

**EN TORNO A LOS PRINCIPIOS
DE DERECHO PROBATORIO**

Dr. JAIME SOTO GOMEZ

**Magistrado del Tribunal Superior de Medellín
Sala Civil**

EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PROBATORIO

Por: Jaime Soto Gómez

Su número

Los autores no coinciden en el número de principios de derecho probatorio que reconocen. El Dr. Gustavo Humberto Rodríguez relaciona ocho; el español Valentín Silva Melero doce en total; el Dr. Carlos Betancur Jaramillo un total de veinte; y el Dr. Devis Echandía, diciendo no agotar el elenco, relaciona veinticuatro, y posteriormente enuncia dos más: el de seriedad y el de economía de la prueba.

Pero a éstos hay que agregar el de legalidad y el de celeridad.

Creemos que su importancia coloca en primer lugar el de legalidad.

1. De la legalidad de la prueba

Consiste en que la prueba debe corresponder a regulación de la ley, salvo en cuanto ésta faculte al juez para regularla por sí mismo, vgr. sobre vacíos legales, en ningún caso por disposición de las partes. (V. el art. 175 del C. P. C.).

Tal principio se opone a los pactos sobre pruebas.

2. Necesidad de la prueba y prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

El conocimiento privado del juez contraría el principio de la publicidad y la contradicción, impidiendo a la parte contradecir lo que el juez tiene en la mente. Este conocimiento sólo le sirve al juez para decretar pruebas de oficio, cuando está facultado para ello.

La ley determina qué hechos requieren prueba y qué normas legales la exigen también, por excepción.

La exención del hecho notorio no contraría este principio, por no corresponder a conocimiento privado, dada la publicidad del hecho.

El Dr. Rocha alude a este principio diciendo que "al juez no le sucede lo (mismo) que al historiador, quien, si los elementos del juicio no lo convencen, guarda reserva y entra en el terreno de las suposiciones".

El principio dicho se expresa con el aforismo de que "lo que no está en los autos no está en el mundo" (no válido con respecto a los hechos exentos de prueba, por excepción).

Lo establece el art. 174 del C. P. C., en estos impropios términos: "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

Si se tomara la norma a la letra, resultaría que no se podría dictar decisiones sobre cuestiones de puro derecho, por no basarse en pruebas, como la admisión de algunas demandas.

Y no es que el art. 302 ib. haga distinción entre "decisión" y "providencia", pues dice que la sentencia "decide"; luego sólo hay imprecisión en la redacción del art. 174.

Su sentido real es: salvas las decisiones sobre cuestiones de puro derecho o sobre hechos exentos de prueba, las decisiones positivas de fondo (sentencias o autos interlocutorios) deben fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

La letra de la norma no corresponde a su sentido.

3. Eficacia jurídica y legal de la prueba (1)

Es consecuente con el principio de la necesidad de la prueba: si ésta es necesaria, forzosamente tiene el efecto consiguiente en la decisión judicial respectiva.

Se debe distinguir este principio general de principios especiales, relativos a determinados medios. Así, con respecto a casos en que la ley exige una prueba

(1) En derecho procesal existe otro concepto sobre eficacia de la prueba. Dentro del concepto de tutela jurídica sustancial, bajo el título Propositiones Lógicas del Derecho Procesal, el Prof. Couture enuncia esta: "d) Eficacia de la prueba -- Dos pruebas igualmente eficaces que prueben dos hechos jurídicamente excluyentes, no pueden ser válidas en un mismo (sic, por "unos mismos") lugar y tiempo". (Fundamentos de Derecho Procesal Civil).

específica o determinada, como determinado documento, solo ésta es eficaz, ninguna otra es tal, como confesión, testimonio, etc.

Y, aunque una prueba sea eficaz en principio para probar determinado acto o hecho, en un caso determinado puede no ser eficaz, por defectos específicos suyos: vgr., aunque en principio se puede probar la culpa extracontractual con testimonio, uno determinado puede ser ineficaz para ello, en un caso dado, por causas subjetivas, como ineptitud para percibir, por defecto de determinado sentido (aspecto de la aptitud de los sujetos de la prueba, tema de otro capítulo), u objetivos, como circunstancias de lugar, tiempo o modo: distancia, oscuridad, etc.

