora el profesor Bentham (2001, p.13) denominaría Pruebas Causales y pruebas pre-constituidas. Y que resulta importante hacer para distinguir lo que es Prueba del Medio de prueba.

Dicho lo anterior se puede entregar la noción de Prueba Procesal dada por (Montero, 2011), respecto de la cual sostiene:

La actividad procesal que tiende alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivara del convencimiento psicológico y en otras de las normas legales que fijaran los hechos. (p.60)

Se evidencia en la concepción expuesta por Montero Aroca respecto de las otras obras de los procesalistas hasta aquí analizados la coincidencia en la expresión *generación de certeza de un hecho*⁹ como factor necesariamente incluyente en la definición de Prueba. Sin embargo para el Profesor Montero Aroca esta certeza solo se puede generar de manera objetiva (cuando existe una norma que le exige al juez determinada forma de valoración) o subjetiva (cuando le permite al Juez la valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica), es ahí las dos formas de generarse la certeza de un hecho pues, esta no siempre se genera a través de un medio de Prueba común –testimonio, confesión, inspección judicial, documento– sino también a través de las normas legales.

En cuanto a otro ilustre profesor italiano: Michele Taruffo, a pesar de no escribir un amplio número de hojas a las diversas acepciones sobre la Prueba judicial y las críticas que a las mismas se les puedan hacer, si da un desarrollo a lo que debe ser entendido por el vocablo Prueba judicial, que en sus obras que tratan el tema del concepto de Prueba unen la visión jurídica y técnica que hasta aquí se tenía del vocablo prueba judicial para asociarla junto con el campo de la lógica, la probabilidad, la verdad y la científicidad.

Es en la preocupación de la función, fin y uso lingüístico al vocablo Prueba dentro de las concepciones racionalista o no racionalista de la Prueba que el profesor italiano explica una noción general de Prueba. Frente a ello (Taruffo, 2002) nos entrega lo siguiente:

...emerge una noción general de Prueba como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos. (p.327)

Se incluye en la noción dada por el jurista: i) nuevos términos respecto de las anteriores acepciones –el término aserción e inferencias- ii) la exclusión de términos usados en anteriores conceptos –motivos o razones y convencimiento- iii) se entiende la Prueba como un elemento –medio u objeto- que apunta a reafirmar, confirmar o rectificar lo concluido

⁹ En la voz de Montero Aroca no son los hechos sino son las afirmaciones de los hechos.

después de haber afirmado unos hechos o de servir de sustento para las aseveraciones realizadas respecto de unos hechos.

Frente a este último aspecto, el contenido en el ítem iii), se incluye dentro de la noción de Prueba, dada por Michele Taruffo, el medio de Prueba que sirvió para demostrar un hecho, siempre que este cumpla con los requisitos de relevancia y admisibilidad y generen un resultado positivo frente a lo que el Profesor italiano llama Prueba de los hechos (Taruffo, 2008. p.34), ejemplo: es Prueba de la relación contractual el contrato firmado por los contratantes.

Es Taruffo quien demuestra su inconformidad frente a los usos en ocasiones inexactos al vocablo Prueba y aunque no expone una nueva acepción si mejora las anteriores acepciones excluyendo algunos usos que impulsan la confusión lingüística del uso judicial del vocablo Prueba.

El contemporáneo profesor venezolano evidencia en su obra como primera dificultad en la acepción de Prueba la diversidad de nociones dadas al vocablo, resaltando los usos que hacen referencia a los medios o a la certeza del juez respecto de la existencia o inexistencia de un hecho o como actividad tendiente a probar.

Frente a la acepción del vocablo Prueba (Rivera, 2006) sostiene:

Probar en este sentido es convencerse y convencer de la existencia o la verdad de algo. Probar es, pues, producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. (p.27)

De la definición expuesta por (Rivera, 2006) es valedero afirmar que su acepción del vocablo judicial Prueba se asemeja a la actividad que ejercen las partes para demostrar la existencia o inexistencia de un hecho ejemplo de esta concepción son cuando se afirma: Juan *Prueba* la existencia de la relación laboral.

La acepción que distingue el uso del vocablo judicial Prueba como actividad no ha tenido tanto respaldo doctrinal no aun así representa una posición jurídicamente valedera y con argumento de autoridad no solo de Rivera Morales (2006) sino también como ya se vio del maestro Carnelutti seguido y citado por el profesor venezolano.¹⁰

La ilustre profesora colombiana se convierte en una de los más recientes escritores en Colombia de obras sobre teoría general de la prueba dando de manera general, concreta y profunda las diversas nociones sobre el vocablo judicial Prueba y exponiendo críticas a algunas de ellas, partiendo de la base constante emisión de juicios por parte del hombre en su cotidianidad y en consecuencia la necesidad de demostrar estos en la sociedad en general o en el proceso en particular, es así como (Giacomette, 2014) considera en un primer momento el vocablo prueba como:

La Prueba, por tanto, puede definirse inicialmente como la demostración de las afirmaciones presentes que se refieren a hechos del pasado. (p.72)

Sin embargo el anterior concepto resulta ser un concepto general frente al proceso judicial, lo que implica exponer un concepto más concreto en el ámbito del derecho, es decir, exponer el vocablo judicial Prueba y que en la obra de la Profesora (Giacomette, 2014) se traduce en:

La Prueba tiene por tanto una naturaleza dual: por un lado, está la Prueba como herramienta utilizada para producir el conocimiento de unos hechos y, por otro, está la Prueba como resultado del proceso de reconstrucción de unos hechos sociales acaecidos en el pasado. (p.73)

De la noción expuesta por la profesora Giacomette se deducen como aspectos característicos de la acepción: i) la naturaleza dual de la Prueba, esto es, la de servir como

¹⁰ Aunque se puede generar duda frente a la posición del profesor venezolano de ver la Prueba como actividad se debe considerar que en párrafos posteriores el jurista afirma: “en el sentido que se ha comentado probar expresa una actividad racional dirigida a contrastar una proposición”. (P.28)

medio para crear convencimiento y el resultado o fin obtenido con el medio que no es otro sino el conocimiento de unos hechos y ii) el necesario proceso impulsado por las partes para generar en el Juez una reconstrucción y convencimiento de unos hechos sociales ocurridos en el pasado.

Finalmente la profesora colombiana expone, siguiendo a Dellepiane, las diversas acepciones de la Prueba –la Prueba como medio, la prueba como actividad y la prueba como resultado-, realizando un análisis crítico de cada una de ellas y llegando a la conclusión que la supuesta disparidad existente en el vocablo Prueba se asemeja más a tres momentos distintos de un mismo proceso mental y físico. (Giacomette, 2014: p.77).

El derecho a la prueba: doctrina

Doctrina autorizada (Rivera, 2012) expresa que el “derecho a la prueba, es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se liga con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir, a la decisión conforme a derecho” y adicional a ello se puede incluir el derecho a excluir por nula la prueba obtenida con violación del debido proceso y similares.

A partir de este contexto, la justicia constitucional (Sentencia T-171, 2006) como a partir de la Constitución señaló que el derecho a la prueba “lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: i) la proposición o requerimiento de la prueba; ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica”. De igual forma, ha referido que el derecho encuentra unos límites ya que “i) no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y ii) que una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar las pruebas...debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso”.

Nótese que parte del problema jurídico formulado con antelación se delimita en el primero de los momentos que destaca la Corte Constitucional como contenido esencial del derecho a la prueba: la etapa o momento de la proposición o requerimiento de la prueba.

Desde aquí, resulta evidente la importancia de éste ítem en cuanto a su cronología en el contexto del proceso, por ejemplo, el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la prueba no es posible sin el debido agotamiento de la etapa de proposición o requerimiento de la prueba; así mismo, no es posible llegar al momento de la valoración o apreciación de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, sin el debido agotamiento de la etapa de proposición o requerimiento de la prueba. De tal forma que se hace estructural esta institución que se configura desde la jurisprudencia.

Al respecto, debe indicarse que la principal doctrina colombiana no desarrolla en forma exacta el contenido de esta etapa de proceso judicial bajo la expresión proposición o requerimiento de la prueba ni su contraste y consecuencias desde el enfoque al derecho a la prueba, para tal efecto emplean, por ejemplo, dentro de las etapas de la actividad probatoria los conceptos de proposición y ordenación (Azula, 2008, p.62-63), o en un contexto de la búsqueda de la producción y la conservación de las pruebas (Bentham, 2008, p.525), o dentro de los tres momentos de la actividad probatoria refieren al momento de conformación de los elementos de juicio o pruebas (Ferrer, 2007, p.41), o en el enunciado como “camino de la prueba” dentro de las etapas probatorias en la petición y aporte de la prueba (Nisinmblat, 2013, p.160), o dentro de las fases de la actividad probatoria en la etapa de solicitud (Giacomette, 2015), o como principio del derecho a la prueba, sin hilar el tema respecto a los insumos referidos y su importancia en esta etapa (Parra, 2007, p. 116-127), o dentro de las fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso en la producción u obtención de la prueba y dentro de esta la proposición y presentación de la prueba (Devis, 1984, p.93-97), o dentro de la actividad probatoria dentro de la fase de producción de la prueba (Cabrera, 1988), o dentro de la selección de las pruebas se trata el derecho a presentar pruebas relevantes (Taruffo, 2008). De tal forma que no se perfila el estado del arte a un desarrollo a partir del enfoque constitucional y desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional que describió una de las etapas del proceso probatorio, ni su relación con los enunciados insumos que garantizan el derecho fundamental a la prueba.

A partir de estos, no es accidental que la Corte Constitucional haya empleado esos dos vocablos, proposición y requerimiento, donde en el primero de ellos se ubica el insumo de a) -

la noción clásica de carga de la prueba-, y en el segundo los insumos b) - c) -la prueba de oficio-, d) -la carga dinámica de la prueba- y e) -la medida cautelar probatoria-, dado que al no serle suficiente lo que le proponen las partes, se necesita para el proceso que se requiera la prueba a ellas o a cualquier otro, a fin asegurar la prueba de los hechos. Siendo así, el derecho a la prueba posee en el proceso herramientas que garantizan su efectividad, a través de cada uno de aquellos insumos.

Desde esta perspectiva constitucional y procesal, en los casos concretos el juez del Estado social de derecho puede percibir, y con mayor razón en un proceso oral, con inmediación y contradicción, que es la tipología de proceso que predica el CGP, los vacíos o dudas existentes sobre el acontecer fáctico, para responder con justicia al valorar no solo lo que tiene y es ofertado por las partes, sino al usar los insumos que le garanticen efectivamente el derecho a la prueba. Cuando no se garantiza la búsqueda de la verificación, confirmación, ratificación y sinónimos sobre la ocurrencia de las afirmaciones sobre hechos que se realizan en la demanda, su contestación, reconvencción u otras hipótesis similares, se vulnera el derecho a la prueba. Cuando el juez emplea cualquiera de los insumos referidos y ausculta en la búsqueda del medio de prueba, garantiza el derecho a la prueba.

En esta instancia, siguiendo doctrina especializada es pertinente el siguiente cuestionamiento: ¿Tiene legitimidad una sentencia favorable a una parte que se justifica porque la otra, a pesar de existir el hecho que hubiera variado la decisión, no pudo probarlo por lo difícil que le resultaba? (Parra, 2011). Ante estas realidades se debe afirmar que el derecho fundamental a la prueba no puede depender de la noción clásica de la carga de la prueba, por cuanto si el hecho existe éste posee otros insumos que hacen efectiva su garantía en el proceso.

Insumos que garantizan el derecho a la prueba

El anterior contexto, deduce que constituyen insumos que aseguran la proposición y requerimiento de la prueba: a) la carga de la prueba, b) la prueba de oficio, c) la carga dinámica de la prueba y d) la medida cautelar probatoria. En otros términos, el juez puede

encontrar la verdad, certeza, convicción más allá de toda duda razonable y sinónimos, quedándose en la noción clásica de la carga de la prueba, o invirtiendo la carga, u ordenando de manera oficiosa la prueba de un hecho, o asignando la carga de probar a alguna de las partes, o a través de una medida cautelar probatoria.

La carga de la prueba

Quien alega un hecho debe probarlo, esa es la regla de conducta y juicio incorporada en la noción clásica de la carga de la prueba dentro del proceso judicial. Ésta es una fórmula que se transcribió en fiel reproducción del CPC, artículo 177, al CGP, artículo 167, salvo el nuevo inciso segundo atinente a la carga dinámica de la prueba. Debe hacerse precisión entorno a que desde el CC, artículo 1757, se presenta la fórmula referida al señalar “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”; las disposiciones posteriores establecieron: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Indiscutiblemente, la carga de la prueba como regla de conducta, en la medida en que le señala a la parte la forma de proceder frente a los hechos que alega y su prueba, y como regla de juicio, en tanto le define al juez una u otra forma de sustentar su decisión (Devis, 2012) frente a la existencia o inexistencia de prueba en el proceso, es y será la piedra angular para la proposición del medio de prueba. Si se alega la ocurrencia de un hecho, quien hace ese ejercicio de enunciación que insinúa a fin de que se le aplique el derecho, debe probar o llevar ante el juez los medios necesarios y pertinentes a fin de que se determine su utilidad en la sentencia o en términos del código (Ley 1564, 2012), de demostrar los hechos concretos que se ajustan al supuesto general de la norma de la que se está solicitando su aplicación (Canosa, 2012).

La prueba de oficio

A partir del reconocimiento expreso en distintos estatutos procesales en el derecho comparado de la prueba de oficio. De la mano con la la insigne obra del profesor español el

juez y la prueba (Picó, 2011), se evidencia que el problema de la prueba de oficio no es el de la alteración de la imparcialidad o el de la afectación del principio dispositivo de las partes, porque el problema fue el de una transcripción errónea de un magnífico maestro como lo fue ADOLF WACH y que luego se transmitió a sus discípulos HELLWIG y SCHMIDT y así ininterrumpidamente, aunado a que cuando un juez decreta una prueba desconoce el resultado de la misma y “por ende no puede inclinar la balanza inadecuadamente” (Oliver, 2010, p.81) , con lo cual se hace imposible definir que puede dirigir su intención hacia alguno de los extremos de la relación procesal.

En el CGP se superó la discusión en los términos de los artículos 169 y 170 al reconocerse que es un deber del juez el decreto y práctica de pruebas de oficio, lo cual es propio a una ideología que no identifica éste actuar como un camino expedito para amparar el descuido o negligencia de los litigantes como alguna doctrina señala (Jaramillo, 2013). Ésta última perspectiva se considera altamente discutible porque el proceso judicial no es de los litigantes, debiendo diferenciarse ello del hecho de que la Ley exija el derecho de postulación para que la persona llegue al juez, lo cual es un aspecto que debe diferenciarse. El proceso es de las partes y el juez, no de los abogados; la pretensión y su resistencia es de las partes y el poder de decisión del juez, no de los abogados.

Cuando el artículo 170 del CGP indica que: el juez "deberá", con lo cual se modificó el "podrán" del artículo 180 del Decreto 1400 del año 1970, decretar pruebas de oficio cuando sean “necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia o cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”, evidentemente es porque el actuar del juez se dirige no a burlar la preclusión de los términos probatorios como se suele pensar en el caso en que se toma la oportunidad del decreto de prueba hasta antes de fallar, sino a conocer que fue lo que realmente ocurrió y con todas las garantías porque la iniciativa probatoria del juez está sujeta a la contradicción de las partes, tal como se dispone en el inciso final del artículo 170, de tal forma que pierde sustento la crítica. Sin duda alguna, este fue un cambio esencial para el proceso judicial en Colombia y el temor que posiblemente existía frente a esta institución en relación a la imparcialidad desaparecerá paulatinamente.

La carga dinámica de la prueba

En punto de la carga dinámica o de lo que la doctrina ha denominado como cargas probatorias dinámicas o distribución de esfuerzos probatorios (Peyrano, 2013) o flexibilización probatoria o tendencia aligerante del onus probandi (Balanta Medina, 2013), son diversas las apreciaciones.

Sin embargo, este insumo se puede definir como el poder que la Ley le concede al juez, para que dentro del proceso pueda distribuir la carga de probar determinado hecho a la parte que le quede más fácil probarlos, pero esta facilidad no puede ser de creación subjetiva o arbitraria por parte del funcionario judicial, sino es la Ley la que enuncia los criterios bajo los cuales, se puede distribuir la carga de probar.

Se ha asimilado por algunos el fin de la carga dinámica de la prueba al de la inversión de la carga de la prueba esta última si presenta problemas serios en punto del momento en que se invierte la carga pues, cuando el juez invierte la carga lo hace en la sentencia, es decir, cuando ya no existe posibilidad alguna de defensa por parte del demandado. Por regla general, es en la sentencia de una alta Corte donde se le informa a la parte que debía probar un determinado hecho. Sin duda podría existir un estado de indefensión del demandado porque según la regla del derecho aplicable y según el principio de previsibilidad del derecho, era al demandante a quien le correspondía probar el hecho. Esa sorpresa (Parra, 2012) no le responde al derecho a la prueba y reviste posibles características de inconstitucionalidad porque en el afán de descubrir la justicia a uno de los extremos de la relación procesal -demandante- se configuró una clara situación de desventaja en el demandado.

La medida cautelar probatoria

De tal forma que en virtud de esta disposición vigente, el juez puede decir: “los documentos que están en esa caja fuerte me los entregan o ponerles un sello, entre otras” (Bejarano

Guzmán, 2013). Ciertamente, a pesar de que se trata de una Ley que regula una materia concreta, la disposición habilita para que esta medida cautelar se aplique a todas las especialidades del derecho y respecto de cualquier jurisdicción sin distinción alguna, medida que sin lugar a dudas constituye otro insumo que garantiza el derecho fundamental a la prueba en el proceso.

En lo más destacado debe afirmarse que conforme algún sector de la doctrina las medidas cautelares referentes al aseguramiento de pruebas no son medidas cautelares y se les denomina pruebas anticipadas (Fábrega, 1998).

Este es el insumo más poderoso, junto a la inversión de la carga y la prueba de oficio, que posee el juez para garantizar el derecho a la prueba en el proceso, por cuanto aquí el juez no se vale de carácter externo alguno en la búsqueda de la prueba y lo hace directamente, lo cual no acontece en la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, en las que si se vale de las partes para la búsqueda de la prueba. Frente a esta figurase presenta un aspecto particular en relación a la lógica del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* (Nieva Fenoll, 2013), en esta medida cautelar pareciera no ser la misma que la aplicable a las medidas cautelares tradicionales y a las innominadas, lo cual plantea la necesidad de que se desarrolle un estudio profundo en la materia frente a la determinación de sus contenidos esenciales.

Finalmente, en lo pertinente al problema formulado y la medida cautelar probatoria, su importancia para esta investigación radica en su indefectible configuración dentro de los insumos integrantes de la garantía del derecho fundamental a la prueba en la etapa de proposición y requerimiento de la prueba, un aspecto que la principal doctrina nacional y extranjera no reconoce desde el enfoque en que se aborda en la presente investigación, lo cual permite la abstracción de temas propios y conexos a esta materia tales como la pruebas, los distintos mecanismo coactivos de obtención de prueba, entre otros.

Bases legales

Constitución Política de 1991

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa 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; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Decreto 1400 de 1970

Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil

ARTÍCULO 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

ARTÍCULO 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

ARTÍCULO 177. 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 o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Así mismo se tienen en cuenta en lo relativo a la prueba de oficio, como un insumo que garantiza el derecho a la prueba el artículo 179 y 180 del código de procedimiento civil que establece la solicitud de prueba de oficio y su práctica respectivamente, el artículo en su literalidad enuncia:

ARTÍCULO 179. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

ARTÍCULO 180. Decreto y práctica de prueba de oficio. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar.

Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso

Ley 183 de 1887

Por la cual expide el Código Civil

ARTICULO 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Ley 1564 de 2012

Por el cual se expide el código general del proceso

ARTÍCULO 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

ARTÍCULO 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

ARTÍCULO 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

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

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

ARTÍCULO 169. Prueba de oficio ya petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

ARTÍCULO 170. Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes

Ley 1563 de 2012

Por el cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional

ARTÍCULO 32. Medidas cautelares. (...)

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia

Los anteriores constituyen referentes principales para la investigación sin embargo se aclara que existen otros de los cuales se dará uso como referentes adicionales para argumentar la evolución y el alcance de lo que se denomina como insumos que garantizan el derecho a la prueba, resáltese el artículo 7 del código de procedimiento penal, que habla sobre la prohibición expresa de aplicar la inversión de la carga de la prueba esto último asimilado por algunos en la doctrina a la carga dinámica de la prueba (Pulecio, 2012 p.83), (Caro, 2013 p.31), (Rojas, 2013, p.943) así como también en punto de la reparación de victimas consagrada en la Ley 1448 de 2011, que en su artículo 78 desarrolla de manera expresa la inversión de la carga de la prueba asimilándola a la carga dinámica de la prueba, cuestión que será abordada con argumentos válidos en el capítulo respectivo del proyecto final para demostrar lo perjudicial que resulta, que el legislador haga un mal uso gramatical de una institución bajo otro nombre distinto que representa un desarrollo no tan similar.

Sentencia T-555 de 1999

Se utiliza la sentencia de tutela en la que la Corte comentando el derecho a la prueba afirma que este no solamente debe generar la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino que *tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.*

Sentencia T-171 de 2006

También debe de anotarse, como referente jurisprudencial de la Corte Constitucional, la () en donde entre otras cosas la Corte Constitucional manifiesta que *el derecho a la prueba*

constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, y en caso de que este derecho se desconozca por distintas anomalías de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.

Auto 227 de 2007

Téngase en cuenta también, para ver la importancia del medio de prueba en el proceso, lo consagrado en el (Auto 227, 2007) que establece como comentario útil a la investigación:

En este orden de ideas, es claro para el suscrito magistrado que TODA la estructura y TODO el desarrollo y desenvolvimiento del proceso desde sus inicios hasta su finalización mediante la adopción de una decisión tienen su sentido y su razón de ser en la prueba, existiendo por tanto una conexión clara, intrínseca, directa y esencial entre el proceso y la prueba. En consecuencia, es de suyo concluir, como lo hace el ordenamiento constitucional colombiano, que cualquier irregularidad, ilicitud o ilegalidad en la prueba, no sólo vicia de nulidad de pleno derecho a la prueba objeto de la misma, sino al proceso cuyo fundamento jurídico recae sobre ésta.

*Sentencias C-215 de 1999, C-202 de 2005, C-790 de 2006,
C-289 de 2012, T-733 de 2013*

Frente a lo que se ha denominado como los insumos que garantizan el derecho a la prueba se enuncian las siguientes providencias, Sentencias C-215 de 1999, C-202 de 2005, C-790 de 2006, C-289 de 2012, T-733 de 2013 en relación con la carga de la prueba, sin excluir otras que se analizaran de otras corporaciones judiciales colombianas.

Sentencia T-422 de 1992, Sentencia T-326 de 1995, Sentencia T- 835 de 2000 Sentencia C-205 de 2003 Sentencia T- 741 de 2004, Sentencia T-448 de 2006, Sentencia T-632, de 2010 Sentencia T-780 de 2012, Sentencia T-724 de 2012

En lo relativo a la carga dinámica de la prueba se enfrentara la discusión con lo denominado – y que se ha asimilado- por la jurisprudencia de lo constitucional, de lo contencioso administrativo y de lo ordinario como la inversión de la carga de la prueba, y de lo cual se advierte, se discrepa de dicha posición, pues reflejan realidades distintas. Frente a este punto se resaltan las sentencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-422, 1992), (Sentencia T-326, 1995) (Sentencia T- 835, 2000) (Sentencia C-205, 2003) (Sentencia T- 741 de 2004) (Sentencia T-448, 2006) (Sentencia T-632, 2010) (Sentencia T-780 de 2012) (Sentencia T-724, 2012).

Consejo de estado, sentencia 30 de julio 1992, Consejo de Estado, sentencia del 22 de mayo 1996), (Consejo de Estado, sentencia de 4 de septiembre 1997), (Consejo de Estado, sentencia 20 de marzo 2003), (Consejo de Estado, sentencia de 1 de octubre 2006), (Consejo de Estado, sentencia de 1 de enero 2008), (Consejo de Estado, sentencia 10 de Diciembre 2009) (Consejo de Estado, sentencia 8 de junio 2011) (Consejo de Estado, sentencia 7 de noviembre 2012)

En cuanto a las que a lo contencioso administrativo corresponden analizar frente a la carga dinámica de la prueba (Consejo de estado, sentencia 30 de julio 1992), (Consejo de Estado, sentencia del 22 de mayo 1996), (Consejo de Estado, sentencia de 4 de septiembre 1997), (Consejo de Estado, sentencia 20 de marzo 2003), (Consejo de Estado, sentencia de 1 de octubre 2006), (Consejo de Estado, sentencia de 1 de enero 2008), (Consejo de Estado, sentencia 10 de Diciembre 2009) (Consejo de Estado, sentencia 8 de junio 2011) (Consejo de Estado, sentencia 7 de noviembre 2012).

Sentencias sala de casación civil, Corte Suprema de Justicia

Finalmente en lo que a la jurisdicción ordinaria corresponde se resaltan de la sala de casación civil las sentencias (Corte suprema de Justicia, sentencia del 30 de enero 2001), (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de diciembre 2005), (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de julio 2008), (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de diciembre 2012), (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de noviembre 2013) (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre 2014);

Sentencias Sala De Casación Laboral Corte Suprema De Justicia

En lo que a La Sala de Casación Laboral corresponde en el posible uso del insumo de la carga dinámica de la prueba se rescatan las decisiones: (Corte suprema de justicia, sentencia de 5 de mayo 2009), (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 Noviembre 2014) (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de diciembre 2014)

Sentencias Sala De Casación Penal, Corte Suprema De Justicia

En lo que a la Sala de Casación Penal corresponde se enuncian entre otras decisiones: (Corte Suprema de Justicia, sentencia 31103 de 2009) (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 33660 de 2011).

