

XVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

CALI, SEPTIEMBRE 6, 7 Y 8 DE 1995

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSIDAD LIBRE - SECCIONAL CALI

**“CRISIS DE LA NOCION CLASICA DE LA CARGA DE LA
PRUEBA”**

Dr. JAIRO PARRA QUIJANO

Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Profesor de las Universidades Nacional y Externado de Colombia.

Distinción: “*Docencia Excepcional*”

Universidad Nacional de Colombia 1992 y 1994.

1. INTRODUCCION

Es bien importante reflexionar sobre las respuestas que se deben dar a las preguntas ¿a quién le corresponde probar un supuesto hecho?, ¿quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho?, ¿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? Si hoy en día afirmamos que el conocimiento de la verdad que capturamos para el proceso, lo fundamos en la observación directa y crítica de los hechos, ¿cómo explicar que renunciemos al conocimiento de un hecho y nos contentemos con utilizar el sucedáneo de prueba (que es precisamente la carga de la prueba), para dictar una sentencia que puede no corresponder a la verdad?

2. LA INTELIGENCIA Y EL PROCESO

Para los antiguos griegos las más altas virtudes del hombre consistían en ser “bueno y hermoso”. Para los antiguos persas, en ser “veraz y valeroso”. Para los teutones, en ser “fiel” y para nuestros contemporáneos, en ser “inteligente”¹.

¹ **WOLFF, Werner. *Introducción a la Psicología*. Fondo de Cultura Económica. México (México), 1992, pág. 210.**

**XVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL
CALI, SEPTIEMBRE 6, 7 Y 8 DE 1995
INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD LIBRE - SECCIONAL CALI**

**“CRISIS DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE LA CARGA DE LA
PRUEBA”**

Dr. JAIRO PARRA QUIJANO

Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Profesor de las Universidades Nacional y Externado de Colombia.

Distinción: “*Docencia Excepcional*”

Universidad Nacional de Colombia 1992 y 1994.

1. INTRODUCCION

Es bien importante reflexionar sobre las respuestas que se deben dar a las preguntas ¿a quién le corresponde probar un supuesto hecho?, ¿quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho?, ¿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? Si hoy en día afirmamos que el conocimiento de la verdad que capturamos para el proceso, lo fundamos en la observación directa y crítica de los hechos, ¿cómo explicar que renunciemos al conocimiento de un hecho y nos contentemos con utilizar el sucedáneo de prueba (que es precisamente la carga de la prueba), para dictar una sentencia que puede no corresponder a la verdad?

2. LA INTELIGENCIA Y EL PROCESO

Para los antiguos griegos las más altas virtudes del hombre consistían en ser “bueno y hermoso”. Para los antiguos persas, en ser “veraz y valeroso”. Para los teutones, en ser “fiel” y para nuestros contemporáneos, en ser “inteligente”¹.

¹ **WOLFF, Werner. *Introducción a la Psicología*. Fondo de Cultura Económica. México (México), 1992, pág. 210.**

La palabra "inteligencia" se deriva de la latina "intellegere" que significa literalmente "recolectar de entre" y abarca los conceptos de percepción, discernimiento, selección y establecimiento de relaciones. Originalmente, "recolectar de entre", significaba recolectar el buen grano de entre la maleza y abarcaba los siguientes actos: Percibir el grano, diferenciar el grano de la cizaña, seleccionar el bueno y establecer relaciones mediante la selección².

En lengua hebrea, entre las muchas significaciones que tiene la palabra inteligencia, una de ellas significa complot o ardid.

Pareciera muy difícil distinguir entre inteligencia y astucia; ésta resulta atractiva y aceptada. En efecto, en latín: Astus (us. M. Tác. La astucia, ardid, cautela, malicia, sagacidad). Los clásicos sólo lo usaron en ablativo: Astute (comp. lus. superl. issime), adv. cic. Astuta, astutísima, sagazmente, con malicia. Astutia, agudeza, sagacidad, prudencia, sin daño de otro.

Astutulus (a, um, adj. Apul). Malicioso, tramposillo, astuto, cauteloso, sagaz, diestro, prudente.

La significación de las palabras inteligencia y astucia, encienden la imaginación. El litigante preferiría que se admitiera el triunfo, no como producto de la racionalidad empírica, sino del ardid, de su inteligencia. Tiene tentación "de espadachín"³.

Por eso se hace necesario "contaminar" la inteligencia (también la astucia), con ingredientes tomados de la ética y de la solidaridad.