4. Unidad de la prueba

Está contenido en el art. 187 del C. P. C., en cuanto establece que la prueba se aprecia en conjunto y lo acogen el art. 170 del C. C. A., en cuanto dispone que "la sentencia analizará . . . las pruebas en su conjunto", y el art. 1.972 del C. de Co., en cuanto ordena que el juez estime "todas las pruebas que obren tanto en el proceso civil como en el penal" (de la quiebra).

Aparte se estudian otros aspectos que presenta el citado art. 187.

5. Comunidad o Adquisición de la Prueba

Es acorde con el relacionado anteriormente, e implica que la prueba incorporada al proceso en forma regular no pertenece a ninguna de las partes, porque interesa al estado para administrar justicia.

Uno de los casos en que se aplica es el de la acumulación de procesos.

Eso explica que el art. 344 no permita desistir de una prueba, sino en el caso del art. 290 (aunque cita el art. 288), e implica que en el caso del art. 186 el juez deba obrar con prudencia, siguiendo los principios de los arts. 37 y concordantes.

6. Interés público en la producción de la prueba

Esta, como la acción, protege un interés público general (del estado), en la declaración o la realización del derecho o la satisfacción colectiva, por la vía jurisdiccional; sólo secundariamente protege un interés privado.

Eso conduce a la propiciación de la prueba.

El se manifiesta en estas normas, entre otras: el art. 37, en cuanto, en su apte. 4, siguiendo acertada división de Couture de las imposiciones legales, en deberes (que miran al interés general de la comunidad), obligaciones (que corresponden al de otra parte) y cargas (que atienden al propio interés), impone al juez

el deber de emplear los poderes que el Código le confiere en materia de pruebas, para verificar los hechos alegados por las partes, impidiendo así que la carga de la prueba se convierta en un vano comodín para el juez; el art. 74, en su apte. 4, en cuanto sanciona la obstrucción a la práctica de pruebas; el art. 179, en cuanto ordena decretar pruebas de oficio; los arts. 208 y 228, en cuanto ordena al juez interrogar de oficio; y el art. 388, en cuanto, en su último inciso, dispone oír en materia de pruebas a quien debe costas. (2)

7. De la lealtad y probidad o veracidad de la prueba

Es consecuencia de los otros dos principios, e implica que se debe usarla legítimamente, en interés público, no para engañar, sobre todo al juez.

Así mismo, implica que la prueba debe ser sincera, si consiste en documentos, confesiones y testimonios, y que estos medios y otros deben ser auténticos.

8. Contradicción de la prueba

Es consecuencia del relacionado anteriormente, y se relaciona con los de unidad y comunidad.

Y tiene raíz en principios del art. 4o. del C. P. C., especialmente en el de igualdad de las partes, pues no existiría esta si una parte pudiera sorprender a la otra deslealmente con pruebas que ésta no pudiera controvertir: aquella tendría una situación injustamente ventajosa.

9. De la igualdad de oportunidades para probar

También tiene su raíz en el art. 4o. citado, y se relaciona con el mencionado anteriormente.

Aquel no se limita a reconocer oportunidades para contradecir la prueba, sino también para probar en forma autónoma.

10. De la publicidad de la prueba

Es consecuente con los de la unidad, de la comunidad, de la lealtad, de la contradicción y de la igualdad de oportunidades que se exige con respecto a ella. Las partes pueden conocer las pruebas, intervenir en su producción, objetarlas, intervenir en su práctica, discutir las y analizarlas.

También implica que el juez debe exponer razonadamente el mérito que reconoce a la prueba, según el art. 187 citado.

(2) A las imposiciones legales dichas Liebman agrega un fenómeno afín: el de la sujeción, por el cual una parte queda sometida a una decisión del juez.