Sentencia T-498 de 2000, Sentencia C-396 de 2007 Sentencia T-264 de 2009 Sentencia T-600 de 2009 Sentencia T-1013 de 2010 Sentencia T-950 de 2011 Sentencia T-213 de 2012 Sentencia T-817 de 2012, Sentencia SU-768 de 2014 Sentencia T-339 de 2015),

En lo que a la prueba de oficio respecta, como insumo que garantiza el derecho a la prueba, son múltiples las decisiones que se encuentran, sin embargo resáltense: (Sentencia T-498,

2000), (Sentencia C-396, 2007) (Sentencia T-264, 2009) (Sentencia T-600, 2009) (Sentencia T-1013, 2010) (Sentencia T-950, 2011) (Sentencia T-213, 2012) (Sentencia T-817, 2012) (Sentencia SU-768, 2014) (Sentencia T-339, 2015), entre otros referentes jurisprudenciales que han sido proferidos por otras corporaciones judiciales y de los cuales se pueden realizar comentarios en igual grado de importancia.

DISEÑO METODOLÓGICO

Tipo y método de investigación

Se destaca dentro de la investigación el estudio jurídico, pues se basará en la exploración de normas jurídicas, entendidas como tal desde la Constitución hasta los pronunciamientos jurisprudenciales que hacen parte del ordenamiento jurídico, y de exponentes doctrinarios que se enmarcan dentro de la ciencia del Derecho, (Niño, 2012) y que propondrá soluciones dentro de un marco de tipo descriptivo, conservando como método el hermenéutico.

Se realizará, haciendo uso de las providencias citadas en el marco de referencia, las reglas jurisprudenciales creadas, si las hay.

Las sentencias se usarán como fuentes de información secundaria de la misma forma que se usaran de manera principal los comentarios de quienes impulsaron la existencia del derecho a la prueba y los que institucionalizaron lo que en el proyecto se ha denominado como insumos. De igual forma se usaran las fuentes normativas citadas para la proposición y crítica de aspectos que ponen en discusión los insumos que garantizan la presencia de la prueba en el proceso judicial, frente al análisis jurisprudencial se usará el método dinámico de la Ley (López, 2010).

Población y muestra

Al ser un estudio jurídico y documental no se considera una población específica como tal, sino se utilizará el ordenamiento jurídico colombiano en materia de

Análisis de información

Análisis ficha documental

TEMA: el derecho a la prueba como un derecho fundamental	
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA: Ruiz Jaramillo, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. <i>Estudios de Derecho</i> , 181-206.	Ubicación: Biblioteca personal
PALABRAS CLAVE: derecho a la prueba, debido proceso, características del derecho a la prueba.	
RESUMEN ANALITICO	
<p>El derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial. (p.2)</p>	

TEMA: el derecho a la prueba como un derecho fundamental	
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA: Parra Quijano, J. (2011). <i>Manual de derecho probatorio</i> . Bogota D.C.: Ediciones el Profesional decimoctava edicion.	Ubicación: Biblioteca personal
PALABRAS CLAVE: derecho a la prueba, debido proceso, elementos del derecho a la prueba, derecho a practicar la prueba, derecho asegurar la prueba, derecho aportar la prueba, derecho a decretar la prueba, derecho a que se valore la prueba	
RESUMEN ANALITICO	
<p>Resume el insigne procesalista, que el derecho del proceso presenta como integrantes el derecho a la prueba el cual contiene unos elementos propios como son el derecho a practicar la prueba, derecho asegurar la prueba, derecho aportar la prueba, derecho a decretar la prueba, derecho a que se valore la prueba, desarrollando los contenidos propios de cada uno de ellos. P.71-102.</p>	

Análisis ficha jurisprudencial

Ficha de análisis jurisprudencial C-496-15

Juez: Corte Constitucional
Sala: Sala plena
Sentencia C-496-15
Expediente D-104-51
M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub

Caso Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del artículo 277 de la Ley 906 de 2004.

Derechos parte demandante: Artículos 29 y 250 y el Preámbulo de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

Problema jurídico: la Corte Constitucional analizará si la posibilidad de que existan elementos materiales probatorios que no sean autenticados a través de la cadena de custodia vulnera: (i) el artículo 29 de la Constitución por desconocimiento del debido proceso probatorio, (ii) el artículo 250 de la Constitución, que consagra el deber de la Fiscalía de asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción y (iii) el principio de justicia contemplado en el Preámbulo de la Carta Política.

Pretensión: La ciudadana Luz Amparo Vera López demandó el artículo 277 de la Ley 906 de 2004, al considerar que vulnera el Preámbulo y los artículos 29 y 250 de la Constitución Nacional.

Resistencia: La fiscalía general de la nación, el ministerio de justicia y del derecho, el ministerio de defensa nacional, y la procuraduría general de la nación solicitan se declare la exequibilidad de la norma demandada.

Normatividad aplicable: Constitución Política de 1991, Código de procedimiento penal Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos.

Ratio decidendi: 3.7.1. Vulneración del numeral 3 del artículo 250

El numeral tercero del artículo 250 de la Constitución consagra el deber de la Fiscalía General de la Nación de: “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”, en virtud de lo cual se le exige a la Fiscalía realizar todas las actuaciones necesarias para “custodiar la prueba necesaria, útil e idónea que considere que sea conveniente llevar ante el juez en el juicio”, tal como se señaló en el Proyecto del Acto Legislativo 03 de 2002.

En desarrollo de este deber, la Fiscalía General de la Nación está obligada a aplicar una serie de medidas que tienen por objeto preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física para establecer la verdad de los hechos y determinar la responsabilidad del procesado. Por lo anterior, la finalidad de esta norma no es impedir que existan otros medios de autenticación de las pruebas, sino evitar que se afecte el poder demostrativo de aquellas que sean recaudadas por la Fiscalía que pueden acreditar la inocencia o culpabilidad de una persona.

En tal sentido, no todos los elementos materiales probatorios están sometidos a cadena de custodia, sino que deben diferenciarse dos supuestos diversos: (i) la autenticidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física sometidos a la cadena de custodia, para lo cual la Fiscalía cuenta con un Manual de Procedimiento de Cadena de Custodia y (ii) aquellos elementos o evidencia física con los cuales cuentan las partes y por ende, su autenticidad se puede garantizar a través de otros sistemas.

De esta manera, la posibilidad de que existan otros medios de autenticación de las pruebas en ningún momento afecta el numeral 3° del artículo 250 de la Constitución, sino que permite que en casos en los cuales no se haya podido garantizar la cadena de custodia se empleen otros medios de autenticación distintos aunque con un menor valor probatorio debe ser acreditado en cada caso concreto.

En este sentido, el análisis de si se aplicó la cadena de custodia u otro medio idóneo para la verificación de la autenticidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física ha ce parte del derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso, en virtud del cual, el juez luego de un completo y exhaustivo análisis, deberá decidir en cada caso en concreto el mérito probatorio que le asigna a las mismas.

En consecuencia, el inciso 2° del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 en ningún momento elimina ni limita el deber de la Fiscalía de asegurar la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios que recaude consagrado en el artículo 250 de la Constitución, el cual sigue existiendo y su incumplimiento puede tener consecuencias penales y disciplinarias.

3.7.2. No vulneración del debido proceso

La accionante expresa que el inciso 3° del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 vulnera el artículo 29 de la Constitución, pues permite que se presenten pruebas con violación del debido proceso, el cual tiene cinco (5) elementos en relación con las pruebas: (i) el derecho a presentarlas y solicitarlas, (ii) el derecho a controvertir las pruebas que se presenten en su contra, (iii) el derecho a la publicidad de la prueba, (iv) el derecho a la regularidad de la prueba, (v) el derecho a que se decreten y practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso[151].

La cadena de custodia es uno de los medios para acreditar la autenticidad de la evidencia o elemento material probatorio, es decir, para asegurar su credibilidad y mérito probatorio, por lo cual tiene relación con la valoración de las pruebas y no con la legalidad de su presentación, decreto y práctica:

“La cadena de custodia no puede ser tomada como un requisito de legalidad, por lo tanto no condiciona la admisibilidad de la prueba, su decreto o práctica. Por lo tanto cuando hay un incumplimiento de los requisitos de la cadena de custodia la prueba no deviene ilegal, sino que esta debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción”.

En este sentido, la autenticidad implica el acatamiento de los procedimientos normativos concernientes a la protección y conservación de la prueba y su incumplimiento afecta su aptitud demostrativa pero no implica su ilegalidad. Por lo anterior, cuando no se aplica la cadena de custodia no se está afectando el debido proceso, sino que se reduce el mérito probatorio específico del elemento material probatorio, el cual podrá acreditarse a través de otros mecanismos, aunque en ese evento su eficacia probatoria deberá evaluarse por el juez en cada caso concreto.

Por lo anterior, la posibilidad contemplada en la norma de que existan otros medios diferentes a la cadena de custodia en virtud de los cuales se demuestre la autenticidad de un medio probatorio no vulnera el debido proceso probatorio, sino que simplemente implicará que esos eventos la eficacia demostrativa de la prueba será menguada y será el juez en cada caso concreto el encargado de definir su valor probatorio específico, lo cual constituye igualmente un ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia procesal.

3.7.3. No vulneración del principio de justicia contemplado en el Preámbulo de la Constitución

El inciso demandado tampoco afecta el principio de justicia contemplado en el Preámbulo de la Constitución, pues por el contrario, permite que en casos en los cuales no se haya podido aplicar la cadena de custodia puedan utilizarse otros métodos para poder llegar a

la verdad y garantizar el derecho a la justicia, lo cual constituye igualmente un ejercicio de la libertad de configuración del legislador.

De esta manera, tal como ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el valor de la cadena de custodia en el proceso penal es netamente instrumental, pues no tiene un fin en sí mismo, sino que simplemente permite autenticar un elemento material probatorio, lo cual no excluye que existan otros medios para poder realizarlo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales ha aceptado en numerosos la autenticación de elementos materiales probatorios con técnicas distintas a la cadena de custodia.

Lo anterior, en todo caso, no implica un relajamiento del requisito de autenticación de los elementos materiales probatorios, sino que si se utiliza un método distinto a la cadena de custodia el juez deba ser muy estricto en verificar que éste permita verificar la autenticidad del elemento material probatorio o la evidencia física. (Extracto copiado textualmente de la sentencia)

Resuelve y conclusiones: Resuelve la Corte: Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el inciso 2º del artículo 277 de la Ley 906 de 2004.

El derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. En este sentido, según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma -que responde a un principio universal de justicia- surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia.

La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y

controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial.

La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho.

3.5.5.2. Su desconocimiento genera una vía de hecho

Los defectos del análisis probatorio, la ausencia total del mismo y la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso y constituyen irregularidades de tal magnitud que representan vías de hecho.

En este sentido, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima el derecho a la prueba, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela. Se parte de la base de que el juez es libre para apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, pero es claro también que por vía de tutela se puede reparar -ante situaciones abiertamente contrarias a las reglas constitucionales, al debido proceso y a la ley- la lesión sufrida por la parte afectada que carece de otro medio de defensa judicial o que afronta la inminencia de un perjuicio irremediable.

Es posible entonces interponer una la tutela cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido.

Los defectos que dan lugar a una vía de hecho, como lo es el defecto fáctico, habilita la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura cuando existen fallas sustanciales en la decisión de la autoridad competente, atribuibles a la actividad probatoria, que comprende el decretarlas, practicarlas y valorarlas. Dichas deficiencias, en efecto, pueden producirse como consecuencia de: (i) la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso, (ii) la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas y (iii) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes, es decir, ineptitud o ilegalidad de la prueba. En todo caso, para que la acción proceda por defecto fáctico, el error en el juicio valorativo de las pruebas debe ser ostensible, flagrante y manifiesto, con incidencia directa en la decisión que se cuestiona.

El derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique, sino también de que se evalúe y que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.

Por lo anteriormente dicho, una de las formas -y de las más graves- de desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, radica precisamente en que el fallador, al sentenciar, lo haga sin fundar la resolución que adopta en el completo y exhaustivo análisis o sin la debida valoración del material probatorio aportado al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia. En este sentido, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho.

En consecuencia, se puede producir también una vía de hecho en el momento de evaluar la prueba, si la conclusión judicial adoptada con base en ella es contraevidente, es decir, si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, o si les atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados. (Extracto copiado textualmente de la sentencia)

Ficha de análisis jurisprudencial T-171/06

Juez: Corte Constitucional
Sala: Sala octava de revisión
Sentencia T-171/06
Expediente T-1226076
M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Caso: Jaime Gilinski Bacal e Isaac Gilinski Sragovicz Vs. Fiscalía General de la Nación, Luis Alberto Santana Robayo, Fiscal Delegado ante la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia y Rubén Darío Arciniegas Calderón, Jefe de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación.

Derechos parte demandante: Violación de los derechos fundamentales de debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Derechos tutelados explícitamente: derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Derechos tutelados implícitamente: Derecho a la prueba, Derecho al acceso a la administración de justicia, Derecho a la verdad, Derecho a la justicia, Derecho a la reparación económica del daño

Problema jurídico determinar si frente a los derechos de las víctimas y perjudicados dentro de un proceso penal es posible exigir la reapertura de la investigación para la valoración de determinado material probatorio que, si bien fue decretado en oportunidad, llegó de manera tardía del exterior.

Tutela 1ra o Única instancia: niega

Tutela 2da instancia: confirma

Revisión: concede

Entidades vinculadas en 1ra instancia Fiscalía General de la Nación

Entidades vinculadas en 2da instancia Fiscalía General de la Nación

Entidades vinculadas en revisión: el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalía Especializada en delitos contra la administración pública y por la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Hechos amenazantes o vulnerantes o relevantes en el caso : El 31 de octubre de 2003, el doctor Rubén Darío Arciniegas, quien para entonces actuaba como Jefe de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, en consideración a que “el término de instrucción se encuentra más que vencido y allegada al informativo la prueba necesaria para emitir la calificación de mérito de las sumarias, de conformidad con lo señalado por el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal”, declaró legalmente cerrada la investigación que la entidad seguía en contra de los señores Jorge Londoño Saldarriaga y Federico Guillermo Ochoa.

Puso de presente el funcionario investigador, i) que mediante Oficio 4792 del 30 de octubre de 2003, “la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia comunica a este Despacho acerca de la confirmación de la resolución interlocutoria de esta Fiscalía Delegada, calendada el 6 de agosto del presente año, por medio de la cual se negó la práctica de unas pruebas solicitadas por los doctores Francisco José Sintura Varela, Antonio José Cancino Moreno y Jaime Bernal Cuellar”; y ii) que “en la fecha se ha (sic) librado sendos exhortos comisorios ante el señor cónsul de Colombia en Nueva York y ante la autoridad judicial del mismo rango de los Estados Unidos, para la práctica de las aludidas pruebas”.

1.2. Los apoderados de la parte civil recurrieron la Resolución i) como quiera que las pruebas decretadas y pendientes de practicar “son necesarias para calificar el mérito del sumario”; y ii) por cuanto “se trata de pruebas a practicarse en el extranjero, que fueron decretadas antes del vencimiento del término de la instrucción”, siendo en todo caso pertinente oficiar en pro de “agilizar la gestión encomendada”, sin perjuicio del vencimiento de la instrucción, asunto este “respecto del cual hay acuerdo de todos los sujetos procesales”.

Los apoderados de los sindicatos, por su parte, solicitaron a la Fiscalía “no revocar la resolución de cierre en aras de garantizar los derechos de los sindicatos, principalmente los de tener un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a tener como nula toda prueba obtenida con violación del debido proceso”, a la vez que destacaron la posición dilatoria de los apoderados de la parte civil y del Ministerio Público.

1.3. El fiscal a quo i) mantuvo la providencia a que se hace mención y dispuso que la Secretaría General diera traslado a los sujetos procesales de la actuación en los términos del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que “los planteamientos de los recurrentes no conducen a desvirtuar las causales invocadas para decretar el cierre de la investigación...”; y ii) ordenó enviar “un mensaje de urgencia a las autoridades judicial y diplomática en la ciudad de New (sic) York, para que den prioridad a las pruebas requeridas en atención al cierre de la investigación que se encuentra vigente”.

1.4. El 26 de diciembre de 2003, el doctor Arciniegas Calderón, entre otras decisiones, resolvió precluir la investigación y declarar extinguida la acción penal contra los señores Jorge Londoño Saldarriaga y Federico Guillermo Ochoa Barrera, por los delitos de estafa, utilización indebida de fondos captados del público, falsedad en documentos y operaciones no autorizadas con accionistas, en este último caso por prescripción de la acción penal y respecto de los tipos penales primeramente relacionados por atipicidad de la conducta.

Pruebas aportadas por las partes del proceso : Fotocopias de las demandas y escritos adicionales presentados por la parte civil dentro de la investigación penal 1255 (542480), (folios 31 a 172, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de la Resolución 001549 del 25 de noviembre de 2002, expedida por el Director Nacional de Fiscalías, “Por medio de la cual se adiciona la resolución No. 02117 del 11 de diciembre de 2001” (folios 173 y 174, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de la Resolución 00821 del 17 de junio de 2003, expedida por el Director Nacional de Fiscalías, “Por medio de la cual se modifica la resolución No. 001549 del 25 de noviembre de 2002” (folios 175 y 176, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de la Resolución 001329 del 11 de septiembre de 2003, expedida por el Director Nacional de Fiscalías, “Por medio de la cual se asigna especialmente la segunda instancia de una investigación a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá” (folios 177 y 178, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de la Resolución 001364 del 21 de septiembre de 2003, expedida por el Director Nacional de Fiscalías, “Por medio de la cual se asigna especialmente la segunda instancia de una investigación a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia”. (folios 179 y 180, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia del Auto del 20 de junio de 2002 dictado por la Fiscal Ciento Noventa y Cinco de la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia, dentro del sumario 542480 (después radicado con el número 1255), (folio 181, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia del oficio remisorio 724 del 2 de septiembre de 2003, suscrito por el jefe de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, Rubén Darío Arciniegas Calderón, y la carta rogatoria número 001 dirigida a “LA AUTORIDAD JUDICIAL DE SU MISMO RANGO EN ESTADOS UNIDOS (...)” para la práctica de unas diligencias, de fechas 01 de septiembre de 2003 y 31 de octubre del mismo año (folios 182 a 193 y 208 a 218, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia del pronunciamiento del Jefe de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación el 31 de octubre de 2003 dentro de la investigación 1255 (542480), (folio 200, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia del exhorto número 002, para la práctica de pruebas testimoniales, proferido por el fiscal delegado, jefe de la Unidad Nacional Especializada en Delitos contra la Administración Pública de Bogotá, dirigida al Cónsul de Colombia en la ciudad de New York en Estados Unidos, de fecha 31 de octubre de 2003 (folios 201 a 207, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia del pronunciamiento del Jefe de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, del 31 de octubre de 2003, en donde “DECLARA LEGALMENTE CERRADA” la investigación (folio 219, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de la sustentación del recurso de reposición interpuesto contra la providencia que cerró la investigación (folios 220 a 223, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de providencia fechada 26 de noviembre de 2003, suscrita por el Jefe de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, en donde resuelve el recurso de reposición (folios 224 a 229, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de providencia fechada 26 de diciembre de 2003, suscrita por el Jefe de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, en donde califica el mérito de la investigación (folios 230 a 261, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de providencia fechada el 26 de enero de 2004, suscrita por el Jefe de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación, que resuelve el recurso de reposición contra la resolución interlocutoria del 26 de diciembre de 2003 (folios 262 a 284, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de providencia fechada julio 08 de 2004, suscrita por el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, Luis Alberto Santana Robayo, que resuelve el recurso de apelación contra la resolución del 26 de diciembre de 2003 (folios 285 a 375, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de memoriales dirigidos al Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y el Vicefiscal General de la Nación, con fecha 06 de julio de 2004 (folios 376 y 377, cuaderno primera instancia).

- Fotocopia de oficio proveniente del Agregado Judicial Adjunto de la Embajada de Estados Unidos, dirigido a la jefatura de la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, con fecha 20 de julio de 2004 (folio 378, cuaderno primera instancia).

Pretensión: CONCEDER el amparo solicitado por los señores Jaime Gilinski Bacal e Isaac Gilinski Sragovicz de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Resistencia: Negar el amparo solicitado por los señores Jaime Gilinski Bacal e Isaac Gilinski Sragovicz de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Ordenes explícitas ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo incluya dentro de la investigación 1255 (542480), sindicados Jorge Londoño Saldarriaga y otro, las pruebas decretadas que debían practicarse en el exterior, en caso de que efectivamente hubieren llegado a la Fiscalía, para que después proceda al cierre de la investigación y las valore al momento de calificar el sumario. Si las pruebas finalmente no llegaron del extranjero, en el mismo término mencionado anteriormente la Fiscalía correspondiente iniciará las diligencias necesarias para la consecución de tales pruebas, las cuales una vez se alleguen al expediente serán valoradas conforme a las reglas de la sana crítica con todo el acervo probatorio al momento de la calificación de la instrucción.

Normatividad aplicable: Constitución política, Ley 600 de 2000, Decreto 2591 de 1991

Ratio decidendi: Así las cosas, la Sala concluye que, conforme a las condiciones del caso concreto antes descritas, el derecho a la verdad y la justicia en cabeza de las víctimas tiene plena justificación para permitir una dilación del término de la instrucción. En efecto, las pruebas decretadas y cuya práctica fueron encomendadas a varias autoridades extranjeras, encarnan la expectativa y la posibilidad material que tiene la parte civil de cerciorarse de la existencia o ausencia del hecho punible. Hay que reconocer que esta situación beneficia, en principio, a ambas partes y concuerda con el paradigma de justicia, establecido en la constitución. Esto, acentúa la importancia y prevalencia que tiene la valoración de las pruebas decretadas, aunque el término de la instrucción se haya vencido.

Es claro que las pruebas, cuya ausencia se examina en esta tutela, fueron solicitadas oportunamente dentro de los términos concedidos para el efecto en el estatuto procesal penal, antes de cerrarse la investigación, y fueron decretadas sin reparo alguno pese a que posteriormente se adujo al cerrarse la investigación que el término para el efecto se encontraba más que vencido. Por tanto, las pruebas requeridas son legítimas, por cumplir con los parámetros legales exigidos para el efecto, además de perseguir una finalidad constitucionalmente relevante: alcanzar la verdad y la justicia. Además, es claro que no es posible achacar la omisión de su práctica a la parte civil o al agente del Ministerio Público.

Resuelve y conclusiones: Resuelve la Corte, REVOCAR las sentencias de tutela proferidas por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de agosto de 2005 y del 05 de octubre de 2005 respectivamente, que decidieron negar la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En su lugar CONCEDER el amparo solicitado por los señores Jaime Gilinski Bacal e Isaac Gilinski Sragovicz.

Es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.

Los derechos de este sujeto procesal en sentido pleno, deben garantizársele en el proceso penal mediante el respeto de sus facultades y atribuciones en las diversas etapas del mismo, pues la estrategia procesal de las víctimas ya no se limita a un aspecto patrimonial sino que se constituye en la búsqueda de la verdad y la justicia, siendo imperativo concluir que una de sus principales herramientas la constituye el derecho a la prueba. Esto, por supuesto, lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: (i) la proposición o requerimiento de la prueba; (ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; (iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica.

Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso, consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia.

La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho

A lo anterior debe añadirse que el derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga

incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.

Ficha de análisis jurisprudencial T-555/99

Juez: Corte Constitucional
Sala: Sala octava de revisión
Sentencia T-555/99
Expediente T-197404
M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Caso José Antonio Sánchez, actuando como Presidente del "Sindicato Nacional de Trabajadores de Icollantas S.A." Vs. Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté.

Derechos parte demandante: derechos a la seguridad jurídica, al debido proceso, a la cosa juzgada material, a la igualdad y el derecho de acceder a la administración de justicia.

Derechos tutelados explícitamente: Debido proceso

Derechos tutelados implícitamente: derechos a la seguridad jurídica, a la cosa juzgada material, a la favorabilidad, a la igualdad y el derecho de acceder a la administración de justicia.

Problema jurídico En el presente caso se trata de dilucidar si, en desarrollo de un incidente de desacato, la valoración del material probatorio por parte del juez de primera instancia, y la interpretación que el mismo hizo de la orden de tutela impartida por esta Sala de Revisión en la Sentencia T-330 de 1997, mediante la cual fueron impartidas varias órdenes a la empresa "ICOLLANTAS S.A." por haber vulnerado derechos fundamentales de los trabajadores sindicalizados, constituyeron o no una vía de hecho.

Tutela 1ra o Única instancia: niega

Tutela 2da instancia: confirma

Revisión concede

Entidades vinculadas en 1ra instancia Juzgado promiscuo municipal de Sibaté

Entidades vinculadas en 2da instancia: N/A

Entidades vinculadas en revisión: N/A

Entidades vinculadas en revisión: N/A

Hechos amenazantes o vulnerantes o relevantes en el caso: Mediante Sentencia T-330 del 15 de julio de 1997, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional amparó los derechos a la igualdad y de asociación sindical del "Sindicato de Trabajadores de la industria transformadora del caucho, plástico, polietileno, poliuretano, sintéticos, partes y derivados de estos procesos -SINTRAINCAPLA-" y del "Sindicato de Trabajadores de Icollantas S.A. - SINTRAICOLLANTAS-" y, en consecuencia, ordenó a la sociedad demandada, "Industria Colombiana de Llantas S.A. -ICOLLANTAS-", lo siguiente:

"Cuarto.- (...) La "INDUSTRIA COLOMBIANA DE LLANTAS S . A. - "ICOLLANTAS S.A."-, bajo la responsabilidad directa de su representante legal, procederá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, a establecer las mismas condiciones, en total plano de igualdad, en los campos salarial, prestacional y en condiciones de trabajo, a sus trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, extendiendo a aquéllos los mismos beneficios laborales que aparecen establecidos para los trabajadores no sindicalizados en el "Plan de Beneficios" vigente actualmente.