Se puede ejemplificar cómo la noción de justicia resulta legitimada y contaminada por valores o criterios extraños, de conformidad con una época determinada. Así, por ejemplo: En la comunidad homérica (Siglo VIII, antes de Cristo), las ideas de la tribu acerca del derecho eran mágicas y religiosas. Al respecto dice Alf Ross: "En este sistema el derecho y la justicia no tienen carácter moral en el sentido que hoy damos a la palabra. *La decisión justa es simplemente aquella que da a cada uno lo suyo de conformidad con la voluntad de los dioses del destino. El rey sabio y justo es aquél que recibe las revelaciones divinas de Zeus (themistes) y hace de ellas el fundamento de sus decisiones (dike)*"⁴.

² WOLFF, Werner. Ob. Cit., pág. 210.

³ Es lo que en otra forma nos presenta FERRARI, Vincenzo. *Funciones del Derecho*. Traducción: María José, Añón Roig y Javier de Lucas Martín. Primera edición. Editorial Debate. Madrid, 1989, págs. 199 a 203.

⁴ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires (Argentina). Cuarta edición, 1977, pág. 223.

Como se puede observar, lo que legitimaba la decisión es haber reconocido la voluntad de los dioses del destino. En la misma Iliada encontramos un ejemplo de averiguamiento de la verdad y de freno al empleo de cualquier medio para obtener el triunfo, dice MICHEL FOUCAULT: "El primer testimonio de la investigación de la verdad en el procedimiento judicial griego con que contamos se remonta a la Iliada. Se trata de la historia de la disputa de Antíloco y Menelao durante los juegos que se realizaron con ocasión de la muerte de Patroclo. En aquellos juegos hubo una carrera de carros que, como de costumbre, se desarrollaban en un circuito con ida y vuelta, pasando por una baliza que debía rodearse tratando de que los carros pasaran lo más cerca posible. Los organizadores de los juegos habían colocado en este sitio a alguien que se hacía responsable de la regularidad de la carrera. Homero llama a este personaje sin nombrarlo personalmente testigo, aquel que está allí para ver. La carrera comienza y los dos primeros competidores que se colocan al frente a la altura de la curva son Antíloco y Menelao. Se produce una irregularidad y cuando Antíloco llega primero Menelao eleva una queja y dice al juez o al jurado que le ha de dar el premio que Antíloco ha cometido una irregularidad. Cuestionamiento, litigio, ¿cómo establecer la verdad? Curiosamente, en este texto de Homero no se apela a quien observó el hecho, el famoso testigo que estaba junto a la baliza y que debía atestiguar qué había ocurrido. Su testimonio no se cita y no se le hace pregunta alguna. Solamente se plantea la querrela entre los adversarios Menelao y Antíloco, de la siguiente manera: "Después de la acusación de Menelao -"tú cometiste una irregularidad"- y de la defensa de Antíloco -"yo no cometí irregularidad"-, Menelao lanza un desafío: "Pon tu mano derecha sobre la cabeza de tu caballo; sujeta con la mano izquierda tu fusta y jura ante Zeus que no cometiste irregularidad". En este instante, Antíloco, frente a este desafío, que es una prueba (épreuve), renuncia a ella, no jura y reconoce así que cometió irregularidad"⁵.

Trataremos de hacer una interpretación de cara al tema propuesto, reflexionando sobre lo que se ha llamado irregularidad. En efecto: Los caballos corrieron a galope tendido. En un momento determinado encontró Antíloco la parte más angosta del camino –el agua caída durante el invierno, estancada allí, formaba un desnivel que desigualaba el suelo, robando un trecho al sendero–, y por allí conducía Menelao sus caballos con el intento de librarse del choque con los otros carros. Pero Antíloco sacó su carró fuera del camino y torciendo las riendas de sus caballos seguía a Menelao por un lado y muy de cerca. Al ver cómo se le acercaba, temió un encuentro Menelao, y gritole con todas sus fuerzas: –Antíloco, no agujíonees a los caballos de esa manera, ¿no ves que es por aquí el camino muy estrecho? Espera que salgamos de esta estrechez y azúzalos cuanto se te antoje; pero ahora no, porque vas a estrellar tu carro contra el mío–.

⁵ FOUCAULT, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona (España), 1980, pág. 40.