11. Formalidad y legalidad de la prueba

Tal principio es consecuente con los cuatro relacionados últimamente, y está contenido en los arts. 174 y 187.

La legitimidad mira un aspecto subjetivo de la prueba y la formalidad uno objetivo, y corresponden a un capítulo de requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba, requisitos de los cuales el de la legitimidad es intrascendente si el juez puede decretar pruebas de oficio, pues decretar una a petición de parte no legitimada equivale a decretarla de oficio.

También resulta intrascendente que decrete un testimonio sin sujeción a lo que el art. 179 dispone sobre tal prueba, pues éste lo hace sólo en guarda del principio de la economía, a que hemos de referirnos.

12. Oportunidad de la prueba (“preclusión” de ella para el Dr. Devis E.)

Es consecuencia del anteriormente relacionado, y tiene relación con el de contradicción y el de lealtad. También está contenido en los arts. 174 y 183, e impide que se sorprenda a una parte con pruebas extemporáneas, inoportunas.

13. Inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba

El juez debe resolver sobre su inadmisibilidad e intervenir en su producción. “Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba”, para que el debate no se convierta en una lucha privada y conserve “el carácter de acto procesal de interés público” (Dr. Devis E.).

Ello implica intervención inmediata o directa del juez en la producción e iniciativa para decretar. No es absoluto, en cuanto admite comisionar para la práctica de pruebas, lo cual lo hace relativo, de suerte que traslada la intermediación al comisionado.

14. De la imparcialidad del juez en la dirección y la apreciación de la prueba

Es consecuencia del anteriormente expuesto y más valioso en el sistema inquisitivo y de libre apreciación, por la mayor iniciativa y libertad que concede al juez.

15. De la proximidad (“originalidad”) de la prueba

En la etapa étnica o primitiva de la prueba se encuentra la aplicación en Grecia de un principio aristotélico según el cual hay mayor probabilidad de error en la percepción del mundo real a medida que éste se aleja de los sentidos del sujeto; lo cual se aplicó al testimonio en el sentido de tener en cuenta solamente lo percibido por el testigo y no atender conjeturas o deducciones suyas.

A. Vishinski (3) se refiere a pruebas primarias u originarias como "mejores pruebas", en oposición a secundarias o derivadas (sin admitir ello, en materia penal, en relación con su concepto sobre la justicia popular).

Por este principio se busca la mayor proximidad de la prueba al hecho materia de ella, vgr., prefiriendo testimonio directo a de oídas; testimonio casuista, objetivo o concreto, a testimonio conceptual; original de documento o copia inmediata a copia de copia; prueba directa de hechos indiciarios a indicio; etc.

Tal principio explica que la ley necesite expresar las excepciones que hace a él; y se manifiesta especialmente en el art. 116 del C. P. C., en cuanto limita la certificación del juez, al caso en que no sea posible expedir copia; en los arts. 253 y 254 ib., en cuanto regula los casos en que valen copias de documento público y copia de copia; y en el art. 268 ib., en cuanto limita la admisibilidad de copia de documento privado al caso de que la parte no disponga del original (aunque formalmente enuncia tres casos, que son uno solo), así como en los arts. 188, 190 y 191, en cuanto sólo admiten copia (no certificación).

Existen varias excepciones notables a tal principio, las cuales ha debido establecer la ley expresamente. Así, el art. 1o. de la L. 133 de 1948 reconoce mérito ejecutivo a certificados que expida la Superintendencia Bancaria "acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los bancos, los saldos en contra de clientes de éstos" por conceptos que determina la norma.

El art. 105 del Dto. 1.260 de 1970 contiene otra excepción, en cuanto admite certificado notarial de registro de estado civil, a pesar de basarse el registro en otro documento, ese sí próximo al hecho; lo cual se explica en gracia de unificar la prueba en un funcionario y de dar seguridad y estabilidad a ella, en lugar de dejarla sometida a las contingencias de la comadrona o del médico que atendió el parto o del médico que certificó la muerte, etc.