Si la ordenada equiparación de condiciones y beneficios laborales implica el pago de sumas de dinero, las diferencias se pagarán, dentro del mismo término a los trabajadores sindicalizados, con retroactividad a la fecha de entrada en vigencia del "Plan de Beneficios".

La empresa podrá deducir del valor de dichos derechos laborales lo que hubiere pagado a los trabajadores en cumplimiento de sentencias dictadas por los jueces laborales que hayan ordenado el pago de diferencias salariales.

Quinto.- ORDENASE a la empresa que en lo sucesivo, y al celebrar pactos colectivos, planes de beneficio y convenciones colectivas, que regulen las condiciones laborales, tanto para los trabajadores no sindicalizados que adhieran a dichos pactos, como para los trabajadores sindicalizados, se ABSTENGA de fijar condiciones de trabajo en los referidos pactos que impliquen discriminación contra los trabajadores sindicalizados y que conduzcan a la violación de los derechos a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva.

Sexto.- Si se desatare lo dispuesto en este fallo, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 al representante legal de "ICOLLANTAS S.A." y a los directivos de la misma empresa que fueren responsables por ello".

Dicha providencia fue notificada a la parte demandada el 14 de agosto de 1997, y el 21 del mismo mes y año, el representante legal de la compañía presentó al Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté un escrito en el que expone los criterios y cálculos tenidos en cuenta por "ICOLLANTAS S.A." para ajustarse a lo dispuesto por la citada sentencia de la Corte Constitucional.

El 14 de septiembre de 1997 las organizaciones sindicales "SINTRAINCAPLA" y "SINTRAICOLLANTAS" promovieron ante ese Juzgado un incidente de desacato. El Despacho le dio curso al incidente y, en desarrollo del mismo, oyó varias declaraciones y testimonios y analizó los documentos aportados.

Mediante providencia del 8 de octubre de 1998 el Juzgado decidió no declarar el desacató porque, a su juicio, "los representantes legales y directivos de ICOLLANTAS S.A. acataron y dieron cumplimiento al fallo T-330/97"

El demandante en el proceso de tutela que ahora ocupa la atención de la Corte se quejó de la valoración del material probatorio que hizo el mencionado juzgado. Expresó lo siguiente:

"Resulta curioso que para el Juzgado accionado las declaraciones rendidas por los trabajadores pertenecientes al sindicato son parcializadas, por esa misma circunstancia, pero son imparciales las declaraciones rendidas por los apoderados generales y judiciales de los incidentados (Drs. PEDRO MANUEL CHARRIA, MAURICIO JOSE CIFUENTES AGUAYO, FELIPE AYERBE MUÑOZ) y el ingeniero JESUS ANTONIO TRUJILLO CLARO, Gerente de Ingeniería Industrial de Icollantas S.A., a quienes se les otorga credibilidad, sin considerar los vínculos e intereses que le asisten a cada uno en los resultados del incidente".

Además, el representante del Sindicato alegó que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté interpretó erróneamente el Fallo al acoger el pago retroactivo de las sumas debidas por la empresa a los trabajadores sindicalizados sólo desde junio de 1996, pues, según el demandante, ha debido reconocerse desde junio de 1994, fecha en la cual entró a regir el "Plan de Beneficios" que contiene la discriminación que dio lugar al amparo constitucional.

Pruebas aportadas por las partes del proceso : No se enuncian en la decisión judicial

Pruebas aportadas jueces de instancia No se enuncian

Pruebas aportadas Corte Constitucional: No se enuncian

Pretensión: Conceder la tutela del derecho al debido proceso, por contraevidencia de la decisión, y por inaplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

Resistencia: Negar la tutela del derecho al debido proceso, por contraevidencia de la decisión, y por inaplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

Ordenes explícitas Se deja sin efecto la providencia del 8 de octubre de 1998, por medio de la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté no aceptó declarar el desacato y, se ordena a dicho Juzgado que, a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta Sentencia, decida el incidente, teniendo en cuenta los criterios expuestos por la Corte en el presente Fallo y actualizando, si ello es necesario mediante nuevas pruebas, la situación existente. Con base en el material probatorio, el Juzgado resolverá de fondo si ha habido o no una desobediencia respecto a lo ordenado mediante Fallo T-330 del 17 de julio de 1997, proferido por esta Corte.

Normatividad aplicable: Constitución política, Decreto 2591 de 1991

Ratio decidendi: “No se descarta, por supuesto, que en la actuación judicial que termina accediendo o no a imponer las sanciones por desacato hayan incurrido los jueces en vías de hecho susceptibles, en cuanto tales, de la acción de tutela. Pero esa eventualidad resulta ser extraordinaria y requiere, como lo ha sostenido reiteradísima jurisprudencia de esta Corporación, la prueba incontrovertible de un comportamiento judicial a todas luces contrario al ordenamiento jurídico, y la certidumbre de que al respecto no existe otro medio eficaz de defensa judicial”.

En este orden de ideas, la providencia que decidió el incidente de desacato no respetó el principio de favorabilidad en materia laboral, lo cual es más grave teniendo en consideración que en el proceso de tutela estaban en juego el derecho a la igualdad y la libertad de asociación sindical.

Resuelve y conclusiones. Resuelve la Corte, REVOCAR los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales se negó la protección

solicitada. En su lugar, se concede la tutela del derecho al debido proceso, por contraevidencia de la decisión, y por inaplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

El derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.

Sí cabe entonces la tutela cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido.

Ficha de análisis jurisprudencial T-589/99

Juez Corte Constitucional
Sala Sala tercera de revision
Sentencia T-589/99
Expediente T-210000
M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Caso Mauricio Camacho Triana Vs. el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo (Cundinamarca), Fiscalía 63 Delegada de la Unidad Quinta de Vida y Violencia Intrafamiliar de Santa Fe de Bogotá, D.C.

Derechos parte demandante: derecho fundamental al debido proceso

Problema jurídico

Tutela 1ra o Única instancia: Concede

Tutela 2da instancia confirma

Revisión revoca

Entidades vinculadas en 1ra instancia: Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo (Cundinamarca), Fiscalía 63 Delegada de la Unidad Quinta de Vida y Violencia Intrafamiliar de Santa Fe de Bogotá, D.C.

Entidades vinculadas en 2da instancia Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo (Cundinamarca), Fiscalía 63 Delegada de la Unidad Quinta de Vida y Violencia Intrafamiliar de Santa Fe de Bogotá, D.C.

Entidades vinculadas en revisión: Director Nacional de Acciones y Recursos Judiciales de la Defensoría del Pueblo

Hechos amenazantes o vulnerantes o relevantes en el caso: El actor señaló que, durante la etapa investigativa del proceso penal que actualmente se surte en su contra por el delito de homicidio cometido en la persona de Jenderson Alexander Medina López y que culminó con resolución de acusación fechada el 11 de diciembre de 1998, fue vulnerado su derecho de defensa, toda vez que, entre el 14 de febrero de 1995, fecha en la cual fue llamado a declarar por la Inspección Municipal de Policía de Tenjo, y la práctica de la diligencia de indagatoria, el 13 de agosto de 1998, no fue asistido por un defensor. Indica que, por este motivo, se practicaron pruebas que no tuvo oportunidad de controvertir y que sirvieron de fundamento para proferir la medida de aseguramiento en razón de la cual se encuentra privado de la libertad.

Pruebas aportadas por las partes del proceso : No se enuncian

Pretensión: Conceder el amparo por violación del derecho fundamental al debido proceso

Resistencia: Negar el amparo violación del derecho fundamental al debido proceso

Normatividad aplicable: Constitución de 1991, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, Decreto 2591 de 1991.

Ratio decidendi: En el presente caso podría argumentarse que el derecho a la prueba, es decir, el derecho de defensa del acusado, debe ser reparado mediante la acción de tutela. A favor de este aserto, podría señalarse que, pese al evidente estado de indefensión en el que fue colocado el actor por parte de la funcionaria instructora, la apoderada de oficio no hizo uso de las oportunidades procesales que le brindó la etapa de juicio para reparar la lesión cometida. En efecto, como fue mencionado en los antecedentes, la defensora de oficio de Mauricio Camacho Triana dejó vencer los términos para recurrir la resolución de acusación, así como para solicitar pruebas y nulidades dentro del juicio (artículo 446 del CPP), sin haber realizado la más mínima gestión en defensa de su poderdante. En consecuencia, podría afirmarse que el mecanismo judicial alternativo actualmente existente no es verdaderamente idóneo, en la medida en que la defensora del acusado dejó de interponer los recursos de ley contra la resolución de acusación y omitió solicitar, dentro del término establecido en el artículo 446 del CPP, las nulidades o pruebas conducentes. En estas condiciones, a favor de la procedencia de la acción de tutela, podría aplicarse la tesis de la Corte según la cual la negligencia del apoderado de oficio no puede operar en contra del sindicado cuando, de por medio, se verifica la vulneración flagrante de los derechos fundamentales de éste

Resuelve y conclusiones: Resuelve la Corte, REVOCAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 1999, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Funza y, en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela impetrada dada la existencia de otro medio de defensa judicial.

De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías

mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos

Análisis inferencial

Del análisis hecho, a los referentes doctrinales y jurisprudenciales resulta válido inferir que en cuanto a los primeros se incluye por ellos los denominados elementos del derecho a la prueba traducidos en el derecho que se tiene dentro del proceso a aportar pruebas, a decretarlas, a practicarlas, a valorarlas y asegurarlas, pero de la mano con ello también se desprende el rango fundamental del derecho a la prueba que resulta del artículo 29 constitucional y su consagración de forma implícita en los distintos tratados internacionales. De la misma forma la inherencia de este derecho a la persona, sin importar oficio o profesión, pues el ser humano se encuentra constantemente ligado a realizar de distintas formas comprobaciones de las afirmaciones y estudios.

Por otro lado, en cuanto a los segundos, que corresponden a la línea jurisprudencial se evidencia la continua y permanente coincidencia de la Corte Constitucional frente a lo que al derecho a la prueba respecta. A continuación se presentan las razones que en las decisiones existentes han desarrollado el derecho fundamental a la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al emplear el descriptor “derecho a la prueba” en el buscador de la Corporación. Debe aclararse que si bien es posible que en el defecto fáctico y el defecto procedimental como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias, se analicen cuestiones probatorias, las únicas sentencias que sistemáticamente desarrollan postulados concretos frente al “derecho a la prueba” son exclusivamente las siguientes:

La Corte Constitucional en (Sentencia T-555, 1999) señala al respecto: “El derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte”.

De igual forma en (Sentencia T-589, 1999) indica: “De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

La defensa del derecho a la prueba, como una de las dimensiones del derecho de defensa, llevó al legislador a consagrar, en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, el imperativo de la investigación integral. Según el precitado artículo, el funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado. Como lo ha señalado la jurisprudencia, el imperativo de la investigación integral se aplica en todas las etapas del proceso y no sólo en la fase del juicio. A este respecto, la Corte ha indicado que el fiscal y no solo el juez, “debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y, además, debe permitir la controversia probatoria y juzgar imparcialmente su valor de convicción”.

En el presente caso podría argumentarse que el derecho a la prueba, es decir, el derecho de defensa del acusado, debe ser reparado mediante la acción de tutela. A favor de este aserto, podría señalarse que, pese al evidente estado de indefensión en el que fue colocado el actor por parte de la funcionaria instructora, la apoderada de oficio no hizo uso de las oportunidades procesales que le brindó la etapa de juicio para reparar la lesión cometida. En efecto, como fue mencionado en los antecedentes, la defensora de oficio de Mauricio Camacho Triana dejó vencer los términos para recurrir la resolución de acusación, así como para solicitar pruebas y nulidades dentro del juicio (artículo 446 del CPP), sin haber realizado la más mínima gestión en defensa de su poderdante. En consecuencia, podría afirmarse que el mecanismo judicial alternativo actualmente existente, no es verdaderamente idóneo, en la medida en que la defensora del acusado dejó de interponer los recursos de ley contra la resolución de acusación y omitió solicitar, dentro del término establecido en el artículo 446 del CPP, las nulidades o pruebas conducentes. En estas condiciones, a favor de la procedencia de la acción de tutela,

podría aplicarse la tesis de la Corte según la cual la negligencia del apoderado de oficio no puede operar en contra del sindicado cuando, de por medio, se verifica la vulneración flagrante de los derechos fundamentales de éste”.

Así mismo, en (Sentencia T-171, 2006) destaca: “Es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela.

Los derechos de este sujeto procesal en sentido pleno, deben garantizársele en el proceso penal mediante el respeto de sus facultades y atribuciones en las diversas etapas del mismo, pues la estrategia procesal de las víctimas ya no se limita a un aspecto patrimonial sino que se constituye en la búsqueda de la verdad y la justicia, siendo imperativo concluir que una de sus principales herramientas la constituye el derecho a la prueba.

En este orden de ideas, en caso de concluir que la acción es procedente, la Sala considera pertinente estudiar (i) los derechos de las víctimas, perjudicados y la parte civil, en el trámite de un proceso penal, así como (ii) las connotaciones del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, para luego (iii) reiterar la doctrina de esta Corporación sobre las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, específicamente frente a las condiciones inherentes al derecho a la prueba.

En primer lugar, vale la pena tener en cuenta la tutela T-504 de 1998, en donde se consideró que una de las manifestaciones más dañinas del debido proceso en los trámites judiciales, consiste en desconocer el derecho a la prueba de las partes. Al respecto, en esta sentencia se arguyó textualmente:

Así las cosas, dada la importancia del derecho a la prueba, es necesario agregar que este tribunal ha definido las condiciones básicas a tener en cuenta para excluir o eliminar cualquiera de ellas del trámite de una actuación judicial. En efecto, en la sentencia SU-159 de 2002, el pleno de la Corte estudió las reglas de exclusión derivadas del último inciso del artículo 29 de la Constitución, a partir de un caso en el cual se invocaron la existencia de unos defectos fácticos y procedimentales presentes en una investigación penal, para lo cual indicó que las pruebas se pueden catalogar como inconstitucionales o ilícitas, según el estatuto normativo que tengan el poder de contrariar. En todo caso -se advirtió en aquella oportunidad- la eliminación o supresión de una prueba lleva inmersa la manifestación expresa y oportuna del funcionario competente, con el objetivo de garantizar el debido proceso de los sujetos procesales.

El derecho a la prueba, obligaba en este caso particular a las autoridades judiciales a esperar su llegada del exterior a fin de valorarla, aunque el término de la instrucción estuviere vencido.

Ahora bien. Es claro que una de las condiciones para el debido ejercicio de los derechos dentro del proceso penal, es la obligación tanto de la “parte civil” como del “sindicado”, entre otros, de respetar los términos procesales que definen el alcance y la magnitud temporal de las diferentes etapas, fases o períodos que componen un proceso judicial, pues al igual que el derecho a la prueba, el acatamiento diligente de los términos o el acceso a una investigación sin dilaciones injustificadas constituye ingrediente fundamental del debido proceso. Mandato constitucional que se extiende igualmente a las autoridades judiciales encargadas de resolver los asuntos judiciales quienes están obligadas a respetar los términos procesales.

Sin embargo, es necesario aclarar que la protección del derecho a la prueba de las víctimas no puede ser desmedida. La Corte no puede permitir que con el objetivo de proteger este derecho se extienda indefinidamente el término para adelantar la investigación 1255 (542480). Por el contrario, debe quedar claro que (i) esto no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y (ii) que una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar las pruebas decretadas por la Fiscalía, debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso”.

Finalmente, la Corte en (Sentencia T-077, 2009) refiere la materia y aunque en la Sentencia T-171-06 se refiere que en (Sentencia T-504, 1998) se expresa la existencia o referencia del derecho a la prueba, hecha la revisión de la sentencia no se identifica la expresión, conforme al descriptor o criterio de selección que se ha enunciado.

INSUMOS QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL COLOMBIANO

Análisis de conceptos doctrinales frente al término prueba judicial

Resulta una tarea casi imposible determinar el momento exacto de la aparición de las pruebas judiciales en el mundo pero si resulta posible y menos dificultoso el estudio de las acepciones de la prueba y la determinación de las distintas etapas que han permitido la evolución de las acepciones, concepciones e instituciones que complementa la Prueba y las pruebas judiciales. Desde la doctrina de finales del siglo pasado hasta la actual ha denominado las etapas así: **i)** fase primitiva; **ii)** fase religiosa; **iii)** fase de tarifa legal; **iv)** fase sentimental y **v)** fase científica.¹¹

En la primera –la primitiva- se destacan comportamientos propios de una sociedad en formación en donde solo existía un sistema procesal rudimentario (Echandia Devis, 2012) y por ende las pruebas eran de igual característica y basadas en la confiabilidad de captaciones empíricas o impresiones personales. (Gorphe, 1967).

La segunda etapa se encuentra rodeada por un antepasado cruel en la acepción de la prueba judicial, pues en la etapa religiosa estas consistían en ser un juego o torturas conocidas bajo el nombre de ordalías o juicios de Dios originadas en el derecho germánico y expandidas en Europa bajo la irracional justificación de ser métodos que apuntaban a través de un imposible alumbramiento divino o como algunos denominan “peritaciones divino-legales del pasado” el encuentro con la verdad dentro de presuntas y en muchas ocasiones infundadas persecuciones criminales, consistentes en someter a la persona a una lucha con su propio cuerpo para demostrar su inocencia o de lo contrario inferir su culpabilidad.

¹¹ Dentro de los exponentes de las etapas se destaca (DEVIS, 2012: P.47 al 58) (GORPHE, 1967: P.9 y 109) (CAÑÓN, 2013: P.7 al 16) Este último profesor, con un comentario que se hace necesario resaltar, que es la especificidad en su estudio clasificando 3 etapas que han incidido en la evolución del derecho probatorio en Colombia, las etapas mencionadas por el autor son: **i)** la legislación indiana **ii)** el derecho de independencia **iii)** los tratados internacionales, la constitución política y la prueba.

Ya en la tercera etapa -denominada fase legal- aparece la Ley como instrumento que define los medios de prueba. El profesor colombiano Pedro Alejo Cañón (2013), considera que esta etapa no es totalmente independiente sino que se desarrolla dentro de la misma evolución de la etapa religiosa o mística. Sin embargo, como características independientes de esta etapa se resaltan la aparición del sistema de tarifa legal y el mal uso de manera indiscriminada y, a través de cualquier forma, de la confesión como medio de prueba, en este sentido manifestó Devis Echandía (2012) "...se le dan al juez facultades para procurar la confesión, en los procesos penales, y surge así el tormento judicial como práctica usual, entronizado tanto en el proceso penal oficial tanto en esa institución eclesiástica que para vergüenza de la humanidad impero durante varios siglos y que se llamó la inquisición del Santo Oficio" (p.53)

La cuarta etapa -la sentimental o de convicción íntima o moral (Cañón, 2013)-, en cierta manera más humanizada, presenta como características la figura de la libre apreciación de los medios de prueba en remplazo del sistema de tarifa legal, en donde era la Ley la que le señalaba la fuerza y peso de cada medio, es decir es en la fase sentimental en donde el juez puede apreciar las pruebas de acuerdo con su convicción íntima función similar a la que posteriormente vino a tener la figura del jurado propia de sistemas procesales como el norteamericano.

En la quinta y última etapa señalada, se presenta como características de esta fase, siguiendo al profesor François Gorphe (1967), la aparición de medios de prueba más científicos -o que podemos llamar novedosos- debido al avance tecnológico es así como el profesor Gorphe (1967):

...surge la etapa científica la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan solo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos así mismo, de modo metódico mediante resultados experimentales. En cierta medida la práctica judicial ha entrado ya en esta última fase, al utilizar medios científicos para el descubrimiento e identificación de los delincuentes... (p.9)

A través de esas etapas han nacido escuelas y estudiosos del derecho procesal y probatorio dando aportes para el continuo estudio del sustento de la decisión judicial: La Prueba.

Concepto jurídico de Prueba

No se puede definir ninguna ciencia ni disciplina, antes de entrar directamente hacerla (García Morente, 2006), es por eso que estudiado los conceptos de prueba judicial desde Roma hasta las acepciones de la modernidad posmodernidad y lo contemporáneo (Ramírez Carvajal, 2013) se puede inferir ideas del vocablo judicial prueba, y que serán estudiadas a continuación.

Resulta evidente en el análisis doctrinal el desacuerdo parcial y discusiones en los presupuestos que integran el concepto jurídico de prueba, pues, como ya se vio en el análisis doctrinal, por Prueba se puede entender distintas acepciones: i) la primera, es la que ve la prueba como un medio que le permite al juez tener el estado de certeza o el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia o inexistencia de un hecho o en lo penal de la responsabilidad del acusado; ii) la que ve la prueba como la acción que realizan los litigantes o las partes durante el proceso judicial con el fin de demostrar al Juez o Magistrado su pretensión o excepción o acusación; iii) otra acepción es la que entiende el vocablo prueba como lo que se probó, o la certeza que se le dio al juez, aportando la Letra de Cambio como título valor, de la existencia de una obligación de Pedro R. como deudor hacia Juan K. como acreedor¹², es decir el resultado del proceso probatorio. iv) y una última acepción, es la que ve la prueba como un examen, test o quizá que se realiza a una cosa o sujeto para obtener y en consecuencia demostrar el porcentaje de rendimiento o eficacia frente a una función ejemplo de esta última concepción resulta los exámenes que se realizan a los aspirantes que sometidos a un concurso para hacer empleados judiciales o empleados públicos presentan una prueba, para demostrar su grado de conocimiento y la aptitud para el puesto al que aspira.

¹² Entre otros hechos que se deben demostrar al interior del proceso judicial para ejecutar a un ciudadano por el no cumplimiento de una obligación, en este caso el contenido en una letra de cambio (la existencia de un título valor que contenga la obligación entre deudor y acreedor, la no operación de la prescripción del derecho, ni de la caducidad para el ejercicio de la acción, entre otros hechos que son necesarios demostrar en casos concretos para lograr que el Juez libre mandamiento de pago)

El uso de las posiciones esgrimidas en el párrafo anterior tiene respaldo en argumentos válidos. Sin embargo, si se rescata el impulso a la confusión, al uso inexacto en el entendimiento y a la comprensión del concepto jurídico de prueba, en otros términos este resulta convertirse en un término engañoso por la multiplicidad de definiciones doctrinales que resultan ser discutibles.

La primera acepción: la que ve la prueba como un medio

En un primer escenario se considera Prueba, por algún sector de la doctrina, el medio de Prueba al punto de llegarlo a confundir con lo que algunos consideran fuente de Prueba,¹³ es decir, se iguala el vocablo judicial Prueba con el de testimonio, la inspección judicial, el juramento, el informe, la confesión, la declaración de parte entre otros medios que relata la Ley como instrumentos de apoyo que deben de aportar las partes para generar el convencimiento al juez más allá de toda duda razonable de la acusación –si es un proceso penal- o la certeza de un hecho que sustenta una pretensión o excepción.¹⁴

¹³ Frente a este respecto consultar (Rivera Morales R. , La prueba como sustento de la decision judicial <http://www.ulpiano.org.ve/>, 2007)

¹⁴ Son muchos los referentes normativos que igualan el vocablo judicial Prueba al de medio de Prueba entre estos referentes se pueden enunciar:

1. En el código de Procedimiento civil. El artículo 11 que sanciona al auxiliar de justicia que impida o a causa de él no se puede practicar una prueba; también se encuentra el artículo 52 que enuncia la procedencia, necesidad, y decreto de Pruebas, refiriéndose a los medios de prueba, solicitados por terceros intervinientes; el numeral 6° del artículo 71 que enuncia el decoro y respecto de las partes que deben tener durante el proceso y la práctica de los medios de prueba; el numeral 10 del artículo 75 al formular como requisito de la demanda la solicitud de los medios de prueba que se pretendan hacer valer; el artículo 178 al referirse al rechazo in limine del medio de Prueba; el artículo 179 refiriéndose a la forma de llegar las pruebas al proceso, es decir, de oficio o de petición de parte; el artículo 187 en referencia a los criterios de valoración libre de los medios de prueba practicados; artículo 200 y 201 en relación con la Prueba, es decir, medio de prueba, en contrario que admite la confesión, entre otros artículo del C.P.C. que por su largo número de veces de enunciación no se pueden describir.

2. En el código general del proceso. El artículo 6° que consagra el principio de inmediación que prescribe que el juez debe practicar personalmente los medios de Prueba; el artículo 14 consagrado como nula de pleno derecho el medio de prueba obtenido con violación del debido proceso; el artículo 111 relativo a las excepciones que no requieren practicar medios de prueba; entre otros artículos enunciados en la sección tercera de mencionada legislación que contiene reglas propias del régimen probatorio.

3. En el código de procedimiento laboral. El artículo 52 que consagra el principio de inmediación, esto es, como ya se dijo, la necesaria presencia del juez en la práctica de los medios de Prueba; el artículo 80 referido a la no procedencia de solicitudes que apunten a decretar medios de Prueba en segunda instancia; artículo 103 frente a la solicitud de Medios de Prueba por parte de terceros, entre otras normas.