Antíloco, sin escucharle, instigó aún más a sus caballos, y, reuniendo todas sus fuerzas, franquearon aquella suerte de barranco, adelantándose de Menelao un espacio, sobre poco más o menos, como el que recorre el disco arrojado por un atleta vigoroso; porque Menelao, más prudente, se apartó para dejarle paso, temiendo que se encontraran sus caballos y chocaran los carros y que fueran ellos mismos a caer revueltos en el polvo por la pretensión alocada de alcanzar así la victoria. Pero a la vez le gritó con ira a Antíloco: No hay un mortal en la tierra más temerario que tú, Antíloco; ojalá reciba tu disparatada imprudencia el premio que merece. Mal hacen los aqueos concediéndote una sensatez que no tienes. Corre, corre, que no llevarás el premio sin que jures antes que no te has valido del engaño".

Cualquiera pudiera decir, que Antíloco sí merecía el premio porque fue más audaz, más temerario. Sin embargo, habían unas reglas que debían ser respetadas y además no se debía poner en peligro la vida de los participantes. La inteligencia, la audacia, el ardid no son premiados, sino por el contrario, la prudencia y, en cierta forma, la solidaridad con los demás.

No se justifica, de ninguna manera, el medio empleado en función del resultado. Antíloco a pesar de llegar primero, no triunfó. Aquí se le da la razón a quien no viola las reglas.

En la época moderna, debe triunfar quien tiene la razón. Para ello, la inteligencia y la astucia deben aparecer cumpliendo la función de mostrar la verdad de los hechos, para que sobre ella se construya la sentencia.

Por ello, el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, establece dentro de los deberes de las partes y sus apoderados, el de "proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos". "Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales". "Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra".

3. COLABORACION INTELIGENTE Y ACTIVA ENTRE EL JUEZ Y LAS PARTES

La inteligencia y si se quiere la "astucia", deben ser utilizadas para descubrir la verdad. Y sobre ella solucionar el conflicto. Aquéllas no deben ser bien miradas cuando se "agazapan" para proteger un interés individual y egoísta, sino por el contrario, cuando se utilizan con criterio solidario para que se pueda cumplir con el servicio de justicia⁶.

⁶ Ver la magnífica obra de MORELLO M., Augusto. *La Prueba. Tendencias Modernas*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina), págs., 13 y ss.

Con ese criterio de colaboración inteligente (jalonado hacia el campo de la obligación) se muestra la vía para exigir solidaridad en la consecución de la prueba, para que se pueda cumplir, como ya se dijo, con la prestación del servicio de justicia.

Dentro de ese mundo, con exigencias precisas de colaboración inteligente y solidaridad se pueden hacer afirmaciones como: “—Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan—. En esta sentencia del Consejo de Estado⁷, radica la carga de la prueba no en cabeza de quien le conviene la prueba del hecho, sino que dentro del mundo señalado, la impone con criterio de solidaridad, al más inteligente, al más cualificado cuando dice: “...los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico...”.

Estas afirmaciones, del Consejo de Estado de Colombia que compartimos plenamente, no se hubieran podido hacer ni por lumbre en el Siglo XIX, donde el Juez vigilaba unas reglas para que hubiese una igualdad formal, pero no real. El compromiso del juez, como dispensador del servicio público de justicia, con la búsqueda de la verdad y por consiguiente con una igualdad efectiva es lo que permite coger las afirmaciones: Resultaría más beneficioso para la administración de justicia (aunque no sea beneficioso para la parte compelida).

⁷ Al Señor R.M. se le debía realizar una cirugía encaminada a conseguir la reparación de unas lesiones auditivas y resultó, como consecuencia de la intervención aludida, con afectación del nervio facial. Y dice el CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, con ponencia del Doctor **Daniel Suárez Hernández**, lo siguiente: “...Estima la Sala que para cirugía de esta naturaleza, en las que pueda resultar comprometido el nervio facial, se requiere una especial conducta quirúrgica, complementada igualmente con un instrumental y equipo especial de cirugía que le facilite la labor al cirujano y, por consiguiente, le garantice en alto porcentaje un resultado favorable para el paciente.

“Al respecto, se infiere del acervo probatorio la aludida falla, pues lo cierto es que de una operación proyectada intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y del cual el mayor interesado y afectado nada sabía, pues así mismo, enseña el proceso que dentro de los exámenes preoperatorios no se atendió al estado del nervio facial pues sobre el particular se omitieron los estudios necesarios, lo cual generó, como era apenas natural, que la lesión de dicho nervio tomara al cirujano desprevenido y lo llevara a cumplir su labor en torno del facial sin los aditamentos, sin la preparación y sin los estudios previos para enfrentar las complicaciones quirúrgicas que surgieran, como en efecto surgieron al seccionarse totalmente el facial derecho con los resultados conocidos, frutos de una condena imprudente y contraría el buen sentido que debe regir el ejercicio de la medicina, esto sin contar con la situación sico-física del paciente cuya confianza no sólo en el cirujano, sino en los servicios médicos oficiales, se vio burlada e irrespetada al someterlo a un riesgo quirúrgico para el cual no había sido examinado, ni preparado, mucho menos advertido”.

4. EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Establece igualmente, que existe el derecho a presentar pruebas.

Este derecho a presentar pruebas, implica igualmente el derecho a conseguirlas, todo ello dentro del campo de las valoraciones comunitarias. Sostiene MORELLO⁸: "Si la Constitución italiana estampa como emblema que es inherente al derecho de las partes "defenderse probando" (art. 24), va de suyo que no se accederá a una protección judicial cabal, adecuada, eficaz, de esa garantía fundamental, si no se la desplaza de lo "rabiosamente" formal, para reacomodarlo al tenor de los ostensibles cambios en la política jurídica y de lo que de ella hoy se espera, según las valoraciones comunitarias que, respecto del servicio de justicia, modernamente, le está asignado al derecho de la prueba.

El derecho a conseguir la prueba, implica muchas veces que la otra parte tenga la carga de suministrarla porque le resulte más fácil, de acuerdo con reglas de la experiencia.

Dice el Consejo de Estado de Colombia, en la jurisprudencia ya identificada: "Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados con la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formulada en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios".

5. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO Y LA CARGA DE LA PRUEBA

La reacción contra la igualdad formal, permitió acuñar la frase: "Tratar como "iguales" a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia".

⁸ Ob. cit., pág. 14.

Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba, a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de las veces, esa noción de carga sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho.

La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue. Esto fue lo que hizo el Consejo de Estado de Colombia, en la jurisprudencia multicitada.

Obsérvese el siguiente caso concreto:

“Cuando una gran empresa tiene un sistema centralizado en ordenador de todas las operaciones que realiza y es demandada por un pequeño suministrador, cuyo único documento y prueba es un albarán que dice firmado por un ex-empleado de aquella, que se encuentra ilocalizable, si aplicáramos los criterios anteriores (tradicionales) y la gran empresa se hubiera limitado a negar la recepción de la mercancía, tendríamos que llegar normalmente a la absolución de la demanda por falta de pruebas. El criterio de la facilidad supondría, en este caso, que sería muy sencillo para la demandada no limitarse a negar y a adoptar una actitud procesal negativa, sino actuar positivamente presentando la “sábana” diaria del ordenador para acreditar que en aquél día no se realizó esa operación. Si para la empresa demandada es más fácil que la del demandante realizar contra prueba, a ella debe incumbirle la carga”⁹.

La Constitución colombiana establece en el artículo 13 la igualdad de las personas ante la ley. Por su parte el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil colombiano, titulado Deberes del Juez. Regla en el numeral 2: “*Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga*”. En otras palabras, nos está diciendo que el juez debe hacer real la igualdad y precisamente en casos específicos como ya se dijo, debe hacerlo con la carga de la prueba.

6. LA LEALTAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Lealtad significa: *Que guarda a las personas o cosas la debida fidelidad.*

La lealtad con el proceso, es permitir y ayudar para que la sentencia que se dicte a fin de solucionar el conflicto, se construya sobre la verdad.

⁹ MONTERO AROCA, Juan. ORTELLIS RAMOS, Manuel. GOMEZ COLOMBER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional, Proceso Civil*, Tomo II, segunda edición. Librería Bosch. Barcelona (España), 1989, pág. 221.

El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, establece: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas".

Por su parte, el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, que se encuentra titulado "Deberes de las partes y sus apoderados", regla en el numeral 1o.: "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos".

Es entonces un deber de las partes obrar con lealtad. Esto supone confiar en la lealtad de la otra parte y al contrario. Esa lealtad –creencia-deber– permite que el juez aplique la noción de carga de la prueba en determinados casos, residenciándola en la parte a quien le resultaba más fácil y con menor desgaste suministrarla.

7. ¿ESA NOCIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA EN DETERMINADOS ASUNTOS PODRÍA ARGUMENTARSE QUE SORPRENDE A LA PARTE QUE SE CONFÍO EN LA NOCIÓN TRADICIONAL?