Algo análogo ocurre con el art. 117 del C. de Co., en cuanto admite certificado de la Cámara de Comercio como prueba, en lugar de exigir copia.

En cuanto admite copia de los autos de reconocimiento de herederos y del cónyuge sobreviviente, con "certificación de que no existen otros interesados reconocidos", en lugar de la prueba próxima o primaria de la calidad respectiva, el art. 38 del Dto. 2.163 de 1970 (sustitutivo del art. 51 del Dto. 960 del mismo año) contiene otra excepción (resulta obvio que tal prueba no basta en el caso del art. 81 del C. P. C.).

Pero no constituye excepción la admisión que hace el art. 53 del mismo Dto. 960 de certificado de cancelación, porque no le reconoce valor ante juez, sino ante registrador de instrumentos públicos.

(3) La Teoría de la Prueba, Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos, Uruguay, 1950, págs. 113, 121 y 281.

Y, finalmente, en cuanto admiten certificación, también establecen excepciones los arts. 9o. y 884 del C. de Co.

Pero es obvio que no se puede confundir copia con duplicado, que es efecto de la actividad inmediata de las partes, no de actividad posterior ni ajena. Tal confusión conduce a grave injusticia, como en el caso de la carta de porte (arts. 1.019 y 1.020 del C. de Co.).

16. Concentración de la prueba

Este hace complejo el principio de la carga de ella, que veremos, en cuanto implica que se debe procurar practicar la prueba de una vez, dividiéndola lo menos

posible y preferentemente en la primera instancia, de acuerdo con los arts. 110, 220 y 361 del C. P. C., artículo éste del cual el art. 214 del C. C. A. reproduce los apes. 2, 3, 4 y 5, con numeración inferior. Paradójicamente, el art. 83 del C. P. L. aplica tal principio con rigor sumo, restringiendo en forma severa la práctica de pruebas en la segunda instancia.

Con todo, hay que armonizar este principio con el de interés público en la función de la prueba.

17. Libertad de la prueba

No implica arbitrariedad. Es principio relativo: implica libertad dentro de las normas, dentro de la legalidad (primer principio visto). Vale en cuanto que el juez no puede restringirla arbitrariamente, en cuanto al objeto o al medio, cosa que no contradice el art. 219, al limitar los testimonios, que sólo trata de impedir pruebas superfluas, de acuerdo con el art. 178.

Es más acorde con el sistema de apreciación racional que con el de la tarifa legal.

La legislación colombiana ha avanzado en este campo, con salvedad relativa a la prueba documental, en la cual se notan vestigios de la tarifa legal.

En efecto, ya no tiene vigencia el art. 202 del C. C., que inadmitía la confesión del marido sobre el mal estado de sus negocios, y el art. 156 (6o. de la L. 1a. de 1976) sólo rechaza la confesión de un cónyuge como única prueba en la causa de divorcio (para impedir el divorcio por mutuo acuerdo, como frau-de procesal; luego no rige con respecto a separación de cuerpos ni de bienes).

El art. 223 del C. C. rechazaba el testimonio de la madre que declaraba haber concebido al hijo en adulterio, y el art. 3o. de la L. 75 de 1968 le permite admitir tal hecho.

Así mismo, el art. 265 del C. P. P. suprimió este inciso que tenía el art. 256 del C. P. P. de 1938: "No es admisible la prueba pericial para establecer el carácter habitual o profesional del delincuente, ni su tendencia a delinquir, ni el carácter o la personalidad del procesado, ni, en general, las condiciones psíquicas independientes de causas patológicas".

Los arts. 91, 92 y 93 de la L. 153 de 1887 y 703 del C. P. C. de 1931 restringían la prueba de obligaciones convencionales cuyo objetivo valiera más de quinientos pesos (\$500.00) y de su extinción, y tales normas fueron eliminadas por el actual C. P. C., aunque mal sustituidas, por el segundo inciso del art. 232, según se ve en capítulo pertinente.