En los países neoromanistas (Lopez Medina, 2010) o de tradición continentalistas, este uso dado al vocablo judicial Prueba es común, sin embargo, se considera compartiendo la posición de (Taruffo M. , Teoria General de la Prueba, 2012) seguido por (Giacomette, 2014: P.74) y (Ramírez Carvajal, 2013: P.48) que es una inexactitud propia de nuestro sistema procesal y la cultura jurídica que ha reinado en él, pues en los sistemas de common law no se da el uso del término *Prueba* al referirse al medio de prueba, ya que este se enuncia bajo el vocablo *evidencia* y el resultado positivo de la *evidencia* si es la Prueba del hecho, es así como se habla de las reglas de evidencia del sistema norteamericano y no régimen de Pruebas que si es usado en otros sistemas procesales denominados continentales, que como se ve aquí es producto de una inexacta e ininterrumpida tradición conceptual que aunque no puede resultar relevante en el proceso judicial si lo es frente a su uso indiscriminado y en ocasiones engañoso por parte del legislador y en consecuencia del funcionario judicial.

La segunda acepción: la que ve la prueba como la actividad a probar

Otro escenario frente a las acepciones del vocablo judicial Prueba es el que lo referencia a la acción de probar es así como la Ley habla de la carga de la Prueba¹⁵ para hacer referencia en

4. En el Código de procedimiento penal. Artículo 195 que consagra algunos requisitos para la obtención de los medios de prueba en los procesos de revisión; artículo 251 que para referirse al dictamen pericial lo denomina prueba pericial; artículo 309 al referirse a las intenciones de obstrucción a la justicia del acusado cuando pretenda falsificar o distorsionar las Pruebas; artículo 337 en relación con los requisitos contenidos en el escrito de acusación, dentro de los requisitos se habla de las Pruebas que sustente la acusación, Entre otras normas.

5. En el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Artículo 5° numeral 8 relacionado con los derechos de las personas ante las autoridades, entre los derechos enuncia el de presentar medios de Prueba; artículo 9° numeral 14 que enuncia las prohibiciones a las autoridades, entre las prohibiciones se consagra la de impedir o decretar oportunamente medios de prueba; artículo 48 que establece el termino para decretar los medios de Prueba y practicarlos, entre otras normas.

No sobra aclarar que, aunque aquí se habla de medios de Prueba, la Ley en los ejemplos enunciados no los llama así sino usa el vocablo judicial: Prueba.

¹⁵ Al respecto se encuentran como referentes normativos el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano, el artículo 167 del Código General del Proceso, el artículo 1757 del Código Civil colombiano, artículo 30 de la Ley 472 de 1998 o Ley de las acciones populares, artículo 78 de la Ley 1448 de 2011 o Ley de víctimas, artículo 234 de la ley 600 de 2000, artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

También se pueden encontrar como artículos que habla de la Prueba como actividad el 53 del código de procedimiento civil y el 80 del código de procedimiento laboral.

los eventos que se afirma “el Prueba la relación laboral” o “ella Prueba la obligación derivada del contrato” dentro de los doctrinantes que siguen esta posición se encuentran (Rosenberg, 2007), (Silva, 1963), (Couture, 1956) y (Montero, 2011) que igualan el vocablo judicial Prueba a la gestión de la prueba en términos de Rosenberg o de la actividad de dar certeza en palabra de Montero aroca, es decir se iguala el sustantivo Prueba al Verbo Probar.

Asimilar la Voz Prueba judicial a la actividad a través de la cual se demuestra unos hechos, da la característica polisémica al vocablo Prueba, no obstante se considera que, la acepción que llama Prueba el procedimiento mediante el cual se solicita, decreta y practica una Prueba, presenta aspectos discutibles pues se tiende a confundir un aspecto de la noción – objeto o medio con el que voy a probar- con otro –acción de probar o procedimiento para probar-.

La tercera acepción: la que ve la prueba como aquel convencimiento que se le da al juez sobre un hecho

Un tercer panorama nos hace ver la Prueba como el resultado o el fin obtenido del proceso probatorio, es decir se iguala en algún sector de la doctrina el vocablo judicial Prueba a la suma de la actividad mental que realiza el juez al momento de la valoración de la Prueba de los hechos + el fin del medio aportado -debe ser en términos de (Michele Taruffo, 2012) necesariamente positivo frente a la afirmación del hecho-.

$$\begin{array}{c} \text{Actividad mental realizada por el juez} \\ \text{Frente a la Prueba de los hechos.} \\ + \\ \text{El cumplimiento positivo de la finalidad} \\ \text{Del medio aportado} \\ \hline \text{Prueba judicial} \end{array}$$

Nótese de la formula anterior, que se enuncia una naturaleza dual propia de la noción de Prueba judicial, pues no todo medio de Prueba es la Prueba de los hechos afirmados y controvertidos por las partes, solamente constituye la Prueba de los hechos aquellos medios que cumplen con la finalidad, esto es de llevar la demostración de un hecho, ejemplo: “es

Prueba que Pedro y María son casados, Prueba de ellos es la partida de matrimonio” o “es prueba que Juan trabajo para Carlos, la prueba de ello es el contrato de trabajo que muestra a Carlos como empleador y Juan como trabajador”.

La cuarta acepción: la que ve la prueba como un examen a algo

Una última acepción es la que define, en un sentido mucho más amplio y general, el vocablo prueba como el diagnóstico, examen, evaluación y similares que se le realiza a determinada persona u objeto para determinar su eficacia, actitud y aptitudes para desempeñar una labor. Ejemplo de esta definición en el campo del derecho, es el tiempo denominado “periodo de prueba” que se realiza a un trabajador para evaluar su comportamiento y eficacia frente a determinada labor estipulada en su contrato de trabajo¹⁶ o los eventos en que se realizan concursos a empleados públicos para medir su coeficiente intelectual respecto de determinado cargo o aquellos exámenes que son realizados –y que terminan sirviendo como medios de prueba- por peritos y médicos legistas para determinar ciertas circunstancias de un hecho que sustenta una pretensión o excepción en materia civil o de un hecho que sustenta la acusación en el ámbito penal. Son muchas otras las situaciones que expone la Ley para analizar a través de un examen o una prueba determinadas actitudes, aptitudes y características de una persona natural o jurídica o de un objeto o situación.

Sin embargo se considera que esta uso o acepción expuesta por algún sector de la doctrina entre ellos (Dellepiane, 2014) y (Borja Niño, 1999), se aleja en gran parte de lo que se debe entender en el proceso judicial por prueba pues no se vincula directamente con un aspecto funcional, instrumental o de actividad de la definición de prueba sino por el contrario resulta ser un término de uso “simplemente gramatical” por el legislador en los diferentes tipos de normas para referirse a la existencia de requisitos o formalidades para la configuración de determinado supuesto de hecho consagrado en las normas que dan este uso al vocablo prueba, es por ello que no compartimos la última acepción frente a la que deba

¹⁶ Al respecto se debe revisar los artículos 76, 77, 78, 79, 80 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia).

considerarse como prueba en el proceso judicial pues en realidad se confunde –de cierta manera- el termino prueba con el de examen.

Acepción del vocablo jurídico prueba

Analizadas y expuestas las críticas y razones que motivan a llamar de una u otra forma determinado aspecto de las distintas nociones de Prueba dada en los sistemas de derecho continental, se puede manifestar que: la Prueba judicial no debe confundirse con el medio de Prueba, denominado en los sistemas de *common law* evidencia, ni tampoco el examen realizado a una cosa o persona para medir sus cualidades o eficacia frente a determinada función, ni mucho menos la actividad tendiente a Probar. En definitiva, es Prueba, la certeza, verdad o conocimiento entregado a una autoridad judicial o administrativa frente a la afirmación de un hecho y adicionalmente constituye la Prueba de ello, el medio que entrega dicho conocimiento.

De la acepción entregada se puede afirmar:

i) la acepción asimila a la doble naturaleza dual entregada por Giacomette Ferrer en su obra, pues no es posible separar la Prueba de un hecho del conocimiento, certeza o verdad generada a través de un medio de Prueba.

ii) se incluye en el concepto expuesto no solo la autoridad judicial sino también la autoridad administrativa, pues estas últimas también necesitan de medios que le generen prueba y conocimiento de un hecho constitutivo de un derecho afirmado por una persona.

iii) Siguiendo al profesor Devis Echandía y Rivera Morales, Prueba no deber ser vista como similar de medio de prueba, pues solo es prueba a partir del momento que el juez o la autoridad administrativa la cataloga como tal, esto es, cuando la señala como el medio que genero el conocimiento, verdad o certeza de la existencia de un hecho, hasta antes su acepción correcta no es la de Prueba judicial sino la de medio de prueba o evidencia.

Antecedentes, aspectos críticos y propositivos de la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria

La Carga de la Prueba

Concepciones

En virtud de un proceso judicial, las partes adquieren derechos de carácter subjetivo, obligaciones y cargas; estas dos últimas se diferencian doctrinalmente una de otra en el sentido de su aplicabilidad y posterior resultado, ya que mientras la primera surge de una imposición de orden legal que puede ser exigida por el juez o las partes y que genera una sanción por su no ejecución, la segunda tiene una connotación facultativa que se deriva de la voluntad que tienen parte que la posee si la aplica o no, y que por consiguiente no genera ningún tipo de sanción. Una de esas cargas se denomina como carga de la prueba. Al respecto el profesor Jorge Peyrano define la carga procesal como un “imperativo del propio interés (por ende de naturaleza incoercible) impuesto a una parte, cuyo cumplimiento puede, eventualmente, traducirse en una ventaja procesal o –por lo menos– en evitarse una desventaja procesal. La carga procesal se singulariza por contribuir a la integración y desarrollo del proceso” (Peyrano J. , 2004)

La Real Academia Española ha definido la palabra carga en un sentido jurídico como “En el seno de un proceso, necesidad que una de las partes litigantes tiene de realizar determinados actos para evitar verse perjudicada.” De igual forma definió la carga de la prueba como la “carga que incumbe a una parte en un proceso para poder dar por probados los hechos que alega.”

De igual forma, para el maestro (Parra, 2011, p.249), la carga de la prueba resulta ser una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

La carga de la prueba resulta ser entonces, una idea de cómo el juez debe decidir una controversia; tal decisión está direccionada por las partes quienes de acuerdo a los fundamentos de prueba dados al supuesto de hecho que ellas persiguen, indicarán una noción del fallo.

Asimismo, Rosenberg ha planteado la carga de la prueba como “las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada” (Rosenberg, 2002, p.7). “(...) cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables, esto es, de las normas sin cuya aplicación la parte no puede tener éxito en el proceso” (Rosenberg, 2002, p.198).

Otro autor importante que nos define dicho tópico es Micheli (2004, P.59), para quien el concepto de carga de la prueba se funda sobre la necesidad practica que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado (Michelli, 2004) Para dicho autor “la noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para un fin jurídico alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observancia de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica; y precisamente la

no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado (Micheli, 2004, p.60-61)

Para (Devis, 2012) la carga de la prueba “es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorable”

Del anterior concepto se derivan dos reglas o dimensiones: 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 cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar (...), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

Indiscutiblemente, la carga de la prueba como regla de conducta, en la medida en que le señala a la parte la forma de proceder frente a los hechos que alega y su prueba, y como regla de juicio, en tanto le define al juez una u otra forma de sustentar su decisión (Devis, 2012) frente a la existencia o inexistencia de prueba en el proceso, es y será la piedra angular para la proposición del medio de prueba. Si se alega la ocurrencia de un hecho, quien hace ese ejercicio de enunciación que insinúa a fin de que se le aplique el derecho, debe probar o llevar ante el juez los medios necesarios y pertinentes a fin de que se determine su utilidad en la sentencia o en términos del código (Ley 1564, 2012), de demostrar los hechos concretos que se ajustan al supuesto general de la norma de la que se está solicitando su aplicación (Canosa Suares, 2012).

De lo anteriormente expresado, se concluye que tanto el maestro Hernando Devis Echandía como Gian Antonio Micheli y Leo Rosenberg, coinciden en la concepción de la carga de la prueba como una facultad de obrar sin coacción alguna, de tal manera que el

abstenerse no constituye ilícito alguno, y sin derecho de que otra persona exija su ejecución, pues se está ante un propio interés el demostrar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que se persigue.

La Carga de la Prueba: Características y Elementos

Es de resaltar lo que maestro Devis Echandía (Devis, 2012, p.410 – 411) ha precisado respecto de algunos autores que han tomado como base la noción de carga de la prueba, para hablar de carga subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, material y formal, como una forma de clasificarla, lo que para el maestro Devis (2012) no se trata de una verdadera clasificación, sino por el contrario conforman diversos aspectos o elementos de la carga de la prueba.

Se habla en la doctrina de la Carga de la prueba subjetiva y objetiva: hecha la aclaración anterior, Rosenberg clasifica la carga de la prueba como subjetiva, entendiéndose por la primera como “la actividad de las partes para suministrar la prueba de los presupuestos del precepto jurídico aplicable, a fin de evitar una decisión adversa”, de aquí nace el termino del deber de prueba, o el de incumbe probar al actor o al demandado el supuesto alegado. La carga objetiva por el contrario desdibuja la actividad de las partes como piedra angular de la carga probatoria, y se centra en la actividad del juez frente al debate de cómo debe fallar en caso de faltar la prueba, a lo que se propone denominar *carga de la certeza*. (Rosenberg citado por Devis, 2015, p.411). Tal apreciación es abiertamente criticada por los tratadistas, pues consideran que al centrar certeza de los hechos en cabeza del juez, tal labor quedaría en cabeza de este y no sobre las partes, quienes por regla general tienen el deber facultativo de allegar determinada prueba si desean una decisión favorable respecto de un hecho aducido.

También se presentan como características de la carga de la prueba la de ser abstracta o concreta de la prueba: Esta clasificación al igual que la anterior contempla dos dimensiones de la noción de carga de la prueba. Refiriéndose a *la carga abstracta de la certeza*, Rosenberg la asocia con las características abstractas de la ley, cuyo contenido y alcance se deriva de las características definidoras de la ley, apartándola de lo que él denomina como *carga concreta*,

aquella cuyo contenido y alcance se determina por el modo de presentar las partes sus afirmaciones (Rosenberg, 2002, p.18-32)

De lo anterior se infiere que todos aquellos que por mandato expreso de la ley deban ser probados, se está haciendo referencia a la carga abstracta, y que cuando la situación nace de lo que las partes afirman al interior del proceso, se estaría hablando de carga concreta. Sin embargo, cuando Rosenberg intenta explicar tal distinción manifiesta que “la relación entre carga concreta y carga abstracta de una certeza es una relación de dependencia, de subordinación, lo mismo que la relación entre el estado concreto de las cosas y las características abstractas de la ley” (Rosenberg citado por Devis, 2012, p.417)

Empero, el maestro Devis Echandía discrepa de la distinción hecha por el profesor alemán; considera que tal clasificación es inútil e inexacta, ya que “indudablemente, no se puede prescindir de la situación sustancial de las partes, esto es, de lo que afirman para reclamar la aplicación en su favor de una norma sustancial (...) por ello creemos que tampoco deben escindirse las perspectivas sustancial y formal de la noción, entendiendo por esta la que se afirma en el proceso, y por aquella, la contemplada en la norma legal, porque es en el proceso donde adquiere realidad y dinamismo”. Contrario a las definiciones dadas por Rosenberg, Devis propone que “siempre que la carga de la prueba contemple la situación de las partes, los hechos que les interesa probar y el riesgo que asumen por falta de prueba, tiene un carácter concreto. Solamente cuando se contempla la regla de juicio que en ella se contiene, dirigida al juez para que resuelva de fondo si no existe prueba suficiente, puede hablarse de un aspecto abstracto de la noción” (Devis, 2015, p.419).

Por otro lado, en cuanto a las características esenciales de la carga de la prueba se presentan como tales las siguientes:

1. Forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho: se tiene como característica este aspecto, precisamente porque permite al juez decidir de fondo sobre la actuación del derecho sustancial en el caso concreto, cuando falta la prueba de los hechos que constituyen su presupuesto (Rosenberg citado por Devis, 2015, p.420). En este aspecto, la

carga de la prueba constituye una visión para el juzgador de cómo debe fallar en un determinado caso.

2. Es una regla general para toda clase de procesos: con esto se hace referencia a que la carga de la prueba no se suscribe simplemente al proceso civil, por el contrario se encuentra en las diversas ramas o especialidades, independientemente de la intensidad en que se presente dicha noción. Igualmente se recalca la importancia y la generalidad de la carga de la prueba, ya que se recurre a ella en el evento de que fracase la prueba y el juez se encuentre ante una falta de certeza (Devis, 2015 p.420). En materia pena, se aplica lo referente al *indubio pro reo*, lo cual significa que la carga de probar la culpabilidad del imputado se encuentra en cabeza del Estado; de tal modo que en el evento de no cumplirse con esta carga probatoria, el juez está en la obligación de absolverlo.

3. Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes. La regla de juicio le indica al juez como debe fallar en caso de ausencia de prueba o certeza respecto de los hechos, a fin de evitar el *non quiet*. La regla de conducta, señala a las partes los hechos sobre los cuales les interesa que una prueba sea practicada, y por consiguiente, les conviene aportar o solicitar al juez que se practique.

4. Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley: esta característica tiene relación con la regulación de la carga de la prueba que comúnmente realiza el legislador. Sin embargo “cuando la ley y la doctrina eximen de prueba un hecho, como los notorios o las negaciones o afirmaciones indefinidas, no imponen a la parte contraria la carga de probarlo, sino de demostrar los otros hechos que alegue para desvirtuar o modificar aquel” (Devis, 2012, p.421).

5. Su aplicación constituye una cuestión de hecho: se considera como una cuestión de derecho, precisamente porque está regulada por la ley, caso en cual si el juez comete un error en aplicación de dicha noción, constituye una violación a la norma y por consiguiente es susceptible de ser alegada por vía de recurso. El error puede materializarse en dos variables: una es que el juez recurra a la noción de carga de la prueba por considerarla insuficiente o no tenerla en cuenta aun cuando existiere prueba suficiente del hecho, o por

hacerla recaer en cabeza de la parte que no estaba en obligación de hacerlo (Devis, 2015, p.422).

6. Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba y, por tanto, eventual: advierte maestro Devis que esta característica es propio de la regla de juicio, la cual se tiene para aplicar en el evento en que predomine la ausencia de prueba. En este caso la actividad del juez no es sustitutiva de la actividad probatoria de la parte afectada con la carga, sino que a través de dicha noción define una situación afectada por la falta de prueba; en otras palabras, “Solo cuando falta la prueba debe el juez examinar a quien correspondía suministrarla, para aplicar en su contra las consecuencias sustanciales, es decir, que con ella no se distribuye la prueba, sino la consecuencia de la falta de prueba o certeza (Devis, 2015, p.424).

7. Se determina no solo por la situación inicial del proceso, sino por las circunstancias posteriores: Si bien es cierto que la demanda y su contestación constituyen un momento principal para la distribución de la carga de la prueba, lo cierto es que como bien lo han señalado los autores, a medida que se desarrolla el proceso se va dando un “verdadero diálogo probatorio”, lo cual va creando modificaciones en la situación procesal de ambas partes, enriqueciendo el caudal probatorio cada vez más el caudal probatorio. De igual forma, dentro del proceso nacen diferentes tramites incidentales, los cuales tienen por objeto tramitar hechos distintos a los alegados en la demanda, pero que de igual forma guardan relación con el proceso, para los que la práctica de la prueba tiene un término especial; “en este caso, la carga de la prueba se distribuye conforme a la posición que las partes tienen en cada incidente” (Devis, 2015, p.428).

La Prueba de Oficio

En el debate sobre la *racionalidad e ideología en las pruebas de oficio* y el *debido proceso vs pruebas de oficio* y que se resume en la discusión sobre si puede o no el juez decretar pruebas, es posible afirmar que posee mayor grado de razón el primero, entre otras, a partir del reconocimiento expreso en distintos estatutos procesales en el derecho comparado. Desde la insigne obra *el juez y la prueba* (Picó i Junoy J. , 2011), se evidencia que el problema de la

prueba de oficio no es, ni será y nunca fue, el de la alteración de la imparcialidad o el de la afectación del principio dispositivo de las partes, dado que se trató de una transcripción errónea del latín por ADOLF WACH y que luego se transmitió a sus discípulos HELLWIG y SCHMIDT y así ininterrumpidamente, aunado a que cuando un juez decreta una prueba desconoce el resultado de la misma y “por ende no puede inclinar la balanza inadecuadamente” (Oliver Galé, 2010, pág. 81) , con lo cual se hace imposible definir que puede dirigir su intención hacia alguno de los extremos de la relación procesal.

En el CGP se superó la discusión en los términos de los artículos 169 y 170 al reconocerse que es un **deber** del juez el decreto y práctica de pruebas de oficio, lo cual es propio a una ideología que no identifica éste actuar como un camino expedito para amparar el descuido o negligencia de los litigantes como alguna doctrina señala (Jaramillo Castañeda, 2013). Ésta última perspectiva se considera altamente discutible porque el proceso judicial no es de los litigantes, debiendo diferenciarse ello del hecho de que la Ley exija el derecho de postulación para que la persona llegue al juez, lo cual es un aspecto que debe diferenciarse. En consecuencia, el proceso es de las partes y el juez, no de los abogados; la pretensión y su resistencia es de las partes y el poder de decisión del juez, no de los abogados.

Concepciones

En lo que al campo probatorio se refiere, y más exactamente lo concerniente a la prueba de oficio, partimos del supuesto de que la potestad oficiosa del juez constituye una función “activa”, más no “inquisitiva” (Taruffo M. , La prueba de los Hechos, 2002). De igual forma es de aclarar que dicha función tiene una naturaleza excepcional; así cuando en virtud de un proceso las partes ejerciten los medios y deduzcan todas las pruebas necesarias que den total claridad respecto de los hechos en controversia y suministren al juez las herramientas necesarias para fallar de manera justa, éste no se verá en la obligación de decretar prueba de oficio.

La naturaleza misma de lo que la prueba de oficio significa para el proceso, derivan limitaciones al ejercicio de dicha potestad; es así como el español Joan Picó I Junoy, ha

llegado a la conclusión de que existen tres limitaciones: a) La prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación prueba b) Es necesario que para practicar los medios probatorios que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrán lugar la posterior actividad probatoria c) Durante la actuación del medio probatorio oficioso debe de respetarse el principio de contradicción y el derecho de defensa de todo litigante (Picó, 1996, p.25-27).

El espíritu de la prueba de oficio está basado en la búsqueda de la verdad, una verdad que en palabras del maestro Parra Quijano conduzca al juez a que emita una “sentencia justa” (Parra, 2011), es este el fin último de dicha potestad y del proceso en general, ya que si la verdad no es lo que interesa al proceso, resulta difícil de entender por qué si se indica que el fin del proceso y de la decisión es sencillamente poner fin a la controversia, entonces no se utilizan otros medios más rápidos como las ordalías o la extracción de la suerte. (Taruffo M. , La prueba de los Hechos, 2002).

Habiendo realizado una aproximación bajo las distintas apreciaciones hechas sobre la prueba de oficio, se permite formular un concepto que nos genere una noción de lo que resulta ser la prueba de oficio definiéndose esta como el poder legal conferido al juez consistente en la iniciativa probatoria y deber que tiene de decretar pruebas que le permitan superar los vacíos encontrados al momento de valorar las mismas, y que garanticen la búsqueda de la verdad; fundando en ella la emisión de una sentencia justa.

Debate sobre la prueba de oficio: Escuela democrática Vs. Escuela garantista

Es menester distinguir dos corrientes que definen el papel oficioso del juez en el decreto de pruebas; estas escuelas centran su debate en si la prueba de oficio afecta o no la imparcialidad del juez.

Es así como una ideología afirma que no le es permitido al juez decretar pruebas de oficio porque esta práctica permea su imparcialidad, conllevando a un desbalance en la relación procesal a favor de unas las partes. Esto obedecería a la idea de que en un sistema

dispositivo la actividad procesal es un asunto que pertenece meramente de las partes donde el juzgador cumple un papel de veedor. Esta escuela ha sido denominada como “Escuela Garantista), donde referenciamos como sus máximos exponentes al maestro Alvarado Velloso y Juan Montero Aroca.

Para los garantistas la labor del juez no puede suplir las deficiencias de las partes que por negligencia o argucia no propongan las pruebas que validen los hechos alegados. Un argumento de esto es que como el Dr Montero lo señala, que nadie sabe cuál es la mejor manera de defender los intereses del cliente que el apoderado mismo y que el juez no es el defensor de las partes.

Ahora, es necesario enunciar los sistemas procesales, de tal manera que se contextualice con el tema en mención. Un sistema procesal define la forma como los ciudadanos pueden acceder a la justicia, el cual se ve desarrollado por la actuación de las partes y el papel que desempeñe el juez. Haremos referencia al sistema dispositivo, inquisitivo y mixto:

- *Sistema dispositivo*: se define por tener carácter de libre disposición, donde las partes definen y discuten libremente el método que utilizarán para encaminar el conflicto. Son ellas quienes impulsan el proceso, aportan pruebas, fijan el pleito y finalizan el proceso por el medio que consideren más idóneo. En este sistema el juez no tiene facultad alguna para darle impulso al proceso, de igual modo mantiene una actitud pasiva a lo largo del proceso.

- *Sistema inquisitivo*: se caracteriza por una actitud activa del juez, donde es él quien ejecuta todas las etapas procesales. Es quien formula la denuncia, realiza la investigación, decreta y practica las pruebas, y por último se encarga de emitir la sentencia. En este sistema el juez es quien hace el proceso y las partes permanecen pasivas.