De ninguna manera. Para dar respuesta adecuada, es importante hacer un inventario de las normas legales que existen actualmente en la legislación colombiana (que salvo las diferencias de redacción, son las mismas de la legislación Iberoamericana, y de la mayor parte de la llamada Europa Occidental).¹⁰

7.1. El artículo 1757 del Código Civil colombiano, con relación a la prueba de las obligaciones regla: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

7.2. El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano, que regla: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..."¹¹.

¹⁰ La prueba de la afirmación anterior, es el artículo 129 del Código Modelo para Iberoamérica, donde se lee: "Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba."

¹¹ El artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), regla: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer."

"Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma, o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción."

"Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio".

Estamos de acuerdo con Morello¹², la norma transcrita permite resguardar el egoísmo, el individualismo y porqué no la astucia. Si no se interpreta bien, pareciera decir: "Usted litigante dedíquese a probar lo que le interesa. Sea cauto y no pruebe más que lo que le incumbe. Guarde silencios prudentiales. Administre las omisiones y las dificultades probatorias en su propio beneficio, etc.". Esta interpretación no se diferencia en nada de la que surgió de la época del duelo judicial, mirado literalmente.

Si reclamamos legitimidad para el proceso judicial fundados en la racionalidad de la sentencia, no parece hoy en día que se pueda fundar en la administración de los silencios, argucias y por sobre todo del individualismo y del egoísmo de una parte.

Se hace necesario interpretar la norma de la carga de la prueba, con el principio de solidaridad que, como dice Morello, "obliga —dicho esto en su sabor propio dentro del cuadrante del proceso, es decir como carga técnica de un más acentuado rigor— a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba".¹³

Todo lo anterior, nos permite concluir que no hay sorpresa cuando en determinados casos se aplica la carga de la prueba con los criterios expuestos, en virtud de existir el deber de lealtad y buena fe radicado en cabeza de las partes y el deber del juez de hacer efectiva la igualdad de aquélla.

8. ¿PUEDE EL JUEZ EXIGIR QUE UNA PARTE COLABORE PARA AVERIGUAR UN HECHO?

No solamente el juez civil colombiano tiene la facultad-deber de decretar pruebas de oficio para esclarecer la verdad de los hechos objeto de la controversia, sino que además puede exigir que una determinada parte colabore de una manera especial para el esclarecimiento de los mismos; por ejemplo, en aquellos casos

El artículo 506 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, regla: "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella. Debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación".

El artículo 196 del Código Procesal Civil para el Perú, regla: "Carga de la prueba - Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

El artículo 9. del Nouveau Code de Procédure Civile (Francia), regla: "Il incombe á chaque partie de prouver conformément á la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention".

¹² Ob. cit., págs. 58 y 59.

¹³ Ob. cit., pág. 58.

de simulación, fraude, vicios del consentimiento, etc. En efecto, si una parte en un proceso de simulación, responde que el dinero con el cual pagó el precio, lo tenía en el banco, el juez podrá solicitarle que aporte los extractos de los últimos meses (claro que sin perjuicio de ordenarlo de oficio para que el Banco los envíe directamente).

Si el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes, al tenor del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, puede igualmente exigir determinada conducta, como por ejemplo, aportar determinada prueba¹⁴.

9. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA CARNADURA IDEOLÓGICA

El criterio liberal que inspiró la noción de carga de la prueba, no puede ser defendido hoy con vehemencia en todos los casos. Inclusive, anida en su génesis contradictorio, la noción de carga supone libertad para que haya estímulo y no puede haber libertad cuando resultamos estimulados por una necesidad representada por el hecho de que podemos perder el proceso si no probamos determinado supuesto; y lo peor, muchas veces abastecer esa necesidad depende de la otra parte. Por ello en determinados casos, hay que exigir la prueba –como ya hemos dicho– a quien le resulte más fácil o más barato.

Una norma tan general como la de la carga de la prueba, no hace justicia al carácter singular de determinados acontecimientos; en efecto, exigir la carga de probar la falla técnica en una intervención quirúrgica al paciente, el cual está en imposibilidad de probarla, es edificar el MITO DEL LABERINTO.

¹⁴ El artículo 11 del Code de Procédure Civile (Francia) regla: "Les parties sont tenues- d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge á tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus". Esta norma es quizá más enérgica que la colombiana. Sin embargo, en forma difusa pero puntual, el Código de Procedimiento Civil colombiano, permite deducir consecuencias graves de la no colaboración y obstáculos para la evacuación de las pruebas.

El artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) regla: "La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".