En este mismo sentido está orientado el art. 6o. de la L. 75 de 1968, en cuanto establece la libre investigación de la paternidad extramatrimonial, que la hace modelo, si se compara con la legislación de países más avanzados, como la rusa, la alemana occidental, la española, la mejicana, la panameña, la venezolana, la ecuatoriana, la peruana, la argentina y la chilena.

18. Conducencia e idoneidad de la prueba

Implica que ésta corresponde a los fines propios y no sea claramente inconducente e inidónea. Se relaciona con los principios de la conducencia y la eficacia, así como con los de la economía y la seriedad.

Es más importante si la ley señala tarifa legal de prueba, y menos si ella admite libertad de medios y de valoración.

19. Naturalidad y espontaneidad de la prueba y respeto a la persona humana

Tiene relación con la probidad y la veracidad. Rechaza alteraciones, coacciones materiales, amenazas de hecho, etc. (no los medios jurídicos de que se tratará adelante).

Lleva a distinguir entre pruebas lícitas e ilícitas.

En su apte. 5, el art. 246 del C. P. C. contiene una aplicación de tal principio, en cuanto ordena respetar la dignidad y la integridad de la persona que se somete a inspección y examen.

20. De la obtención coactiva de los medios materiales de la prueba

Se refiere a coacción lícita, jurídica o formal, por medio de sanciones legales: multas, reconocimientos o confesiones "fictos", preclusión, etc.

21. De la pureza ("inmaculización") de la prueba

Es consecuencia del principio análogo del proceso, ideado por el procesalista

argentino Ayarragaray. Según él, se debe procurar que “los medios allegados al proceso estén libres de vicios extrínsecos e intrínsecos que los hagan ineficaces o nulos” (Devis E.).

22. De la evaluación o apreciación de la prueba

La prueba debe ser objeto de valoración por el juez en cuanto a su mérito, para llevarlo a la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.

Se opone al valor predeterminado por la ley.

23. De la carga de la prueba y la autorresponsabilidad de las partes por inactividad

“A las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo”.

El “permite al juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación, cuando falte la prueba, sin tener que recurrir a “non liquet”, es decir, a abstenerse de resolver en el fondo.

Pero tal principio tampoco es absoluto, porque, como vimos a propósito del interés público en la producción de la prueba, el juez tiene el deber de procurar la prueba que eche de menos; de tal suerte que la posibilidad de permanecer pasivo es muy limitada, por lo cual el deber de abstenerse en materia de prueba testimonial impuesto en el art. 179 viene a ser insular y típico de la carga de la prueba.

Por otra parte, cuando vimos el principio de la concentración anotamos que la carga de la prueba es compleja, en cuanto la ley impone la necesidad de procurar obtenerla en la primera instancia.

24. De la oralidad o de la escritura

Depende del sistema que adopte la ley para incorporar la prueba al proceso.

25. Del principio dispositivo o del inquisitivo

También depende de que la ley exija total actividad a la parte o la conceda al juez. Normalmente ninguno de los dos principios se adopta en forma absoluta, sino atenuado.

El dispositivo se caracteriza por necesidad de demanda y derecho de las partes de transigir y desistir (en lo que no afecte o interese al orden público), y por poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio y actitud relativamente pasiva del juez ante ello.

Pero para que sea "dispositivo un proceso es suficiente que se les otorgue a las partes la facultad de disponer exclusivamente del elemento probatorio y para que sea inquisitivo basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez" (Devis E.).

26. De la economía de la prueba

Implica el procurar la prueba con el mínimo de dispendio de tiempo y de actividad posible.

Se opone a las pruebas inconducentes, ineficaces o superfluas, como lo hacen los arts. 178, 179 y 219 del C. P. C.

27. De la seriedad de la prueba

Implica el producirla para los fines del proceso, no para satisfacer intereses proclives, como dilatar éste, etc.

28. De la celeridad de la prueba

Tiene relación con los principios anteriormente relacionados, e implica que se debe producir la prueba en el menor tiempo posible.