- *Sistema mixto*: resulta ser la articulación de los dos anteriores sistemas, un claro ejemplo son los procedimientos civiles donde interponer la demanda es facultad del demandante, así como proponer pruebas o alegar hechos son facultad de las partes, hay

rasgos propios del sistema inquisitivo como el impulso del proceso dado por el juez en la admisión de la demanda y el decreto de pruebas de oficio.

El sistema procesal colombiano se constituye de elementos tanto del sistema dispositivo como del inquisitivo. Del sistema dispositivo tenemos la facultad de iniciación del proceso a través de la demanda, así como la facultad de disponer del derecho del litigio (código de procedimiento civil); al igual se incluyen elementos propios del sistema inquisitivo, tal es el caso en el campo probatorio del decreto de pruebas de oficio, cuya finalidad reside en la necesidad de esclarecer hechos dentro del proceso para llegar a la verdad. Lo anterior significa que el sistema procesal colombiano, al tener elementos de los dos sistemas básicos, es finalmente un sistema de carácter mixto.

Sin embargo el proceso civil colombiano tuvo sus raíces en el sistema dispositivo donde eran las partes quienes promovían la demanda y aportaban las pruebas respectivas, empero, a partir de expedición del Código de Procedimiento Civil de 1970 se le atribuyen poderes especiales al juez en relación al decreto de pruebas de oficio. A partir de este momento la actividad del juez dejó de ser eminentemente pasiva, para convertirse en un interviniente activo en el conflicto de las partes, y dando impulso a ciertas etapas del proceso. En los artículos 179 y 180, se establece que el juez o magistrado puede decretar pruebas de oficio “cuando las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”.

Algunos autores según Alvarado Velloso, señalan que no pueden coexistir los dos sistemas y que por tanto serían incoherentes. Sin embargo, coexisten los sistemas antagónicos. Prueba de ello, en Argentina el sistema procesal penal es totalmente inquisitivo, mientras que el procesal civil es predominantemente dispositivo, con algunos rasgos propios del sistema inquisitivo. (Gaitan, 2009).

El profesor Juan Montero Aroca ha manifestado que los sistemas procesales tienen una influencia ideológica – política; ideológica por la concepción que se emplea y política por la tendencia de los gobiernos en los países donde se ha aplicado. En este orden de ideas aparece una noción garantista y liberal del proceso basada en el principio dispositivo de la prueba, es

decir en el principio de aportación de parte. Esta tendencia es propia de los países occidentales. De otro lado aparece una concepción publicista y autoritaria del proceso, donde el juez estaba en el deber de aplicar todas las mediadas consagradas en la ley para el esclarecimiento de los hechos, hasta el punto de contar con el poder de decretar pruebas de oficio, todo esto en la búsqueda de la verdad material. Esta idea es propia de los gobiernos de corte socialista o países del este de Europa, así como de la Italia fascista.

Sin duda alguna este elemento inquisitivo dentro del sistema dispositivo aviva el debate entre ambas escuelas frente a la prueba de oficio. Consideramos que la escuela garantista no reconoce como viable la aplicación de este híbrido entre el sistema dispositivo y el sistema inquisitivo, siendo esta una de las razones por las cuales les resulta absurda la idea de que el juez tenga la facultad de decretar pruebas de oficio que beneficien a una de las partes. Al descartar la idea de un sistema mixto, la facultad oficiosa daría al traste, quedando vigente únicamente la concepción de un sistema dispositivo donde la actividad procesal es eminentemente de las partes y la prueba de oficio es un elemento que parcializa la labor del juez.

Por otro lado, el profesor Montero Aroca manifiesta que para llegar a la obtención de la verdad, dicha verdad “no puede desconectarse de los principios que determinan la regulación de un proceso en una ley”, dicho de otra manera “los principios procesales determinan como se puede llegar a la verdad pretendida”; esto significaría que en un sistema donde predomina el principio dispositivo o de aportación de parte, lo lógico sería que se llegara a una verdad o a una decisión del juez basada en lo que las partes le aportaron al proceso y no que en medio de este el juez decretara prueba de oficio alterando el la verdad o la decisión orientada por los principios procesales.

Al igual que Montero Aroca, Alvarado Velloso quien pudiera ser el máximo exponente de esta corriente, igualmente se opone a este sistema manifestando que si bien el juez tiene la categoría de director del proceso, lo cierto es que no puede convertirse en un “dictador” dentro del mismo, puesto que se contribuye a la “pérdida de imparcialidad del funcionario judicial” respecto de las partes, e iría en contra de la normal aplicación del debido proceso (Alvarado Citado por Gaitán, 2009, p.12).

El debido proceso, garantía fundamental consagrada en la Carta Política, encuentra su significado en el respeto a los principios que rigen el proceso; el derecho al debido proceso se fundamenta en cuatro aspectos a saber: la oportunidad de contradicción, juez competente, observancia plena de las formas del debate y sujeción de la decisión al régimen jurídico sustancial preexistente (Rojas Gómez, 2015).

En este orden de ideas, la crítica de Alvarado Velloso hacia la prueba de oficio radica en que esta afecta el debido proceso, y se fundamenta en que “cualquier elemento que irrumpa la estructura del procedimiento, la oportunidad de defensa o induzca a error, podría configurarse como violatorio al debido proceso” (Alvarado Citado por Gaitán, 2009, p.12). En este sentir observamos que tanto Montero (2011) como Alvarado (2011) coinciden en la idea de que un proceso basado en principios dispositivos no se puede ver modificado por elementos que alteren la obtención de la verdad, además porque iría en contra del debido proceso.

Significa entonces que toda la actuación procesal debe estar gobernada por el garantismo procesal, y ajustada a normas constitucionales como el debido proceso, esto es que ante todo las partes procesales deben ser juzgadas de manera imparcial, convirtiéndose la prueba de oficio en un elemento que parcializa al juez y beneficia a una de las partes.

Nos interesamos ahora por el estudio de la escuela democrática, que como se podrá observar es completamente opuesta a la postura garantista. Esta es ideología acogida por el maestro Parra Quijano, sustentada bajo la premisa de que en el proceso lo que se pretende es “la búsqueda de la verdad y sobre ella dictar sentencia justa” (Parra, 2004, p.12) pues solo a través de esta ideología el juez se convierte en un interventor del proceso, tomando la iniciativa probatoria y haciendo uso de los poderes que la ley le confiere, garantizando la búsqueda de la verdad mediante el decreto oficioso de pruebas.

La prueba de oficio no nace únicamente de la corriente liberal, sino de la necesidad de proporcionarle a la sociedad un juez que sea garante de la justicia, y no que sea un simple veedor de un proceso donde se premie la inteligencia, las calidades, la sagacidad o la actitud de una de las partes para ganar el proceso.

Al momento de aplicar el principio de inmediación, valiéndose de instrumentos como las reglas de la experiencia y la sana crítica, el juez analiza las pruebas y le otorga un criterio de valor a cada una de ellas de acuerdo a su trascendencia o su importancia dentro del proceso; en este arduo trabajo indiscutiblemente puede descubrir la ausencia de pruebas que lo lleven a la verdad de los hechos, “En ese momento de vacío, para abastecer la necesidad de prueba, puede y debe decretar pruebas de oficio” (Parra, 2004, p.15). En este evento la actividad del juez se ve motivada por “la necesidad psicológica de descubrir la verdad” (Parra, 2004, p.15) y es esa necesidad de conocer la verdad lo que convoca al juez para decretar pruebas de oficio.

Desde luego existe la percepción de que el decreto de pruebas de oficio afecta la imparcialidad del juez, entendiendo que con tal decreto se estaría beneficiando a una de las partes que por negligencia o desinterés no aportó la prueba en su momento.

De tal modo que la facultad oficiosa conferida al juez de ninguna manera constituye una vulneración de su deber imparcial, ya que con el decreto no busca favorecer a una parte en especial (entre otras cosas porque no conoce el resultado de dicha prueba), sino por el contrario esclarecer los hechos generadores de duda que obstaculizan la consecución de la verdad y sobre esta la emisión de una “sentencia justa”; en palabras del maestro Parra Quijano ““El juez debe ser imparcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes” (Parra, 2011, p.174).

Estas posturas denotan que el proceso aún se concibe como un asunto de las partes, donde la prueba de oficio sólo apunta a esclarecer temas “oscuros o de duda” (Corte Suprema de Justicia de Colombia citado por Parra, 2004, p.13), al igual que la concepción de la prueba de oficio como un poder excepcional o facultativo del juez; esta concepción además es alimentada por el escepticismo que existe en los jueces de decretar pruebas de oficio por temor a incurrir en un supuesto contrario a la Ley (prevaricato).

Impedir que el juez decrete pruebas de oficio, es “dejar al juez a expensas de las partes, quienes por una u otra razón pueden ocultar la verdad a favor de sus propios intereses, o por su negligencia o incuria dejar de aducir los medios probatorios que permitirían llevar verdad

al proceso” (Perez Palomino, 2005); fallar en estos casos en los cuales claramente existe una ausencia de prueba, sería como faltar al deber de buscar la verdad, que por consiguiente no cumpliría con el fin último del derecho de actuar conforme a la justicia (P.198).

En el CGP se superó la discusión en los términos de los artículos 169 y 170 al reconocerse que es un deber del juez el decreto y práctica de pruebas de oficio, lo cual es propio a una ideología que no identifica éste actuar como un camino expedito para amparar el descuido o negligencia de los litigantes como alguna doctrina señala (Jaramillo Castañeda, 2013). Ésta última perspectiva se considera altamente discutible porque el proceso judicial no es de los litigantes, debiendo diferenciarse ello del hecho de que la Ley exija el derecho de postulación para que la persona llegue al juez, lo cual es un aspecto que debe diferenciarse. El proceso es de las partes y el juez, no de los abogados; la pretensión y su resistencia es de las partes y el poder de decisión del juez, no de los abogados.

Cuando el artículo 170 del CGP indica que: el juez "deberá", con lo cual se modificó el "podrán" del artículo 180 del Decreto 1400 del año 1970, decretar pruebas de oficio cuando sean “necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia o cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”, evidentemente es porque el actuar del juez se dirige no a burlar la preclusión de los términos probatorios como se suele pensar en el caso en que se toma la oportunidad del decreto de prueba hasta antes de fallar, sino a conocer que fue lo que realmente ocurrió y con todas las garantías porque la iniciativa probatoria del juez está sujeta a la contradicción de las partes, tal como se dispone en el inciso final del artículo 170, de tal forma que pierde sustento la crítica. Sin duda alguna, este fue un cambio esencial para el proceso judicial en Colombia y el temor que posiblemente existía frente a esta institución en relación a la imparcialidad desaparecerá paulatinamente.

La Carga Dinámica de la Prueba

Concepciones

Frente a la carga dinámica de la prueba, mucho se discute al respecto, sobre todo, en lo que al origen compete, se afirma, que su origen se remite a la obra de (Bentham, 2001) quien

afirmaría en uno de sus capítulos la necesidad de trasladar la carga de la prueba en circunstancias especialísimas en las que a una parte le resultaba más fácil probar. Por otro lado, algunos autores (Perez Restrepo, 2011) le atribuyen el origen al profesor (Peyrano, 2008) pues ha sido este quien en argentina empezó con el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de lo que se ha denominado cargas probatorias dinámicas o carga dinámica de la prueba.

Algunos profesores como (Lépori, 2004, p.60), no dan un concepto preciso sobre lo que se debe entender por carga dinámica de la prueba, cargas probatorias dinámicas, prueba compartida o carga de la prueba compartida, no obstante, generan apreciaciones al respecto, afirmando que esta institución corresponde, a una nueva doctrina que trato de flexibilizar la rigidez en que habían caído las reglas sobre la carga de la prueba. Sin embargo, previo a ello se afirmaban por otros procesalistas el poder y deber del juez en repartir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los esfuerzos probatorios frente a hechos, impositivos, constitutivos o modificativos (Peyrano J. , 2004) que por razones muy particulares y especialísimas promueven la falibilidad de probar (Falcon, Tratado de la prueba civil, comercial, penal administrativa, 2008).

Sin embargo, se considera que no se puede hablar de carga dinámica de la prueba como una mera teoría o doctrina, de lo contrario, en el derecho comparado ya se ha convertido en un componente del ordenamiento jurídico, aspecto novedoso del Código General del Proceso que la incluye estableciendo unos presupuestos para su distribución sin dar una definición de la institución allí consagrada, pero en definitiva ¿Qué es carga dinámica de la prueba? Se considera como carga dinámica de la prueba la facultad que la Ley le concede al juez para que ante circunstancias específicas, distribuya la carga de probar, debiendo cumplir con la carga, la parte que se encuentre en posición más fácil de hacerlo y no quien afirme, en otro sentido no prueba el que afirma sino el que le quede más fácil hacerlo.

Características

Frente a lo que a las características corresponde se enuncian a nivel doctrinal unas generales, que corresponden a clasificarla como i) una institución del derecho probatorio, ii) morigeradora, flexibiliza y reduce los esfuerzos probatorios de la tradicional carga de la prueba, iii) su aplicación depende de encontrarse en mejor posición o cercanía con el material probatorio y iv) depende de la voluntad del juez para la orden de su aplicación.

Por otro lado, en cuanto a unas características más particulares frente al caso colombiano se debe decir que del artículo 167 del C.G.P. se extraen como características de la institución de la carga dinámica de la prueba que: i) se distribuye la carga en un momento anterior a la sentencia, con el límite en la competencia del juez en los eventos de casos fáciles, moderados y difíciles, ii) existe un auto del juez donde asigna la carga de probar, iii) existen hipótesis específicas sobre las cuales se hace procedente la distribución de la carga, iv) se garantiza el derecho de defensa de las partes, sin privilegiar extremo alguno de la relación procesal, v) el auto es susceptible de recurso de reposición, con la particularidad reseñada respecto del evento en el que sería procedente el recurso de apelación.

Lo anterior la hace distinguir de la carga de la prueba y de cualquier otro insumo del derecho a la prueba sin dejar de continuar demostrando su complemento característico de ser un ingrediente o insumo que le garantiza la presencia de la prueba al proceso judicial.

Inversión de la Carga de la prueba y Carga Dinámica de la Prueba

De la lectura del artículo 167 del CGP y en contraste con el análisis de los antecedentes jurisprudenciales en Colombia sobre la expresión “carga dinámica de la prueba”, con anterioridad al CGP y bajo el vocablo “inversión de la carga de la prueba” se desarrolló la lógica probatoria en virtud de la cual un hecho debe ser probado por la parte a la que le queda más fácil probarlo, no a quien lo alegó, tal como ocurre en materia de responsabilidad administrativa por la actividad médica (Pérez Restrepo, 2011)¹⁷ y en numerosa jurisprudencia

¹⁷ Al respecto puede consultarse como referentes jurisprudenciales: (Consejo de estado, sentencia 30 de julio 1992), (Consejo de Estado, sentencia del 22 de mayo 1996), (Consejo de Estado, sentencia de 4 de septiembre

de la Corte Constitucional frente a la protección de derechos fundamentales (Rojas Ríos, 2013).¹⁸

Desde esta realidad colombiana, al señalarse en la sentencia que determinado hecho no le correspondía probarlo a quien lo alegó, sino a quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, siendo este quien no alegó el hecho, se comprendía el concepto de la carga dinámica de la prueba y, a su vez, el de la inversión de la carga de la prueba.

Al respecto, consideramos que la noción de la “inversión de la carga de la prueba” es radicalmente disímil a la noción de la “carga dinámica de la prueba”, aunque posean elementos comunes. Por tal razón, no se comparte su enunciación como insumo que brinde garantía al derecho fundamental a la prueba. El criterio esencial que impide que ambos conceptos se empleen como sinónimos se radica en el momento del procedimiento en el que se le indica a la parte que debe probar un determinado hecho: en la inversión éste deber se define en la sentencia, en la carga dinámica éste deber se define en un momento anterior a la sentencia.

El considerar el momento como un aspecto que permite diferenciar un concepto del otro, encuentra plena justificación dada la relevancia constitucional del derecho fundamental a la prueba, del cual son titulares tanto el demandante como demandado. Con anterioridad se afirmó que con la inversión de la carga de la prueba se configuró una clara situación de desventaja en el demandado, por cuanto éste solo se enteraba del deber de probar un determinado hecho en la decisión que lo condenaba en última instancia. En la carga dinámica de la prueba esa particularidad procesal es inexistente, ya que no se sorprende al demandado en la sentencia, siendo asignado éste deber en un momento previo a ella, con todas las

1997), (Consejo de Estado, sentencia 20 de marzo 2003), (Consejo de Estado, sentencia de 1 de octubre 2006), (Consejo de Estado, sentencia de 1 de enero 2008), (Consejo de Estado, sentencia 10 de Diciembre 2009) (Consejo de Estado, sentencia 8 de junio 2011) (Consejo de Estado, sentencia 7 de noviembre 2012), evidencias como casos en donde se ilustran ejemplos de inversión de la carga de la prueba bajo la denominación de carga dinámica.

¹⁸ Consúltese al respecto las sentencias de la Corte Constitucional (Sentencia T-422, 1992), (Sentencia T-326, 1995) (Sentencia T- 835, 2000) (Sentencia C-205, 2003) (Sentencia T- 741 de 2004) (Sentencia T-448, 2006) (Sentencia T-632, 2010) (Sentencia T-780 de 2012) (Sentencia T-724, 2012).

garantías de contradicción y defensa sobre el medio de prueba, lo que demuestra la efectiva garantía al derecho a la prueba que brinda la carga dinámica y la notable violación al derecho fundamental a la prueba que brinda la inversión de la carga de la prueba pues se hace en la sentencia, donde no existe oportunidad procesal para allegar la prueba.

En consecuencia, la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba describen realidades distintas. Son dos conceptos diferentes y por eso se describen como “insumos” independientes, aunque se asemejen en la lógica de asignar la carga a quien le quede más fácil o para proteger a la parte más débil de la relación procesal (Giacometto Ferrer, 2003). La diferencia radica en que la carga dinámica ofrece un momento previo a la sentencia para asignar la carga de probar. En este sentido, los contenidos esenciales de la carga dinámica de la prueba son: **i)** se distribuye la carga en un momento anterior a la sentencia, con el límite en la competencia del juez en los eventos de casos fáciles, moderados y difíciles, **ii)** existe un auto del juez donde asigna la carga de probar, **iii)** existen hipótesis específicas sobre las cuales se hace procedente la distribución de la carga, **iv)** se garantiza el derecho de defensa de las partes, sin privilegiar extremo alguno de la relación procesal, **v)** el auto es susceptible de recurso de reposición, con la particularidad reseñada respecto del evento en el que sería procedente el recurso de apelación.

La redacción del Código General del proceso a la Luz de la Constitución y de los principios del derecho procesal

La disposición pertinente en el CGP, inexistente con antelación en el ordenamiento jurídico procesal colombiano señala:

ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

...

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la

parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

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

En punto de la carga dinámica o de lo que la doctrina ha denominado como cargas probatorias dinámicas o distribución de esfuerzos probatorios (Peyrano J. W., 2013) o flexibilización probatoria o tendencia aligerante del *onus probandi* (Balanta Medina, 2013), son diversas las apreciaciones.

De la lectura del inciso que consagra la carga dinámica de la prueba y en contraste con el análisis realizado en materia de la prueba de oficio, aparentemente se quiso por parte del legislador que aquella tuviese el mismo proceso de desarrollo que ésta al consagrarse como **facultad**. En el artículo 167 (Ley 1564, 2012) se indicó: “el juez **“podrá”**, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga” refiriéndose así a la carga dinámica de la prueba como facultad. Sin embargo, esta posición debe reconsiderarse en base al siguiente contexto normativo y posible interpretación sistemática:

El artículo 4 del CGP refiere a la **igualdad de las partes** y dispone: “el juez **“debe”** hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la **igualdad** real de las partes”, así mismo, el numeral 2 del artículo 42 al señalar: “Son **deberes** del juez: ...2. Hacer efectiva la **igualdad** de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”, reitera la existencia de un deber no de una facultad. De tal forma que, por ejemplo, si existe desigualdad material entre las partes como sucede entre el trabajador y el empleador en la relación de trabajo, el juez laboral puede utilizar la herramienta del inciso 2° del artículo 167

porque la igualdad de las partes en el CGP es la igualdad de la Constitución y la de la jurisprudencia constitucional que interpreta el derecho con autoridad, con todas las consecuencias que de allí se desprenden e inclusive en el contexto del principio de discriminación positiva debe el juez distribuir la carga como ha sucedido reiteradamente en materia de desplazamiento forzado (Sentencia T-076, 2013), entre otras hipótesis.

Ciertamente, la distribución de la carga de la prueba es una institución que persigue la garantía del derecho a la igualdad frente a sucesos que lo desequilibran. El CGP le exige en este punto al juez, nivelar estas situaciones particulares y no simplemente lo faculta. Lo anterior, es congruente con lo establecido en el artículo 8 del CGP al referir en la **iniciación e impulso de los procesos** que: “los jueces “**deben**” adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya”. He aquí otro referente del deber.

En ésta misma línea, el inciso 1° del artículo 42 sobre los **deberes del juez** señala: “Son deberes del Juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal”. Adicionalmente el inciso 4° del artículo 42: “Son **deberes** del juez: 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”. Otros referentes del deber en contraposición de la facultad.

En consecuencia, todos estos parámetros podrían definir, aunque es posible que la literalidad triunfe, que esa facultad puede matizarse y que la jurisprudencia empezará a discutir sobre la carga dinámica de la prueba como deber, tal como sucedió con la prueba de oficio en su época. Infalliblemente, y siguiendo al maestro (Parra Quijano, 1992), “la función judicial no puede ser mirada como aquella que cumple su cometido dándole la razón al que mejor administra la técnica del proceso y no al que la tiene en términos de justicia sustancial” que es el fin último de la consagración de estas instituciones, aquí denominadas pedagógicamente insumos de la actividad probatoria en el proceso judicial en la etapa de proposición y requerimiento de la prueba.

De la mano con lo anterior el artículo 167 en lo atinente, consagra una ambigua exclusividad del recurso procedente cuando el juez: i) distribuya la carga o ii) cuando este se niega a distribuirla. Frente a estos ítems, se considera que no se contempló la hipótesis, viable, en la que el juez no examina con detalle los hechos objeto de prueba y al distribuir la carga vulnera el derecho a la prueba, por serle fácticamente imposible a la parte aportarla. No se cuestiona por alguna parte de la doctrina la no procedencia del recurso de apelación frente a la literal expresión en singular del inciso 3° al señalar que la “decisión será susceptible de recurso”, y que se sostiene es en referencia al recurso de reposición (Parra Quijano, 2012, pág. 32).

Sin duda este acto le exige perfección al juez so pena de no transformar a la carga dinámica en un impulsor de prueba diabólica; se considera que es posible la procedencia del recurso de apelación al configurarse la hipótesis reseñada, caso en el cual se tipifica la causal del artículo 321, numeral 3° del CGP, por ser un auto que niega el decreto de pruebas. Bajo este escenario, en el que el juez asigna el deber de probar y valora en forma inadecuada las causales definidas para distribuir la carga frente a alguna de las partes, procedería contra la decisión el recurso de apelación, siendo aplicable en su plenitud la conocida expresión del reconocido maestro colombiano: “tanto vale no tener un derecho como no poder ejercerlo o defenderlo” (Devis Echandia, 2009).

Al respecto y en aras de la plantear las distintas posturas sobre este punto de derecho, resulta oportuno destacar la postura del profesor colombiano NATTAN NISIMBLAT al defender la improcedencia del recurso de apelación. Según éste procede el recurso de reposición “más no el de apelación por no haberlo contemplado así el art. 167 ni el 321 del CGP, pues si bien en el numeral tres del último de los artículos citados se contempla el recurso de alzada contra el auto que “niegue el decreto o la práctica de pruebas”, no se entiende que la decisión de distribuir la carga de la prueba haga parte de esa clase de decisiones, pues se entiende que, contrario a negar una prueba, lo que impulsa dicho auto es precisamente lo contrario, esto es, mayor actividad respecto de quien en principio no tenía la responsabilidad probatoria en el

proceso” (Nisinmblat Murillo, 2013, pág. 182). Se perfilan así tesis contrarias sobre el mismo punto de derecho.

De otra parte, la disposición establece que se puede distribuir la carga hasta “antes de fallar”. Al respecto debe precisarse lo siguiente:

En el contexto del proceso verbal, el artículo 373 del CGP desarrolla la “Audiencia de instrucción y juzgamiento”, un momento procesal en el que son claramente diferenciables tres eventos, no debe olvidarse que se está en audiencia:

1) Se practican las pruebas, posteriormente se oyen los alegatos de las partes y el juez profiere sentencia en forma oral. Bajo esta hipótesis los actos son sucesivos e ininterrumpidos.

2) Se practican las pruebas, posteriormente se oyen los alegatos de las partes y el juez no profiere sentencia como acto seguido; en este evento el juez una vez oídos los alegatos de las partes decreta un *receso* de hasta por dos horas para el pronunciamiento de la sentencia en forma oral. Bajo esta hipótesis los actos son sucesivos e interrumpidos.

3) Se practican las pruebas, posteriormente se oyen los alegatos de las partes y el juez no profiere sentencia como acto seguido; en este evento el juez una vez oídos los alegatos de las partes anuncia el *sentido del fallo* y dentro de los diez (10) días siguientes debe pronunciar su sentencia en forma escrita. Bajo esta hipótesis los actos son sucesivos e interrumpidos.

Esta lógica en la que se contemplan distintos eventos, es razonable en el entendido en que no todos los casos que se le presentan al juez son iguales y dependiendo de ese criterio uno u otro tendrá vigencia en el caso. La hipótesis 1) es claro que se encuentra presente para los “casos fáciles”, por ejemplo, en los que la valoración del medio probatorio sea meramente documental, debiendo hacerse la respectiva salvedad; la hipótesis 2) es claro que se tipifica para los “casos moderados”, por ejemplo, en los que la valoración de los medios probatorios exige cierto análisis para entretejer sólidamente la *ratio decidendi*; y la hipótesis 3) es claro

que se encuadra para los “casos difíciles”, tanto así que se sacrifica la oralidad de la sentencia porque no es posible dictarla en esta forma.

Se considera que permitirle al juez exigir que una de las partes pruebe un determinado hecho, con posterioridad al anuncio del *sentido de su fallo* o al decreto del *receso* para proferir sentencia, según lo dispuesto en los eventos definidos en el artículo 373 del CGP, avala una mala práctica judicial, en lo que se considera una transgresión a la estructura del proceso conforme al principio de la preclusión de las etapas procesales, en donde el juez se entera de lo que va ocurrir frente al derecho cuando el proceso entra al despacho y va a proferir sentencia. Esta postura -la cual avala la distribución de la carga aún con posterioridad al sentido del fallo o el decreto del receso- implícitamente reconoce una desconfianza en la real efectividad de los pilares del código, en la inmediación, en la concentración, en la oralidad, porque si el proceso se desarrolla en atención plena a ellos, cuando el juez en la audiencia inicial, dentro de un proceso verbal, decreta pruebas y fija los hechos objeto del litigio, y en la audiencia de instrucción donde los fija nuevamente y práctica las pruebas decretadas, ello debe ser actuación suficiente para dar por agotado el debate probatorio, por lo cual debería entenderse el juzgamiento como una etapa ajena a cualquier forma de retorno o decisión distinta a la sentencia.

En consecuencia, bajo el evento 1) la etapa de instrucción se extingue una vez se oyen los alegatos de las partes; bajo el evento 2) la etapa de instrucción se extingue una vez se decreta el *receso*; bajo el evento 3) la etapa de instrucción se extingue una vez se anuncia el *sentido del fallo*; en otros términos, el juez es competente para distribuir la carga de la prueba: bajo el evento 1) hasta una vez oídos los alegatos; bajo el evento 2) hasta antes de decretar el *receso*; bajo el evento 3) hasta antes de anunciar el sentido de su fallo. Una vez se oyen los alegatos o se decreta el *receso* o se anuncia el sentido del fallo se abre la etapa de juzgamiento, en la que solo es posible el pronunciamiento de la sentencia.

Por otro lado también se identifica como un aspecto discutible del artículo 167 el no establecer consecuencia jurídica expresa entorno al evento en el que el juez asigna la carga de probar a alguna de las partes y esta incumple con su orden. Se puede considerar que en este

caso se aplicaría la regla de conducta y juicio propia a la noción clásica de carga de la prueba, donde el juez tendría que dar por no probado el hecho, con la consecuencia automática sobre el presupuesto de la pretensión “prueba debida de los hechos”.

Al respecto y en aras de plantear las distintas posturas sobre este punto de derecho, resulta oportuno destacar la postura del profesor colombiano LUIS GUILLERMO ACERO GALLEGO al defender la imposibilidad en la aplicación de la regla referida. Según éste y a partir de la complejidad de la actividad probatoria de los jueces que implica la combinación de los sistemas de carga estática y carga dinámica de la prueba, “...no son claras las consecuencias de una situación de déficit probatorio una vez el juez ha ordenado que ciertos supuestos fácticos sean demostrados por alguna de las partes aplicando para el efecto el sistema de cargas dinámicas”, para lo cual firma que “...a primera vista, surge que el sistema de cargas dinámicas no puede funcionar igual que el sistema de cargas estáticas,...y, por ende, no es factible entender que el primero contenga también una regla de juicio frente al incumplimiento de la carga impuesta por el juez” (Acero Gallego, 2014). Se perfilan así tesis contrarias sobre el mismo punto de derecho.

La medida cautelar probatoria

Concepciones

Al analizar en el proyecto, lo relativo al derecho a la prueba, se habló sobre el derecho a asegurar la prueba, lo que (Montero Aroca, 2011) concepciona como las medidas que se puedan tomar para asegurar una fuente de prueba, pero sin llegar a practicar el medio (P.221). Seguramente, se podría incluir como institución que ilustre este insumo la prueba anticipada, sin embargo, si se tiene en cuenta que bajo estos supuestos la fuente no solamente se asegura sino que el medio se practica, se debe excluir como un ejemplo de ello. Al respecto (Montero Aroca, 2011 P.222) afirma que la ley no consagra supuestos en los que el juez deba decretar medidas cautelares para el aseguramiento de la fuente de prueba, pero si faculta al juez y a las partes para pedir o adoptar medidas genéricas que consistan en:

(...) 1) la conservación de cosas o situaciones, 2) el mandato de hacer o no hacer, con apercibimiento de proceder por desobediencia a la autoridad, y 3) dejar constancia fehaciente de la realidad de la cosa o de la situación con sus características

Del comentario del profesor español, se infiere claramente que la primera y segunda apuntan al total aseguramiento de prueba y la tercera a la de una contaminación del juez, pues analiza el de manera previa a la práctica de la prueba, el contenido de la misma.

Finalmente, aunque no se evidencia en las letras del profesor español, un concepto de medida cautelar probatoria, sus comentarios permiten definir la medida cautelar probatoria como el poder que la Ley le da al juez para asegurar, a través de medidas genéricas, la prueba, pero, no cualquier prueba, sino la prueba pertinente, útil y conducente y, que adicional a ello, se estime que la prueba resulte imposible frente a su futura práctica lo que hace necesario una medida que la conserve

La carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la medida cautelar probatoria y el derecho a la prueba en el proceso

El Derecho a la Prueba: Concepto

El derecho a la prueba resulta ser, en la actualidad, uno de los pilares fundamentales que integran el derecho y principio del debido proceso (Ruiz Jaramillo, 2007), todo ello con el novedoso fenómeno de la constitucionalización del derecho y del proceso (Castellanos & Yañez, 2016), 2016). Su definición no ha resultado tan compleja en el desarrollo doctrinal¹⁹ y jurisprudencial, autores como (Parra, 2011) hacen remisiones normativas²⁰ constitucionales²¹

¹⁹ Aunque algunos profesores como Pico i Junoy insisten en la delimitación conceptual del derecho a la prueba.

²⁰ Al respecto el autor colombiano enuncia como aspectos normativos que desarrollan el derecho a la prueba el artículo 174 del C. de P.C. y 232 del C. de P.P. el primero consagra el principio de la necesidad de la prueba y el segundo la cláusula de exclusión de evidencias obtenidas en actos de registro y allanamientos, este último haciendo referencia a la consagración constitucional de “...es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

y jurisprudenciales²² para la definición del derecho a la prueba lo que deduce la coincidencia de la doctrina en el desarrollo de un concepto del derecho a la prueba. La Corte Constitucional al respecto ha anotado que el derecho a la prueba de la mano con el medio de prueba no solamente debe generar la certidumbre frente al conocimiento de un hecho, ni tampoco a que esta sea decretada, se practique y evalúe, sino que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte (sentencia T-555, 1999). En posterior pronunciamiento, a través de la (Sentencia T-171, 2006) la Corte Constitucional manifiesto que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, y en caso de que este derecho se desconozca por distintas anomalías de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela. Esta última posición ratificada en (Sentencia C-496, 2015), (Sentencia T-171, 2006) estudiante seguramente en mencionados casos el denominado defecto factico como causal de procedibilidad de la acción de tutela ante las vías de hecho.

Sin embargo, los desarrollos jurisprudenciales, conforme a un criterio metodológico selectivo, muestran pocos pronunciamientos judiciales hechos por la Corte Constitucional, y que en su integralidad cambian los hechos del caso en concreto pero, se sostienen siempre frente a los mismos aspectos teóricos del derecho a la prueba, resúmanse, así: **i)** el derecho a la prueba constituye el principal componente y este se encuentra inmiscuido dentro del derecho a la defensa y esta a su vez dentro del derecho al debido proceso (Sentencia T-171, 2006).; **ii)** el

²¹ Frente a los referentes constitucionales el autor se remite a los artículos 24 de la Constitución italiana adicionando los artículos 26 y 29 de la Constituciones colombianas de 1986 y 1991 respectivamente. Del primer artículo -26 de la Constitución de 1986- afirma el autor que este fue deducido por vía de interpretación pues no existía consagración expresa sino la expresión “*observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. Ya en lo correspondiente al artículo 29 de la Constitución del 91 la consagración es expresa, inequívoca y sin duda alguna pues, afirma (Parra, 2011), al consagrar el artículo que “*quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que allegan en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”.

²² Frente al desarrollo jurisprudencial se citan por el profesor (Parra, 2011) sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana que establece parámetro que determinan que el derecho a la prueba es uno de los componentes del debido proceso (Sentencia T-393, 1994) (Sentencia T-589, 99) y que este debe ejercerse de acuerdo con las formalidades legalmente prescritas (Sentencia T-504, 1998) (Sentencia SU-087, 1999).

derecho a la prueba implica que se le dé a la prueba la incidencia lógica jurídica y proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión que adopte el juez (Sentencia C-496, 2015); **iii**) la existencia de un debido proceso probatorio (Sentencia C-496, 2015) y, su violación constituye un defecto factico lo que lo configura como una causal de procedibilidad de la acción y le da el rango de derecho fundamental, cuestión que es indiscutible (Sentencia C-496, 2015); **iv**) si bien se habla de la presencia de unos componentes del derecho a la prueba, -el del decreto, practica, evaluación y valoración y el de la incidencia lógica, jurídica y proporcional en la valoración del conjunto probatorio en la decisión, el derecho a la prueba de conformidad con la jurisprudencia constitucional, tiene etapas: enunciadas por la Corte así: “i) la proposición o requerimiento de la prueba; ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica” (Sentencia T-171, 2006).

De lo anteriormente enunciado, resulta menester resaltar, las denominadas etapas del derecho a la prueba que corresponden al ítem iv) y, que le resultan distintas a los elementos o componentes que integran el derecho a la prueba y como se verá más adelante estos a su vez les resultan distintos a los insumos que garantizan el derecho a la prueba.

Elementos que integran el Derecho a la Prueba

Doctrina autorizada (Parra, 2011) (Giacomette, 2014) en la materia habla, sin temeridad alguna, de los denominados componentes o elementos que integran el derecho a la prueba así: **i**) el derecho a asegurar la prueba; **ii**) el derecho a decretar la prueba solicitada; **iii**) el derecho a que se practique la prueba solicitada; **iv**) el derecho a que se valore la prueba practicada. A continuación se estudiarán y comentará cada uno de estos componentes que integran el derecho a la prueba. Resaltando que sin importar la especialidad del derecho estos elementos son los generales, lo que admite la posibilidad de enunciar unos elementos especiales para la garantía del derecho constitucional a la prueba (Pico i Junoy, 2013)

El Derecho a aportar la Prueba

La deducción de este componente se desprende de la consagración en el artículo 29 constitucional que establece en su literalidad el derecho de todo acusado a presentar pruebas, en principio si se atiende a la literalidad de la norma se pensaría en que esta norma solo es aplicable para el proceso penal, al enunciar la palabra “acusado”, sin embargo el aspecto teleológico, indica que el derecho al debido proceso es aplicable en todos los casos –civiles, penales, administrativos, laborales etc.- y para todas las partes –demandante, demandados acusador y acusado-.

No obstante, se puede asimilar el derecho aportar la prueba (Rocha Alvira, 1990) a la institución de la carga de la prueba, pues como si se analiza de primer momento, esta institución busca el aporte de los medios de prueba, sin embargo, la diferencia sustancial se ve manifestada en que una –la que se trata en este acápite- se identifica como un derecho y otra se ve señalada como una carga –la carga de probar- ¿Qué implica ello? Pues que, el derecho representa una disposición normativa de índole sustancial o procesal que desarrolla circunstancias beneficiosas que se adquieren a partir de determinadas hipótesis y que pueden ser reclamadas a través de los distintos instrumentos y acciones judiciales. La carga, a diferencia del derecho, implica un imperativo del propio interés.

La configuración del derecho a aportar la prueba, es de amplísima discusión en la doctrina y jurisprudencia, pues, al ser la prueba la piedra angular del íter del proceso judicial o administrativo, su aporte es vital para la comprobación de un hecho que sustente una pretensión o excepción, una acusación o una defensa. Resulta fundamental, para la teoría general de la prueba, la determinación de un momento procesal que indique el plazo para aportar una prueba, la cual en la mayoría de casos, por no decir que en todos, se da antes de iniciar la audiencia de juicio, de instrucción, de juzgamiento, de práctica de pruebas y similares, aclarando la existencia de algunas excepciones de ley para aportar pruebas durante o después del juicio.²³

²³ Como referencia al respecto se cita lo previsto para la prueba sobreviniente y la distribución de la carga –carga dinámica de la prueba- permitida con la expedición del código general del proceso, que facultad al juez para asignar la carga de probar a quien lo considere, de acuerdo a unas hipótesis previstas en la ley, hasta antes de fallar.

El Derecho a conseguir la Prueba que permita demostrar la afirmación del hecho que sustenta la pretensión

El derecho fundamental a la prueba, como eje fundamental del proceso, y mandato fundante del mismo dentro del novedoso fenómeno de la constitucionalización del derecho para esclarecer los hechos objeto del litigio o jurídicamente relevantes, presenta como tesis la de la legitimidad de la sentencia, en otro sentido afirma (Parra, 2011) ¿tiene legitimidad una sentencia favorable a una parte que se justifica porque la otra, a pesar de existir el hecho que hubiera variado la decisión, no pudo probarlo por lo difícil que le resultaba? Lo que traduce en que sin la prueba del derecho estaríamos inevitablemente ante la irreparable violación por los demás (Devis, 2012), pues la prueba la que le da carácter al proceso (Sentis Melendo, Teoría y práctica del proceso, 1959).

Sin embargo, resulta complejo el cumplimiento a cabalidad del derecho a conseguir la prueba que permita demostrar el hecho que sustente una pretensión o excepción, pues piense en múltiples casos que por inexistencia de prueba un hecho no puede conceder un derecho a pesar de tenerse, ejemplo de lo anterior puede ser la hipótesis, viable, en la que un ciudadano campesino llamado X recorre un potrero y es atacado por la espalda por el vecino Y que con un listón de madera lo deja en estado de inconciencia y con secuelas de por vida. El vecino huye sin dejar rastro alguno, piénsese que a pesar que en la hipótesis enunciada se tipifica la conducta de lesiones personales dolosas la ausencia de pruebas que demuestren la realización del tipo penal por parte del vecino Y, hacen que X no puede acceder a los derechos de verdad, justicia y reparación, que como víctima el proceso penal le concede. Y como este caso se podrían enumerar varios, que pondrían en duda el derecho a conseguir la prueba del hecho que permita demostrar mi pretensión o excepción –civil, administrativo y laboral- o mi defensa o acusación –tratándose de lo penal-.

No obstante, a pesar de las dificultades que este derecho inmiscuido dentro del derecho a la prueba presenta, la jurisprudencia y la ley han venido desarrollando instituciones que promuevan su garantía, cítese el caso de la carga dinámica de la prueba, de las denominadas pruebas diabólicas o el de la inversión de la carga de la prueba, que serán tratados más

adelante con mayor ampliación, pero que apunta a que se encuentre la prueba que demuestre la existencia o inexistencia de un hecho.

Destáquese, la existencia de excepciones especialísimas frente a las distintas disciplinas del derecho que prohibiciones dogmáticas e ideológicas limitan la garantía del derecho a encontrar una prueba que sustente la pretensión, excepción, acusación o defensa. Ejemplo, resulta la prohibición expresa en el procedimiento penal de invertir la carga de la prueba en cabeza del órgano de persecución penal.²⁴

El derecho asegurar la prueba

Para evitarse la falta o inexistencia de prueba en el proceso, se inmiscuye dentro del derecho a la prueba, el derecho a asegurar la prueba, que no es otro si no el de habilitar al funcionario judicial para el decreto y realización de medidas que apunten a evitar que una prueba pueda desaparecer con la demora del proceso.

Se enuncia al respecto por la doctrina y la jurisprudencia lo relativo a la prueba anticipada, que en palabras de la Corte Constitucional:

“Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma.” (Sentencia C-830, 2002)

Sin embargo el anterior enfoque dado por la corte apunta a definir la finalidad de la existencia de la prueba anticipada, en cuanto a su fundamento la jurisprudencia constitucional, ha dicho que:

²⁴ Sin embargo al respecto existen casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha invertido la carga de la prueba, correspondiéndole al acusado demostrar determinados hechos que constan en la acusación, al respecto se encuentran (sentencia 31103, 2009) y (sentencia 33660, 2011).

Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales (sentencia C-830, 2002).

Lo anterior,²⁵ demuestra la excepción a la norma rectora de la inmediación, que a pesar de ser un pilar del proceso oral y por audiencia, cede ante la necesaria garantía del derecho constitucional y fundamental de la prueba.

Empero, la prueba anticipada no le resulta suficiente al derecho de asegurar la prueba, y se plasmó en la ley 1563 de 2012 la práctica de medidas cautelares probatorias, que serán tratadas más adelante con la ampliación y señalización que para el caso indica, pues esta corresponde a uno de los insumos que garantizan la presencia de la prueba en el proceso judicial.

El derecho a que se decreten las pruebas aportadas

No solamente el aporte de una prueba resulta suficiente, pues, como afirma (Devis Echandia, 2012) *“tanto vale no tener un derecho como no poder ejercerlo o probarlo.”* Es ahí donde entra un filtro que podríamos denominar colador jurídico-procesal, es decir, además del derecho aportar pruebas, se tiene el derecho a que las pruebas aportadas sean decretadas para su posterior práctica, pero esta afirmación no resulta serle de color rosa a las partes, pues no toda prueba aportada, bajo la alegación normativa de que se goza con el derecho de aportar pruebas, será decretada, debe cumplir unos requisitos: i) su pertinencia, ii) conducencia iii)

²⁵ Posiciones que se encuentren ratificadas jurisprudencialmente, de acuerdo a la búsqueda selectiva, y en las cuales se presentan como referentes de confirmación la (sentencia C-798, 2003), (sentencia C-911, 2004) y (sentencia T-724, 2012).

utilidad (Cañón, 2013) iv) celeridad, es decir que no resulte repetitiva o superfluas v) no apunte a demostrar hechos que no requieran prueba, lo que de otra manera se podría llamar, como ineptitud de la prueba.

Sin embargo, la Corte Constitucional, ha considerado que el proceso del decreto debe ser de poca rigurosidad, pues en caso de duda en la admisión, rechazo o exclusión de una evidencia o medio de prueba debe aplicarse “un beneficio frente a la duda” y admitirse la misma, sin embargo, en la práctica de esa evidencia o medio de prueba, se podría presentar dos hipótesis: i) que la evidencia decretada bajo el supuesto en mención no sea admitida durante la práctica, al evidenciar el juez, que resulta, inconducente, impertinente, inútil y similares a ineptitud para esclarecer los hechos objeto del litigio o la probanza de los hechos jurídicamente relevantes, y así no tenga en cuenta para su valoración o, ii) que el juez a pesar de que nota que la evidencia es inconducente, impertinente e inútil y similares a ineptitud para esclarecer los hechos objeto del litigio o la probanza de los hechos jurídicamente relevantes, permite su práctica bajo el argumento que ya esta fue decretada, pero sin embargo en la valoración no le dará un valor a la prueba, pues no le resulta suficiente para la comprobación de un hecho que sustente una excepción o pretensión.

Nótese, el grado de complejidad que desarrolla, el derecho a que se decreten las pruebas, teniendo contrastes distintos, por un lado la de no ser absoluto, pues se necesita de unos requisitos dados por la ley para que la prueba sea decretada,²⁶ pero, por otro lado, la jurisprudencia constitucional otorga el derecho a que en caso de duda frente al decreto de una prueba, se aplique un denominado “beneficio de la duda” y la prueba sea decretada, presenta hipótesis distintas frente a su práctica.

El Derecho a excluir la Prueba obtenida con violación del debido proceso

Aunque, no es un tema en el que metodológicamente corresponde hondear, se debe decir que como elemento del derecho a la prueba, La Constitución Política de 1991, consagra en el

²⁶ Al respecto (Montero Aroca, 2012) manifiesta que: “el derecho a la prueba además de ser un derecho subjetivo de índole procesal y de rango fundamental, es un derecho de configuración legal, lo que le da la característica de ser un derecho ilimitado, puesto que el mismo debe ser conformado y regulado respecto de la función de la prueba en el proceso.” Posición igualmente declarada por (Pico i Junoy, 2013)

inciso final del artículo 29, la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso, de la mano con ello la ley 906 de 2004 –código de procedimiento penal- y la ley 1564 de 2012 –código general del proceso- consagran de igual manera la disposición en mención en los artículos 23 y 14 respectivamente. Presentándose como regla de desarrollo a la denominada cláusula de exclusión.

Sin embargo, las legislaciones anteriores a las ya nombradas, es decir la Ley 600 de 2000 y el Decreto 1400 de 1970 no presentaban igual desarrollo a este contenido constitucional, pues en ninguno de sus artículos se enunciaba la exclusión de la prueba por ser nula en consecuencia de haber violado el debido proceso. Sin embargo, eso no fue tropiezo, pues con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 las legislaciones que guardaran silencio o fueran contrarias no tenían prevalencia pues por encima de ellas se encontraba el artículo 29 constitucional que enunciaba la nulidad de pleno derecho de toda prueba obtenida con violación del debido proceso.

Sin embargo, a este respecto mucho se ha escrito por la doctrina en especial la norteamericana, que ha tratado la denominada *fruit of the poisonous tree doctrine*,²⁷ y que consideran que las prueba ilícitas o ilegales deben ser excluidas. Por otro lado en lo que a la tradición romanista corresponden se guía por un régimen de nulidades, como sucede en el caso francés o en el caso italiano que son denominadas como pruebas inutilizables.

En Colombia, el proceso penal, frente a las pruebas ilícitas o ilegales, siguió la doctrina norteamericana bajo la denominada cláusula de exclusión, planteándose excepciones a dicha cláusula, enunciadas en el artículo 455 del código de procedimiento penal, que son la del descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, fuente independiente y las demás que termine la Ley, esta última una denominada cláusula abierta, lo que sin lugar a dudas presenta un punto de vital discusión que pone en evidencia la limitación del derecho a excluir las pruebas con violación al debido proceso, pues si se configura una de las hipótesis anteriormente descritas, el derecho a excluir la prueba obtenida con violación del debido proceso cede ante el derecho de la otra parte de aportarla, con todo lo demás que ello puede implicar garantizar.

²⁷ Doctrina de los frutos del árbol envenenado

En cuanto al proceso civil, las pruebas ilícitas, son nulas de pleno derecho y de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso deben ser rechazadas de plano mediante providencias motivadas, sin existir excepción alguna para su exclusión, pues el régimen procesal, distinto al procedimiento penal, no las consagra. Lo anterior, permite deducir que, en el proceso civil, la garantía del derecho a excluir prueba obtenida con violación del debido proceso tiene mayor alcance que en el proceso penal, pues no se ve arrollada por ninguna causal que permite su admisión.

El Derecho a practicar la Prueba

La práctica de la prueba, desenvuelve aspectos de desarrollo técnico y dogmático (Lopez Blanco, 1993) en lo que a testimonios e incorporación de evidencias o medios de prueba corresponde nacional y en el extranjero (Morales Molinas, 1973). Así, como la parte tiene derecho a aportar una prueba y a que le sea decretada, tiene el derecho a que esta prueba se practique dentro del marco de la concentración. Es decir, que el juez, desarrolle la practique de la prueba en conjunto, sin afanes o ligerezas pero si con la mayor celeridad posible. Este derecho en mención, elemento del derecho a la prueba, involucra a que el proceso judicial sea dotado de todos los medios posibles para la práctica de un testimonio, y aquí aparecen: **i)** la pruebas de oficio solicitadas por la parte o iniciativa del juez (Falcon, 2005, p.18) **ii)** el uso de todos los medios para el requerimiento o conducción de testigos para rendir el testimonio **iii)** y la no negación de práctica de pruebas ya decretas en audiencia realizada con antelación, a excepción que encuentre esta como repetitivas o impertinentes, las cuales, consideramos, deberá negar su práctica, decisión que podrá ser impugnada mediante el recurso de apelación conforme a lo consagrado en el numeral 3 del artículo 321 del código general del proceso. Véase como en el proceso civil se le dan poderes de ordenación, instrucción, investigación y similares al juez para impulsar la práctica de una prueba y lograr la garantía del derecho a la prueba y por consiguiente la garantía al derecho de defensa y del debido proceso, pues de no hacerlo incurriría en una posible nulidad (Parra Quijano, 2011).

En el proceso penal, la cuestión varia pues aunque el juez tiene los poderes de instrucción respectivos puede requerir, conducir y usar todos los medios legales para hacer

comparecer un testigo e incluso suspender la audiencia de juicio oral por la ausencia de un testimonio sin importarle para la toma de tal decisión el grado de importancia –cuestión que resulta muy igual en el proceso civil- sin embargo, el decreto oficioso de pruebas, se encuentra expresamente prohibido por el artículo 361 de la legislación procesal penal, bajo el sustento de la libertad de configuración legislativa de la cual goza el Congreso frente al proceso probatorio, que como ya se dijo en varios casos resulta ser limitado debido a su configuración legal y de la mano con ello ha considerado la Corte Constitucional, el principio acusatorio como ideología del procedimiento penal, cuestión de suprema discusión en la academia y la doctrina, debate que aunque resulta amplísimo y apasionante no corresponde a este investigación ser tratado por efecto metodológicos y de delimitación de la investigación.

El Derecho a que se valore la Prueba

Sin lugar a dudas, la valoración de la prueba resulta en el ámbito de la teoría general de la prueba, un aspecto de diversas opiniones y discusiones de distintas índoles pero de gran importancia en el estudio del derecho probatorio (Silva, 1963). Sin embargo, al respecto se han enunciado distintos sistemas de valoración de la prueba, siendo estos: **i)** el sistema de la prueba legal, **ii)** el sistema de la libre apreciación de la prueba o de la sana crítica, **iii)** el sistema mixto de valoración.

En cuanto al primero, su desarrollo consiste en que se le otorga al juez el poder y deber de valorar las pruebas conforme a los denominados principios de la sana crítica (Martínez, 1995), es decir sin sujeción a reglas legales para la valoración, atendiendo a lo denominado como reglas de la experiencia para la apreciación del testimonio y demás medios de conocimiento. Sin embargo, con este sistema de valoración se desencadena el denominado principio de la libertad probatoria, que se traduce, en que todo hecho, afirmación, hechos afirmados o afirmaciones de hechos, puede ser probado a través de cualquier medio excepto que la Ley exija prueba solemne.

En cuanto al segundo, su desarrollo consiste en que se le entrega al juez por intermedio de la Ley un sistema tasado que le exige valorar de determinada forma una prueba y que esa prueba sea exclusiva para la demostración del hecho que es objeto de prueba. Sistema en total

decadencia por el denominado sistema de la libre valoración de la prueba, pues le entrega confianza al juez, y no desconfianza como lo hace el sistema de prueba legal, pero que sin embargo resulta tener sus ventajas frente a la imposibilidad de la valoración de la prueba por error.

En cuanto al tercero, su desarrollo se presenta como un sistema que involucra en porcentajes altos el sistema de libre apreciación y en un porcentaje mínimo el sistema de la prueba legal o de la tarifa legal, aunque algunos discuten que el sistema de libre valoración de la prueba no deber ser absoluto y por eso en el concepto que lo definen incluye que un hecho, afirmación y similares debe ser demostrados a través de cualquier medio excepto que la ley exija prueba solemne.

Sin embargo la doctrina afirma que el sistema de libre apreciación de la prueba corresponde al de la llamada teoría material de la prueba y el de la legalidad a la llamada teoría forma, lo que lo asimilaría a una certeza moral del hombre respecto de aquel y, una certeza moral de la ley respecto de este último (Silva Melero, 122).

La incidencia lógica, jurídica y proporcionalmente importante dentro del conjunto probatorio en la decisión adoptada por el Juez

En cuanto a lo que este derecho corresponde, se presenta como un componente de mero desarrollo de la jurisprudencia constitucional que manifiesta que el derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique, sino también de que se evalúe y que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte (Sentencia T-555, 1999).

Es decir, no le basta al derecho a la prueba lo anteriormente enunciado, pues los elementos de garantía no terminan con la valoración de la prueba sino con la incidencia e inclusión de la importancia probatoria correspondiente de la prueba en su conjunto en la toma de decisión en la sentencia. Y lo anterior tienen sustento para incluirse como un nuevo elemento o componente del derecho a la prueba pues, una de las formas -y de las más graves-

de desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, radica precisamente en que el fallador, al sentenciar, lo haga sin fundar la resolución que adopta en el completo y exhaustivo análisis o sin la debida valoración del material probatorio aportado al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia (Sentencia C-496, 2015) caso en el cual se configuraría una vía de hecho y en consecuencia un defecto factico como causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, pues no solo se desconoce el derecho de probar sino, de esa forma, se atropella las tragedias de la gente que ven la administración de justicia como la máquina de la razón y la paz social, es ahí donde se afirma por un ilustre procesalista italiano “el juez es la figura central del derecho, un estado se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces.

Criterios para la determinación de los insumos que garantizan el derecho a la prueba.

Como se enuncia en el título, se trata de exponer en la doctrina además de las denominadas, jurisprudencialmente, etapas del derecho a la prueba y de los elementos, los insumos del derecho a la prueba, aspecto que es lo que determina la necesidad de la investigación. Al hablarse de una teoría, debe incluirse, sin lugar a dudas los criterios que impulsaron su determinación, es así como en este capítulo, se enuncian los criterios que determinan la enunciación de unos insumos que garanticen el derecho a la prueba, corresponde a tales criterios: i) el criterio de atracción de la prueba; ii) el criterio de la presencia y aseguramiento de la prueba iii) el criterio de la universalidad del insumo, y iv) el insumo es regla o poder para el juez. A continuación se incluye su argumentación para la inclusión. Los cuales desde ya se avisa, a pesar de ser varios los criterios estos necesariamente no deben ser concurrentes.

Atracción de la prueba

Para determinar, en la lectura de una disposición legal, propia de derecho probatorio, si es o no un insumo, debe analizarse como un aspecto el de la atracción de la prueba, es decir, si la disposición en lectura busca o pretende como fin atraer la evidencia o medio de prueba al

proceso, se estará ante un insumo, así por ejemplo, el Código General del Proceso consagra la prueba de oficio, que en su literalidad lo que pone en evidencia es que a través de un instrumento que otorga la Ley el juez pueda atraer al proceso la prueba de los hechos que sustenten un pretensión o una excepción.

Presencia y aseguramiento de la prueba de la prueba

Pero no sería suficiente para la garantía del derecho a la prueba, que se garantizara la mera atracción de la prueba a través de un insumo, pues la intención no le sería suficiente a la parte que necesita la prueba del hecho que le permite adquirir un derecho, también se necesita que existan otros insumos que garanticen la presencia de la prueba en el proceso judicial, es decir, que esta efectivamente sea practicada para sustentar y demostrar el supuesto de hecho que consagra la norma que es perseguida por una de las partes para su aplicación. Es decir, que aquí se incluyen como insumos existentes en el ordenamiento jurídico la medida cautelar probatoria consagrada en el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012; la carga de la prueba en sentido subjetivo o de regla de conducta, que impulsa a que la parte allegue la prueba, que es otra forma de decir, hacerla presente, de lo que le interesa probar; y la prueba de oficio establecida en el artículo 169 del código general del proceso.

Universalidad del insumo

Por otro lado en lo que a los insumos corresponde se presenta como criterio de distinción respecto de un medio de prueba, pero al mismo tiempo, como característica de los insumos el de la universalidad. Es decir el insumo corresponde a un aspecto evidentemente general y no concreto pues lo concreto es el medio de prueba que se atrae a través del insumo y lo general corresponde al insumo como tal, enúnciense como insumo con estas características, la carga de la prueba, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria, pues a través de ellos es que se atrae el medio de prueba del hecho que sustenta una pretensión.

La universalidad del insumo, se presenta como una característica de todos ellos, y como corresponde afirmarse, resulta un criterio determinador de los insumos que garantizan el derecho a la prueba.

El insumo es regla y poder para el juez

Por último, se usa como criterio para determinar los insumos que garantizan el derecho a la prueba, el de que constituye una regla y poder para el Juez, así por ejemplo, la carga de la prueba, presenta como característica la de ser una regla de juicio para el funcionario judicial, o la prueba de oficio constituir un poder su decreto, al igual que le resultan la medida cautelar probatoria y la carga dinámica de la prueba, al respecto destáquese el artículo 42.4 del código general que impone el deber al juez de usar los poderes que el código le otorga en materia de prueba de oficio, con el fin de lograr una tutela judicial efectiva pero sobre todo una igualdad real y efectiva de las partes

Insumos esenciales que apuntan al aporte, búsqueda, encuentro o conservación de la prueba.

A partir de este contexto, se destacan dos consecuencias angulares del derecho: primera, la justicia constitucional (Sentencia T-171, 2006), teniendo como fuente a la Constitución, señaló que el derecho a la prueba “lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: i) la proposición o requerimiento de la prueba; ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica” . Segunda, ha referido que el derecho a la prueba encuentra unos límites ya que “i) no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y ii) que una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar las pruebas...debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso”.

Desde aquí, resulta la importancia de este ítem en cuanto a su cronología en el contexto del proceso, por ejemplo, el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la prueba no es posible sin el debido agotamiento de la etapa de proposición o requerimiento de la prueba; así mismo,

no es posible llegar al momento de la valoración o apreciación de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, sin el debido agotamiento de la etapa de proposición o requerimiento de la prueba. De tal forma que se hace estructural esta institución que se configura desde la jurisprudencia, siendo por esta razón el criterio de selección de la investigación.

Al respecto, debe indicarse que la principal doctrina nacional no desarrolla en forma exacta el contenido de esta etapa del proceso probatorio bajo la expresión *proposición o requerimiento de la prueba*, ni su contraste y consecuencias desde el enfoque al *derecho a la prueba* tal como aquí se propone, para tal efecto emplean, por ejemplo, dentro de las etapas de la actividad probatoria, los conceptos de proposición y ordenación (Azula Camacho, 2008, págs. 62-63), o en un contexto de la búsqueda de la producción y la conservación de las pruebas (Bentham J. , 2008, pág. 525), o dentro de los tres momentos de la actividad probatoria refieren al momento de conformación de los elementos de juicio o pruebas (Ferrer Beltrán, 2007, pág. 41), o en el enunciado como “camino de la prueba” dentro de las etapas probatorias en la petición y aporte de la prueba (Nisinmblat Murillo, 2013, pág. 160), o dentro de las fases de la actividad probatoria en la etapa de solicitud (Giacomette Ferrer, Teoría general de la prueba, 2015), o como principio del derecho a la prueba, sin hilar el tema respecto a los insumos referidos y su importancia en esta etapa (Parra Quijano, 2007, págs. 116-127), o dentro de las fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso en la producción u obtención de la prueba y dentro de ésta la proposición y presentación de la prueba (Devis Echandía, 1984, págs. 93-97), o dentro de la actividad probatoria dentro de la fase de producción de la prueba (Cabrera Acosta, 1988), o dentro de la selección de las pruebas se trata el derecho a presentar pruebas relevantes (Taruffo M. , La prueba, 2008). Así las cosas, no se perfila en la problemática un estado del arte que ligue la materia con un enfoque constitucional y desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional que describió una de las etapas del proceso probatorio en los términos referidos, ni su relación con los enunciados insumos que garantizan el derecho fundamental a la prueba.

A partir de estos resultados donde se contrastan las diversas disposiciones procesales en Colombia y la jurisprudencia constitucional relevante al punto, es posible afirmar que constituyen insumos que aseguran el derecho a la prueba en la etapa de proposición y

requerimiento de la prueba los siguientes: a) la carga de la prueba, b) la prueba de oficio, c) la carga dinámica de la prueba y d) la medida cautelar probatoria. En otros términos, el juez puede encontrar la verdad, certeza, convicción más allá de toda duda razonable y sinónimos, quedándose en la noción clásica de la carga de la prueba, u ordenando de manera oficiosa la prueba de un hecho, o asignando la carga de probar a alguna de las partes, o a través de una medida cautelar probatoria.

Teniendo en cuenta esto, no es accidental que la Corte Constitucional haya empleado esos dos vocablos, proposición y requerimiento. En el primero de ellos se ubica el insumo de a) -la noción clásica de carga de la prueba-, y en el segundo los insumos, b) -la prueba de oficio-, c) -la carga dinámica de la prueba- y d) -la medida cautelar probatoria-, dado que al no serle suficiente al juez lo que le proponen las partes, se necesita para el proceso que se requiera la prueba a ellas o a cualquier otro, a fin de asegurar la prueba de los hechos.

De tal forma que existe un presupuesto fundamental, el derecho a la prueba es una concepción que como derecho fundamental antecede a la noción de carga de la prueba, a la inversión de la carga de la prueba, a la prueba de oficio, a la carga dinámica de la prueba y a la medida cautelar probatoria, las cuales le sirven como instrumento, dado que la garantía del derecho constitucional a la prueba se hace efectiva acudiendo a uno o a todos aquellos insumos a los que se acuda por el juez para decidir. Siendo así, el derecho a la prueba posee en el proceso herramientas que garantizan su efectividad, a través de cada uno de aquellos insumos.

Desde esta perspectiva constitucional y procesal, en los casos concretos el juez del Estado social de derecho puede percibir, y con mayor razón en un proceso oral, con intermediación y contradicción, que es la tipología de proceso que predica el CGP, los vacíos o dudas existentes sobre el acontecer fáctico, para responder con justicia al valorar no solo lo que tiene y es ofertado por las partes, sino al usar los insumos que le garanticen efectivamente el derecho a la prueba. Cuando no se garantiza la búsqueda de la verificación, confirmación, ratificación y sinónimos sobre la ocurrencia de los hechos que se alegan y resisten, se vulnera

el derecho a la prueba. Cuando el juez emplea cualquiera de los insumos referidos y ausculta en la búsqueda del medio de prueba, garantiza el derecho a la prueba.

Ante estas realidades se debe afirmar que el derecho fundamental a la prueba no puede depender de la noción clásica de la carga de la prueba, por cuanto si el hecho existe, éste posee otros insumos que hacen efectiva su garantía en el proceso.

El anterior contexto, deduce que constituyen insumos que aseguran la proposición y requerimiento de la prueba: i) la carga de la prueba, ii) la prueba de oficio, iii) la carga dinámica de la prueba y iv) la medida cautelar probatoria. En otros términos, el juez puede encontrar la verdad, certeza, convicción más allá de toda duda razonable y sinónimos, quedándose en la noción clásica de la carga de la prueba, o invirtiendo la carga, u ordenando de manera oficiosa la prueba de un hecho, o asignando la carga de probar a alguna de las partes, o a través de una medida cautelar probatoria.

La Carga de la Prueba en Colombia y su garantía al derecho a la prueba

Como referente legal, en Colombia tenemos el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el cual en su literalidad expresa:

ARTÍCULO 177. 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 o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Quien alega un hecho debe probarlo, esa es la regla de conducta y juicio incorporada en la noción clásica de la carga de la prueba dentro del proceso judicial.

Ésta es una fórmula que se transcribió en fiel reproducción del CPC, artículo 177, al CGP, artículo 167, salvo el nuevo inciso segundo atinente a la carga dinámica de la prueba; de esta manera se garantiza en Colombia el derecho a la prueba, en el estricto sentido que le otorga a la parte interesada la facultad de probar determinado hecho alegado, buscando así una decisión favorable a su pretensión. Debe hacerse precisión entorno a que desde el CC, artículo

1757, se presenta la fórmula referida al señalar “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”; las disposiciones posteriores establecieron: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Devis, 2012, p.405)

Sin embargo, considérese aquí la afirmación que pone en evidencia la no totalidad de la garantía al derecho a probar bajo la noción clásica de la carga de la prueba, en tanto que por un lado permite aportar la prueba de los hechos, pero al mismo tiempo se convierte en una exigencia, que de ser incumplida acarrea como consecuencia la solución desfavorable de la pretensión o excepción, y de exigírsele ello a una parte en condiciones de difícil probanza sería igual a vulnerarle el derecho a la prueba.²⁸

La Prueba de Oficio en Colombia y su garantía en el derecho a la prueba

Se considera que la prueba de oficio es totalmente viable frente al derecho a la prueba, pues garantiza el acceso a través del decreto oficioso, que a su vez conlleva a que dentro del proceso estén presentes todos los elementos necesarios para emitir una “sentencia justa”. Debemos tener presente que la realidad social del país presupone de entrada una desigualdad en torno a la capacidad económica de quienes acuden al sistema de justicia; en tal sentido la esta actividad del juez constituye colocar en un plano de igualdad a muchos ciudadanos cuyas condiciones económicas son precarias, y no pueden acceder a una asistencia letrada adecuada, y como consecuencia de esto no aporten las pruebas necesarias para acreditar los hechos alegados. La victoria en el proceso no puede significar una apología a la sagacidad, a la inteligencia o a la astucia para ganar un proceso, pues en un país donde predomina la desigualdad social, el proceso debe servir para dar la razón a quien la tiene.²⁹

La Carga Dinámica de la prueba y su garantía en el derecho a la prueba en Colombia

²⁸ Al respecto puede consultarse la sentencias de la Corte Constitucional (Sentencia C-215 de 1999), (sentencia C-202 de 2005) (Sentencia C-790 de 2006) (sentencia C-289 de 2012) y (Sentencia T-733 de 2013)

²⁹ Al respecto puede consultarse como referentes jurisprudenciales: Sentencia T-498 de 2000, Sentencia C-396 de 2007 Sentencia T-264 de 2009 Sentencia T-600 de 2009 Sentencia T-1013 de 2010 Sentencia T-950 de 2011 Sentencia T-213 de 2012 Sentencia T-817 de 2012, Sentencia SU-768 de 2014 Sentencia T-339 de 2015).

Doctrina colombiana (Parra, 2011) habla de la prueba con tintes de proeza y simultáneamente proponen como aspecto crítico el de la consagración de una institución que sirva de engranaje entre la carga de la prueba y el derecho a la prueba: la carga dinámica de la prueba.

En el afán de garantizar, a la parte y al proceso, la presencia de la prueba judicial, se instituyó con el código general del proceso la carga dinámica de la prueba, ¿y que le garantiza ello al proceso? Sin lugar a dudas, aumentar la iniciativa probatoria del juez y de las partes, pero si se analiza bien no le resulta suficiente al proceso como garantía de la existencia o la presencia de la prueba en el proceso judicial, aunque se tiene esa finalidad su aplicación no garantiza el aporte de la prueba, es decir la carga dinámica de la prueba en sentido subjetivo o regla de conducta, pero si, garantiza la aplicación de la carga dinámica de la prueba en sentido objetivo o la denominada regla de juicio.

Nótese, la evolución social de las instituciones frente a la prueba, que implica la aplicación de un modelo político más iusnaturalista (Trujillo Cabrera, 2006). Sin embargo, no todo le resulta de satisfacción al derecho procesal, que ve en la diversidad procesos y multiplicidad procedimientos (Fix Zamudio, 1964) distintas aplicaciones frente a ello, aunque, previo a la vigencia del Código General del Proceso, en lo civil la aplicación de la que denominamos inversión de la carga de la prueba se quiso asimilar a la teoría de la carga dinámica de la prueba violando el derecho a la prueba del demandado, pues se distribuía la carga de la prueba en la sentencia de última instancia donde no existía oportunidad probatoria para aportarlas,³⁰ situación similar aplicada en la sala de casación laboral³¹ y casación penal,³² en esta última especialidad encontrándose mayor trascendencia sobre todo si se tiene en cuenta la prohibición expresa que hace el artículo 7 del código de procedimiento penal afirmando que en ningún caso se podrá invertir la carga de la prueba, en razón de la presunción de inocencia y la carga de la prueba en cabeza del órgano de persecución penal,

³⁰ Al respecto puede consultarse las sentencias de la Sala de Casación Civil (Corte suprema de Justicia, sentencia del 30 de enero 2001), (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de diciembre 2005), (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de julio 2008), (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de diciembre 2012), (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de noviembre 2013) (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre 2014).

³¹ Al respecto puede consultarse como referentes las sentencias de La Sala de Casación Laboral (Corte suprema de justicia, sentencia de 5 de mayo 2009), (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 Noviembre 2014) (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de diciembre 2014).

³² Al respecto puede consultarse como referentes las sentencias de La Sala de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia, sentencia 31103 de 2009) (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 33660 de 2011).

que permitiría preguntarse si ello propulsa a que no se garantice el derecho a la prueba de una de las partes inmiscuidas en litigio al no existir la consagración legal de la carga dinámica de la prueba (Pulecio Boek, 2012)

Aplicación en el proceso judicial colombiano

En Colombia, El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, conocido también como Ley FERNANDO HINESTROSA (Ley 1563, 2012) expedido el mismo día que el CGP, en el párrafo del artículo 32 desarrolla la medida cautelar probatoria. Al respecto indica:

Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales.

De tal forma que en virtud de esta disposición vigente, el juez puede decir: “los documentos que están en esa caja fuerte me los entregan o ponerles un sello, entre otras” (Bejarano Guzmán, 2013). Ciertamente, a pesar de que se trata de una Ley que regula una materia concreta, la disposición habilita para que esta medida cautelar se aplique a todas las especialidades del derecho y respecto de cualquier jurisdicción sin distinción alguna, medida que sin lugar a dudas constituye otro insumo que garantiza el derecho fundamental a la prueba en el proceso.

En lo más destacado debe afirmarse que conforme algún sector de la doctrina las medidas cautelares referentes al aseguramiento de pruebas no son medidas cautelares y se les denomina pruebas anticipadas (Fábrega, 1998).

Este es el insumo más poderoso, junto a la prueba de oficio, que posee el juez para garantizar el derecho a la prueba en el proceso, por cuanto aquí el juez no se vale de carácter externo alguno en la búsqueda de la prueba y lo hace directamente, lo cual no acontece en la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, en las que sí se vale de las partes para la

búsqueda de la prueba. Frente a esta figura se presenta un aspecto particular en relación a la lógica del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* (Nieva Fenoll, El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares, 2013), que en esta medida cautelar pareciera no ser la misma que la aplicable a las medidas cautelares tradicionales y a las innominadas, lo cual plantea la necesidad de que se desarrolle un estudio profundo en la materia frente a la determinación de sus contenidos esenciales.

Finalmente, en lo pertinente al problema formulado y la medida cautelar probatoria, su importancia para esta investigación radica en su indefectible configuración dentro de los insumos integrantes de la garantía del derecho fundamental a la prueba en la etapa de proposición y requerimiento de la prueba, un aspecto que la principal doctrina nacional y extranjera no reconoce desde el enfoque en que se aborda en la presente investigación³³, lo cual permite la abstracción de temas propios y conexos a esta materia tales como la pruebas, los distintos mecanismos coactivos de obtención de prueba, entre otros.

³³ Del examen de la más importante doctrina nacional y alguna internacional, no se observa un estudio específico sobre la etapa de proposición y requerimiento de la prueba, ni se aborda un problema a partir de las garantías que le aseguran la prueba al proceso, de allí la imposibilidad de abordar cada insumo en forma extensa dado que uno de los propósitos esenciales de la investigación es evidenciar la reconfiguración del derecho a la prueba frente a la búsqueda de la prueba en el proceso a partir de la entrada en vigencia del CGP. Dentro de esta doctrina se destaca (Gascón Abellán, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2012), (Tschadek, 2010), (Muños Sabaté, 2011), (Dellepiane, Nueva teoría de la prueba, 2003), (Gascón Abellán, 2004), (Carnelutti F. , 2007), (Silva Melero V. , 1963), (Alvarado Velloso, 2010), (Taruffo M. , 2012). Al respecto debe señalarse que recientemente fue publicado un libro que desarrolla el tema del derecho a la prueba en forma amplia (Rojas Gómez, 2015), aunque no desde el enfoque de la presente investigación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A través de la evolución de la teoría general de la prueba se han presentado muchas acepciones del concepto de prueba, viéndose esta en algunos casos como: i) el medio que genera el conocimiento, ii) el resultado o convencimiento que se le da al juez respecto de los hechos, iii) la actividad que realizan las partes para demostrar la existencia o inexistencia de un hecho y, iv) el examen que se le realiza a algo o alguien para evaluar su desempeño. Todas esas acepciones, validas desde la perspectiva que se le analice, presentan confusiones pero al mismo tiempo enriquecen el estudio derecho probatorio que desde el concepto del vocablo jurídico prueba, presenta diversas discusiones, pero que debe entenderse como la certeza, verdad o conocimiento entregado a una autoridad judicial o administrativa frente a la afirmación de un hecho y adicionalmente constituye la Prueba de ello, el medio que entrega dicho conocimiento.

Con la importancia de la prueba se desarrolló el derecho a la prueba y su novedosa constitucionalización, inmiscuyéndose este dentro del derecho fundamental al debido proceso. No obstante los comentarios doctrinales le incluyeron, en un primer momento, los denominados elementos del derecho a la prueba, estos son: i) el derecho aportar la prueba, ii) el derecho asegurar la prueba, iii) el derecho a que se decreten las pruebas iv) el derecho a practicar la prueba, v) el derecho a que se valore la prueba y vi) el derecho a que tenga incidencia lógica y proporcionalmente importante en la decisión judicial, este último incluido y enunciado por sentencias de la Corte Constitucional, la cual también ha relata en sus distintas decisiones las etapas del derecho a la prueba enunciándose dentro de estas: i) la proposición o requerimiento de la prueba; ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica.

Adicional a los denominados elementos del derecho a la prueba y las etapas del mismo se encuentran los denominados insumos o contenidos esenciales del derecho fundamental a la

prueba, que en el proceso judicial colombiano, en la etapa de proposición y requerimiento de la prueba, se describen bajo con las instituciones de la noción clásica de la i) carga de la prueba o carga estática de la prueba, ii) la prueba de oficio, iii) la carga dinámica de la prueba y iv) la medida cautelar probatoria. Estos son los insumos a los que puede acudir el juez que persigue la protección efectiva del derecho a la prueba en un caso concreto. El establecimiento de la carga dinámica de la prueba en la descripción del artículo 167 del CGP constituye, sin duda, una evolución que amplía la garantía del derecho fundamental a la prueba.

El derecho a la prueba no privilegia a ninguno de los extremos de la relación procesal. Dependiendo del caso concreto la noción clásica de la carga de la prueba perjudica al demandante al enfrentarlo a la configuración de una prueba diabólica. Así mismo, la inversión de la carga que sorprende en la sentencia, perjudica al demandado al configurar un deber que conforme a la regla aplicable y previsible no le correspondía. Ante estos extremos y las deficiencias de la mera *proposición de la prueba*, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria, equilibran las particularidades de desventaja que ella genera, alcanzando la igualdad entre las partes al emplearse por el juez su poder de *requerimiento de la prueba*.

La inversión de la carga de la prueba es una regla jurisprudencial que reviste serios problemas de inconstitucionalidad, frente al derecho fundamental a la prueba del demandado.

La inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba describen realidades distintas. Son dos conceptos diferentes y por eso se describen como “insumos” independientes, aunque se asemejen en la lógica de asignar la carga a quien le quede más fácil o para proteger a la parte más débil de la relación procesal (Giacometto Ferrer, 2003). La diferencia esencial radica en que la carga dinámica ofrece un momento previo a la sentencia para asignar la carga de probar.

Los contenidos esenciales de la carga dinámica de la prueba son: i) se distribuye la carga en un momento anterior a la sentencia, con el límite en la competencia del juez en los eventos de casos fáciles, moderados y difíciles, ii) existe un auto del juez donde asigna la carga de

probar, **iii**) existen hipótesis específicas sobre las cuales se hace procedente la distribución de la carga, **iv**) se garantiza el derecho de defensa de las partes, sin privilegiar extremo alguno, **v**) el auto es susceptible de recurso de reposición, con la particularidad reseñada respecto del evento en el que sería procedente el recurso de apelación.

El inciso 2° del artículo 167 del CGP debe ser interpretado en forma sistemática para no caer en el extremismo de la necesidad de una reforma legal respecto de ciertos asuntos, como podría pensarse en materia laboral frente a una lista taxativa que señale los hechos que deben probarse por el empleador o el trabajador. Del estudio del CGP en los artículos 4 y 42, este último en sus numerales 1 y 2, se identifica el deber del Juez en el uso de los poderes que el Código le otorga para lograr la igualdad real y efectiva de las partes y su deber y responsabilidad en el impulso del proceso a través de las medidas conducentes para impedir su paralización y dilación. Una medida conducente sin duda es la distribución de la carga para verificar los hechos alegados, lo cual es aplicable a cualquier especialidad del proceso judicial -administrativo, laboral, etc.-

La carga dinámica de la prueba se consagró como una facultad en el CGP; sin embargo, al igual que ocurrió con la prueba de oficio, para quien la Ley estableció igual característica en el CPC, es probable que conforme a un estudio sistemático de los deberes del juez en el CGP, su decreto se empiece a entender como un auténtico deber por parte de la jurisprudencia.

Ante la inexistente referencia en prohibición expresa del artículo 167 inciso 3° frente a la no procedencia del recurso de apelación, en clara interpretación del artículo 321.4 del CGP, es posible predicar su procedencia contra la decisión del juez que, bajo hipótesis viable, **i**) niega la distribución de la carga de la prueba o **ii**) en la que al distribuir la carga en su decisión, vulnera el derecho a la prueba, por serle fácticamente imposible a la parte que se le asignó la carga, aportar la prueba del hecho. Esta interpretación es posible, por cuanto al negarse la asignación de la carga o imponerse la misma sin cumplir con los requisitos del artículo 167, se vulnera el derecho a la prueba al impedirse la práctica de una prueba que por imposibilidad fáctica es difícil o diabólica en su proposición por la parte.

Frente a la posible no procedencia del recurso de apelación, se considera surge la acción de tutela como mecanismo excepcional y subsidiario de defensa judicial, una vez resuelto el recurso de reposición, siendo el auto que distribuye la carga de la prueba pero que impone un actuar heroico, a manera de prueba imposible, y el que niega la distribución de la carga, objeto de tutela como garantía del derecho a la prueba y al debido proceso, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, siendo procedente bajo el alegato de la causal de procedibilidad específica por defecto fáctico.

En vigencia óptima del proceso oral, concentrado, con inmediación y contradicción, el momento más adecuado para distribuir la carga de la prueba en el proceso verbal, se identifica hasta una vez oídos los alegatos de las partes, en la hipótesis de los “casos fáciles”, porque en ese instante se extingue la etapa de instrucción, y en el juzgamiento adquiere plena vigencia la necesaria garantía de la preclusión de las etapas procesales. En la hipótesis de los “casos moderados” el límite se identifica al decretar el juez el *receso*, una vez emitido este auto se agota la etapa de instrucción y empieza la de juzgamiento, donde solo es posible la sentencia oral. En la hipótesis de los “casos difíciles” el límite se identifica al emitir el juez el *sentido del fallo*, una vez proferida esta providencia -auto interlocutorio y no una nueva categoría de decisión judicial- precluye la etapa de instrucción e inicia la de juzgamiento, donde solo es posible la emisión de la sentencia escrita. Una vez se decreta el receso o se profiere el sentido del fallo no puede decretarse prueba de oficio o distribuirse la carga de la prueba, a partir de la preclusión de las etapas procesales.

Finalmente, el juez tiene que entender, para que la carga dinámica de la prueba y demás insumos y contenidos esenciales del derecho a la prueba -carga de la prueba, prueba de oficio, inversión de la carga de la prueba y la medida cautelar probatoria- sean efectivos, que tienen en sus manos las necesidades y tragedias de la gente y no un examen en el manejo de la técnica, astucia, negligencia o descuido por el abogado. El proceso judicial no es de los abogados, le pertenece a las partes y al juez.

La norma del artículo 167 no establece consecuencia jurídica alguna entorno al evento en el que el juez asigna la carga de probar a alguna de las partes y ésta incumple con su orden.

Se considera que en este caso se aplicaría la regla de conducta y juicio propia a la noción clásica de carga de la prueba, donde el juez tendría que dar por no probado el hecho, con la consecuencia automática sobre el presupuesto de la pretensión “prueba debida de los hechos”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acero Gallego, L. G. (2014). Modificación al régimen de la carga de la prueba en el Código General del Proceso. En *El proceso civil a partir del Código General del Proceso* (Primera ed., págs. 187-220). Bogotá D.C., Colombia: Universidad de Los Andes.
- Acto Legislativo 03. (19 de Diciembre de 2002). Congreso de la República. *"Por el cual se reforma la Constitución Nacional"*. Bogotá D.C., Colombia.
- Álvarado Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Alvarado Velloso, A. (2010). *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Alvarado Velloso, A. (2011). *Lecciones de derecho procesal civil*. Medellín: Librería Jurídica Dikaia.
- Auto 206. (1 de agosto de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: solicitud de nulidad de la sentencia T-1037 de 2005, expedientes T-1116870, T-1116878 y T-1137024. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2006/A206-06.htm>
- Auto 227. (29 de agosto de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: solicitud de nulidad de la Sentencia T-233 de 2007, proferida por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. Expediente: T-1498919.
- Azula Camacho, J. (2008). *Manual de derecho procesal. Pruebas judiciales* (Tercera ed., Vol. IV). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

- Balanta Medina, M. P. (septiembre de 2013). Justicia material en términos de flexibilidad probatoria. *XXXIV Congreso colombiano de Derecho Procesal*, 1097-1122. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/43maria-patricia-balanta-m.pdf>
- Bejarano Guzmán, R. (18 de febrero de 2013). Régimen probatorio. *Uniandes - Régimen probatorio - Ramiro Bejarano Guzmán*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad de Los Andes. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=Wzqsu-bT2YM>
- Bentham, J. (2001). *tratados de las pruebas judiciales, serie de clasicos de derecho probatorio*. Mexico D.F.: Juridicas Universitarias.
- Bentham, J. (2008). *Tratado de las pruebas judiciales* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Valleta Ediciones S.R.L.
- Borja Niño, M. A. (1999). *La prueba en el derecho Colombiano, Tomo I*. Bucaramanga: sistema y computadoras Ltda.
- Cabrera Acosta, B. H. (1988). *Teoría general del proceso y de la prueba* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Librería Jurídicas Wilches.
- Canosa Suarez, U. (2012). Código general del proceso: aspectos probatorios. En *Memorias XXXIII Congreso Colombiano De Derecho Procesal* (págs. 33-61). Cartagena de Indias: Universidad Libre.
- Canosa Suárez, U. (2014). Presentación del CGP por el ICDP. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. Con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP* (págs. 7-15). Bogotá D.C., Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Cañon Ramirez, P. A. (2013). *teoria y practica de la prueba judicial*. Bogota D.C.: ABC Ltda.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba Civil*. Buenos Aires: Depalma. 2ª edición.
- Carnelutti, F. (2007). *El concepto jurídico de la prueba* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.

- Castellanos & Yañez . (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos con la reforma del código general del proceso. *Pontificia universidad Javeriana Revista Universitas enero-junio edición N° 132*, en proceso editorial.
- Cavallone, B., & Taruffo, M. (2012). *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad* (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Colmenares Uribe, C. A. (2013). El procedimiento monitorio en Colombia. En J. Nieva-Fenoll, R. Rivera Morales, J. P. Correa Delcaso, & C. A. Colmenares Uribe, *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro* (Primera ed., págs. 109-175). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Couture, E. J. (1958). *fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición*. Buenos Aires: depalma.
- Damaska, M. R. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (Primera ed.). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Obtenido de https://books.google.com.co/books?id=1A4MqsNMfMAC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=Las+caras+de+la+justicia&source=bl&ots=8gXGJ67P-k&sig=97vvKt_GsGJi5LrQyqX3DDni0iA&hl=es&sa=X&ved=0CC8Q6AEwA2oVC hMIw_qJmqTqyAIVyBceCh0xZQIh#v=onepage&q=Las%20caras%20de%20la%20justicia&f=f
- Dei Malatesta, F. (1997). *Logica de las pruebas en materia criminal, Tomo I*. Madrid : Biblioteca de Jurisprudencia.
- Dellepiane, A. (2014). *Nueva Teoria de la prueba Judicial*. Bogota D.C.: Temis S.A.
- Devis Echandía, H. (1984). *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales* (Octava ed., Vol. II). Bogotá D.C., Colombia: Editorial ABC.
- Devis Echandia, H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal Civil* (Segunda ed.). Bogota D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Devis Echandia, H. (2012). *Teoria general de la prueba judicial* (Sexta ed., Vol. I). Bogota: Editorial Temis S.A. & Pontificia Universidad Javeriana.

- Eco, U. (2004). *Como se hace una tesis*. Mexico D.F.: Gedisa, 6ª edición Pag. 36.
- Fábrega, J. (1998). *Medidas cautelares* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Falcon, E. M. (2005). *como se ofrece y se produce la prueba*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Falcon, E. M. (2008). *Tratado de la prueba civil, comercial, penal administrativa*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba* (Primera ed.). Madrid, Colombia: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Ferrer Beltran, J. (2010). *la prueba y la decision judicial "la prueba es libertad, pero no tanto: una teoria cuasi benthamiana*. Medellin: Sello Editorial Universidad de Medellin.
- Fix Zamudio, H. (1964). *el juicio de amparo*. Mexico D.F.: Porrúa.
- Florez Garcia, F. (5 de junio de 2006). *ministerio de justicia de mexico*. Obtenido de <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344069205?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>.
- Gaitan, M. (2009). *La prueba de oficio en el proceso civil imparcialidad del juez e igualdad de las partes*. Obtenido de http://www.academia.edu/1119074/La_prueba_de_oficio_en_el_proceso_civil_imparcialidad_del_juez_e_igualdad_de_las_partes
- Garcia Morente, E. (2006). *LEcciones preliminares de filosofia*. Mexico D.F.: Porrúa.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Segunda ed.). Madrid, España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Gascón Abellán, M. (2012). *Cuestiones probatorias* (Primera ed., Vol. 61). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Giacomette Ferrer, A. (2014). *Teoria general de la prueba judicial*. medellin: biblioteca juridica Dike.

- Giacomette Ferrer, A. (2015). *Teoría general de la prueba* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Giacometto Ferrer, A. (2003). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Gorphe, F. (1967). *aprecion de las prueba judiciales*. buenos aires: La Ley.
- Jaramillo Castañeda, A. (2013). *Código General del Proceso* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Lepori White, I. (2004). *cargas probatorias dinamicas*. Buenos Aires: ediciones Rubinzal-Culzoni.
- Lessona, c. (2001). *teoria de las pruebas en el derecho civil, serie clasicos de derecho probatorio*. Mexico D.F.: juridicas universitarias.
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.
- Lopez Blanco, H. F. (1993). *Instituciones de derecho procesal civil Tomo I*. Bogota D.C.: ABC.
- Lopez Medina, D. E. (2010). *El derecho de los jueces*. Bogota D.C.: Legis y universidad de los Andes.
- Martinez Pineda, A. (1995). *filosofia juridica de la prueba*. Mexico D.F.: Porrúa.
- Medellin, C. (2010). *Lecciones De Derecho Romano*. Bogota D.C.: Legis Decimoquintaedicion (15ª). Pag. 356.
- Michel, F. (2020). *La verdad y las formas juridicas*. Mexico D.F.: corejir.
- Michelli, G. A. (2004). *La carga de la Prueba*. Bogota D.C.: Temis.
- Mittermaier, K. J. (2001). *pruebas en materia criminal, serie clasicos de derecho probatorio*. Mexico D.F.: juridicas universitarias.

- Montero Aroca, J. (2011). *la prueba civil*. pamplona españa: civitas.
- Morales Molinas, H. (1973). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Bogota: ABC.
- Moreno Cora, S. (2001). *tratado de las pruebas civiles y penales, serie clasicos de derecho probatorio*. Mexico D.F.: Juridicas universitarias.
- Morente, M. G. (2005). *Lecciones preliminares de filosofia*. Mexico: decimooctava (18ª) edicion, Editorial Porrúa. Pag 13.
- Muños Sabaté, L. (2011). *La prueba de la simulación* (Tercera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba* (Primera ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2013). El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares. En U. L. Cúcuta, *IX Congreso Internacional de Derecho Procesal* (págs. 107-128). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Niño Ochoa, L. E. (2012). *Formulacion y desarrollo del proyecto de grado*. Cucuta: Ediciones Universidad Libre.
- Nisinmblat Murillo, N. (2013). *Derecho probatorio. Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso. Principios y medios de prueba en particular* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Oliver Galé, C. A. (2010). *La prueba de oficio: entre activismo y revisionismo. El punto de vista de un juez* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.Ltda.
- Ossorio, A. (1989). *El Alma de la Toga*. Buenos Aires: Ediciones juridicas Europa-America.
- Parra Guzmán, M. F. (2010). *Carga de la prueba en la responsabilidad médica* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Parra Quijano, J. (1992). *Derecho procesal civil. Parte general* (Primera ed., Vol. I). Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

- Parra Quijano, J. (1995). Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba. *Memorias XVI Congreso Colombiano De Derecho Procesal (ICDP) Universidad Libre - Cali*, 16-26.
- Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado* (Décima sexta ed.). Bogotá D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra Quijano, J. (septiembre de 2012). Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del código general del proceso. *XXXIII Congreso colombiano de Derecho Procesal*, 17-32. Obtenido de file:///C:/Users/Diego/Downloads/DI_CONGRESO_CGP.pdf
- Perez Palomino, J. (2005). *las pruebas de oficio en el derecho colombiano*. Obtenido de http://cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5726-las-pruebas-de-oficio-en-un-estado-social-de-derecho.html.
- Pérez Restrepo, J. (julio-diciembre de 2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad-. *Revista Estudios de Derecho*, LXVIII(152), 201-225. Obtenido de file:///C:/Users/Diego/Downloads/11386-35001-1-PB.pdf
- Peyrano, J. (2004). *Cargas Probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Ediciones Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. W. (septiembre de 2013). La carga de la prueba. *XXXIV Congreso colombiano de Derecho Procesal*, 955-974. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>
- Picó i Junoy, J. (2011). *El juez y la prueba, estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Bogotá D.C.: Coeditores Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.

- Pico i Junoy, J. (2013). *el derecho constitucional a la prueba y su configuracion en el nuevo proceso civil español*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf>
- Pulecio Boek, D. (2012). *la teoria de la carga dinamica de la prueba en materia penal*. Bogota D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2013). *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual* (Primera ed.). Medellín, Antioquia, Colombia: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.
- Ramirez Carvajal, D. M. (2014). una mirada a la prueba en la reforma procesal civil. En M. M. Rua, *Reformas procesales en Colombia y en el mundo* (págs. 617-633). Medellín: Universidad de Medellin.
- Rivera Morales, R. (2006). *las pruebas en el derecho venezolano, cuarta edicion*. Barquisimeto, Venezuela: Libreria J rincon.
- Rivera Morales, R. (2007). *La prueba como sustento de la decision judicial* <http://www.ulpiano.org.ve/>. Obtenido de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv_2007_130_213-255.pdf
- Rivera Morales, R. (2012). Derecho constitucional de la prueba. En U. L. Cúcuta, *VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal* (Primera ed., págs. 211-232). Cúcuta, Norte de Santander, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Rocha Alvira, A. (1990). *La prueba en derecho*. Medellín: Biblioteca Juridica Dike.
- Rojas Gómez, M. E. (2015). *Lecciones de derecho procesal* (Primera ed., Vol. III). Bogotá D.C., Colombia: Escuela de Actualización Jurídica.
- Rojas Ríos, A. (Septiembre de 2013). La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *XXXIV Congreso colombiano de Derecho Procesal*, 943-953. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf>
- Rosenberg, L. (2007). *tratado de derecho procesal civil, Tomo I y II*. Peru: Ara Editores.

- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 181-206.
- Santos Calderón, J. M. (12 de julio de 2012). Presidencia de la República. *Palabras del Presidente Juan Manuel Santos en la sanción del Código General del Proceso y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, y posesión de la Ministra de Justicia, Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Julio/Paginas/20120712_11.aspx
- Colombia, Corte Constitucional. (2007) Sentencia C-396. 23 de mayo. Sala Plena. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012) Sentencia C-610. 1 de agosto. Sala Plena. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2013) Sentencia T-076. 14 de febrero. Sala Octava de Revisión. *M.P.: Alexei Julio Estrada*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2009) Sentencia T-077. 12 de febrero. Sala Novena de Revisión. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2010) Sentencia T-1013. 7 de diciembre. Sala Primera de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2000) Sentencia T-1181. 7 de septiembre. Sala Quinta de Revisión. *M.P.: José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C.,
- Colombia, Corte Constitucional. (2001) Sentencia T-1207. 16 de noviembre. Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2005) Sentencia T-12 76. 6 de diciembre. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012) Sentencia T-129. 7 de febrero. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.

Colombia, Corte Constitucional. (2007) Sentencia T-131. 22 de febrero. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.*

Colombia, Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-141. 4 de marzo. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.*

Colombia, Corte Constitucional. (2006) Sentencia T-171. 7 de marzo. Sala Octava de Revisión. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández.*

Colombia, Corte Constitucional. (2010) Sentencia T-211. 23 de marzo. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.*

Colombia, Corte Constitucional. (2012) Sentencia T-213. 16 de marzo. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.*

Colombia, Corte Constitucional. (2009) Sentencia T-264. 3 de abril. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.*

Colombia, Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-318. 4 de mayo. Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.*

Colombia, Corte Constitucional. (1993) Sentencia T-321. 10 de agosto. Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz.*

Colombia, Corte Constitucional. (2013) Sentencia T-429. 10 de julio. Sala Primera de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa.*

Colombia, Corte Constitucional. (2012) Sentencia T-441. 14 de junio. Sala Octava de Revisión. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.*

Colombia, Corte Constitucional. (2008) Sentencia T-474. 15 de mayo. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.*

Colombia, Corte Constitucional. (2000) Sentencia T-498. 4 de mayo. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero.*

Colombia, Corte Constitucional. (1998) Sentencia T-504. 10 de septiembre. Sala Primera de Revisión. *M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*

Colombia, Corte Constitucional. (2009) Sentencia T-510. 30 de julio. Sala Sexta de Revisión. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.*

Colombia, Corte Constitucional. (2007) Sentencia T-555. 2 de agosto. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

Colombia, Corte Constitucional. (2007) Sentencia T-589. 13 de agosto. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Colombia, Corte Constitucional. (2006) Sentencia T-600. 28 de agosto. Sala Primera de Revisión. *M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.*

Colombia, Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-638. 25 de agosto. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.*

Colombia, Corte Constitucional. (2004) Sentencia T-653. 8 de julio. Sala Sexta de Revisión. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

Colombia, Corte Constitucional. (2009) Sentencia T-654. 17 de septiembre. Sala Segunda de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa.*

Colombia, Corte Constitucional. (2002) Sentencia T-696. 29 de agosto. Sala Cuarta de Revisión. *M.P.: Jaime Córdoba Triviño.*

Colombia, Corte Constitucional. (2002) Sentencia T-699. 29 de agosto. Sala Segunda de Revisión. *M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.*

Colombia, Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-764. 7 de octubre. Sala Primera de Revisión. *M.P.: María Victoria Calle Correa.*

Colombia, Corte Constitucional. (2014) Sentencia T-775. 16 de octubre. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.*

Colombia, Corte Constitucional. (2012) Sentencia T-817. (16 de octubre. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.*

Colombia, Corte Constitucional. (2003) Sentencia T-819. (18 de septiembre. Sala Sexta de Revisión. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

Colombia, Corte Constitucional. (1999) Sentencia T-864. 3 de noviembre. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero .*

Colombia, Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-950. 15 de diciembre. Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.*

Colombia, Corte Constitucional. (2014) Sentencia U-768. 16 de octubre. Sala Plena. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.*

Colombia. Consejo de Estado, (1992) sentencia del 30 de julio, expediente 6897, Sección Tercera M.P. Daniel Suarez Hernández.

Colombia. Consejo de Estado, (1996) sentencia del 22 de mayo, expediente 11301, Sección Tercera M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Colombia. Consejo de Estado (1997) sentencia de 4 de septiembre, expediente 10251, sección tercera M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Colombia. Consejo de estado, (2003) sentencia de 20 de marzo, expediente 0032, sección tercera M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Colombia. Consejo de Estado, (2006) Sentencia del 1 de octubre, N.R. 220841, Sección Tercera M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia. Consejo de Estado (2008) Sentencia del 1 de enero, N.R. 229517, Sección Tercera M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Colombia. Consejo de Estado (2009) Sentencia del 10 de diciembre, N.R. 2061182, Sección Tercera M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Colombia. Consejo de Estado (2011) Sentencia del 8 de junio, N.R. 2009061, Sección Tercera M.P. Gladys Agudelo Ordoñez.

Colombia. Consejo de Estado (2012) Sentencia del 7 de noviembre, N.R. 2020436, Sección Tercera M.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2001) sentencia del 30 de enero, I.D. 238988, Sala de Casación Civil, Familia y Agrario M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2005) sentencia del 19 de diciembre I.D. 238988, Sala de Casación Civil, Familia y Agrario M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008) sentencia del 15 de julio I.D. 227118, Sala de Casación Civil, Familia y Agrario M.P. William Namen Vargas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2012) sentencia del 07 de Diciembre I.D. 240098, Sala de Casación Civil, Familia y Agrario M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2013) sentencia del 5 de noviembre I.D. 246149, Sala de Casación Civil, Familia y Agrario M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2014) sentencia del 15 de septiembre, I.D. 290467, Sala de Casación Civil, Familia y Agrario M.P. Margarita Cabello Blanco

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2009) sentencia del 27 de marzo, I.D. 31103, Sala de Casación Penal M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2009) sentencia del 5 de Mayo, I.D. 200305, Sala de Casación Laboral M.P. Camilo Humberto Tarquino Gallego.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2011) sentencia del 25 de mayo, I.D. 33660, Sala de Casación Penal M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2014) sentencia del 5 de noviembre, I.D. 359915, Sala de Casación Laboral M.P. Gustavo Hernando López Algarra.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2014) sentencia del 10 de diciembre, I.D. 400750, Sala de Casación Laboral M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Colombia. Presidente de la república. Decreto Ley 2158 de 1948. Código procesal del trabajo. De 24 de junio de 1948. Colombia.

Colombia. Ministerio del Interior. Decreto 1400 de 1970. Código de Procedimiento Civil. Publicado en el diario oficial 33.150 de septiembre 21 de 1970. Colombia.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 600 de 2000. Código de Procedimiento Penal. Publicado en el diario oficial 44.097 del 24 de julio de 2000. Colombia.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Publicado en el diario oficial 45.658 de septiembre 1 de 2004. Colombia.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1437 de 2011. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Publicado en el diario oficial 47.956 de enero 18 de 2011. Colombia.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Publicado en el diario oficial 48.096 de junio 10 de 2011.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1564 de 2012. Código genera del proceso.
Publicado en el diario oficial 48.489 de junio 12 de 2012. Colombia.

Sentis Melendo, S. (1959). *Teoria y practica del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.

Sentis Melendo, S. (1971). *presentacion del tratado de las pruebas judiciales de Jeremy Bentham*. Buenos Aires: ediciones Juridicas Europa-America.

Serrano Escobar, L. G. (2012). *El régimen pprobatorio en la responsabilidad médica* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Silva Melero, V. (1963). *la prueba procesal. tomo I Teoria general*. Madrid: Revista de derecho privado.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trota.

Taruffo, M. (2008). *La prueba* (Primera ed.). Madrid, Colombia: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba* (Primera ed.). Lima, Colombia: ARA Editores E.I.R.L.

Taruffo, M. (2012). *Teoria General de la Prueba*. Peru: Ara Editores.

Trujillo Cabrera, J. (2006). *la carga dinamica de la prueba*. Bogota D.C.: Leyer.

Tschadek, O. (2010). *La prueba* (Segunda ed., Vol. 9). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

Velloso, A. A. (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Colombia: Libreria Jurídica Dikaia.

Yañez Meza, D. A. (2014). *Método, metodología y técnicas de investigación aplicadas al derecho* (Primera ed.). Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad de Pamplona & Grupo Editorial Ibañez.

Ficha documental

TEMA:	
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA:	Ubicación:
PALABRAS CLAVE:	
RESUMEN ANALITICO	

Ficha jurisprudencial

Juez:	
Sala:	
Sentencia:	
Expediente:	
M.P.	
Caso:	
Derechos parte demandante:	
Problema jurídico:	
Pretensión:	
Resistencia:	
Normatividad aplicable:	
Ratio decidendi:	
Resuelve y conclusiones:	