

Los regímenes probatorios

JAIRO PARRA QUIJANO

Conferencia dictada en Cúcuta por el Consejero de Estado, doctor GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ, en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Noviembre 27 de 1984.

1. Nuestro Culto al Derecho Probatorio.

En Colombia hemos rendido especial culto al derecho probatorio, y lo hemos hecho desde el nacimiento de nuestra República. Ese particular culto se originó en que desde entonces le dimos a tal derecho la categoría de cátedra autónoma dentro de los planes de estudios universitarios, haciendo de su enseñanza un área especializada e independiente de la del Derecho Procesal.

Cuál fue la causa que originó esa consideración particular? La hemos encontrado en la indagación de nuestra historia política de los orígenes republicanos. Las banderas ideológicas de la emancipación americana tuvieron entonces en la Europa colonial celosos defensores que en el foro, en la tribuna y en la prensa las divulgaron con ardencia democrática. Desde finales del siglo XVIII un filósofo y jurista inglés, Jeremías Bentham, creó una escuela que se denominó del Radicalismo filosófico, seguida por James Mill, Roberto Malthus, Stuart Mill y David Ricardo, principalmente. Con ella pretendían renovar la ciencia, en todas sus áreas. Sociológicamente afirmaron el individualismo, a veces de manera absoluta. Económicamente, se basaron en el **lassier faire**, y en el libre cambio en lo nacional y lo internacional. Filosóficamente, crearon la doctrina que llamaron utilitarismo, según la cual el hombre carece de derecho, la experimentación es la base del conocimiento y de la verdad, las acciones son buenas si producen felicidad y placer. Políticamente, estimularon la teoría de la democracia representativa, a la que calificaron de ser el gran descubrimiento de su tiempo; propugnaron por el sufragio femenino, la emancipación de las colonias, el voto secreto, la paz internacional, la publicidad de los asuntos públicos, la derogación de las leyes de la usura, la atenuación de las sesiones penales, la humanización del sistema penitenciario, la derogación de la

pena de deportación; exaltaron la importancia de la clase media; abogaron por la implantación de las escuelas para los trabajadores y de la educación en general y obligatoria. En lo religioso fueron anticlericales, y predicaron el principio de separación e independencia de las dos potestades.

Esa escuela fue conocida por nuestros próceres durante las guerras de la independencia. Bolívar, Santander, Azuero, Soto, Ezequiel Rojas, mantuvieron correspondencia con Bentham y acogieron sus doctrinas, con un entusiasmo acrecentado con el contacto personal que con él tuvieron en el exilio los septembrinos Santander y Ezequiel Rojas. Iniciada la República, la doctrina utilitarista fue también la del liberalismo naciente mantenida en muchos aspectos bajo la época del radicalismo federalista. Los textos de Bentham fueron los obligatoriamente enseñados en las escuelas de Derecho, por ley de la República. El pensamiento Benthamiano sobre filosofía, derecho y política constituía el forzado aprendizaje universitario. Aún en 1870 se discutía en el Congreso Nacional la llamada "Cuestión textos", una ley que pretendía la supervivencia de esa orientación docente y académica.

Bentham, por vez primera, había sistematizado el estudio del derecho probatorio en cuatro pequeños volúmenes, que traducidos al castellano constituyeron desde los años veinte del siglo XIX una materia autónoma, que como la obra, se llamó Pruebas Judiciales. Con la regeneración desapareció la enseñanza del Radicalismo Filosófico, pero supervivió la enseñanza independiente del Derecho Probatorio hasta nuestros días.

2. Evolución del Derecho Probatorio.

La evolución y el desarrollo del derecho probatorio debe analizarse como con otras áreas del saber jurídico en sus entronques con las ideas políticas. El desarrollo histórico del derecho probatorio va de acuerdo con la evolución de las doctrinas filosófico-políticas, y también con la estructura particular de cada sociedad. Los diversos sistemas filosóficos predicados en las distintas etapas de la historia de la humanidad le han impreso su sello característico al correspondiente sistema probatorio. Bien se sabe que desde el punto de vista filosófico-político, uno ha sido el individualismo greco-romano, otro el feudal, otro el del capitalismo, y otro diferente el socialista. A cada uno de ellos corresponde una determinada fisonomía probatoria procesal. Así, por ejemplo, la filosofía feudalista llevó su noción de clases sociales hasta la valoración de los testimonios, imponiendo una dosimetría calificadora; la filosofía católica trasladó sus principios a la confesión judicial y al juramento; con la Revolución Francesa el rito procesal probatorio se democratizó, y se impuso el íntimo convencimiento como sistema evaluador de la prueba; el capitalismo de los Estados industrializados impuso más tarde la noción de la verdad formal, y el sistema dispositivo, que hace del juez un pasivo espectador del proceso. Alguien dijo con fortuna que leyendo las normas legales reguladoras de la prueba judicial

se deduce cuál es la filosofía política que impera en un país determinado.

3. Los Tres Sistemas Probatorios.

Fruto de todas esas tendencias y doctrinas, en nuestros días se ha hablado de la existencia de tres grandes sistemas probatorios: **el latino**, de herencia greco-romana, el **anglosajón** y el **socialista**. Los dos primeros tienen una misma fuente filosófica, individualista, pero difieren en que el segundo cuenta con una especial metodología probatoria que permite la selección de las pruebas, hecha con criterio restrictivo de conducencia, propio del espíritu pragmático de esos pueblos. El socialista abolió la tarifa probatoria, unificó los procedimientos, le dio prioridad a la oralidad y a las características del sistema inquisitivo.

Sabemos que el sistema de los países latinos es conocido con la denominación de "**civil law**"; al anglosajón se le llama "**common law**", y al tercero se le denomina simplemente "**socialista**". Ellos ofrecen diferencias sustanciales, pero también han recibido influencias recíprocas.

El sistema del "**civil law**" fue producto de la lógica greco-romana, luego de la medioeval latina, e imperó en su orientación primigenia hasta la Revolución Francesa, aunque posteriormente conservó algunos de sus rasgos. Produjo el sistema de las "pruebas legales", o "tarifario", mantiene la neutralidad del juez ante las pruebas, y su ausencia de iniciativa probatoria, como consecuencia de la doctrina del liberalismo político y económico ochocentista. Produjo también la burocratización de la función judicial, con sus efectos sobre la valoración probatoria. Mantuvo, igualmente, el predominio escriturario.

El sistema probatorio del "**common law**" se caracteriza por la amplia utilización del jurado, el predominio oralista en la práctica de la prueba, el empleo de dos reglas que pretenden la selección pragmática del material probatorio: La ley de la evidencia (law of evidence) y las reglas de exclusión (rulers of exclusion), reglas que limitan la libertad valorativa del juez.

El sistema "**socialista**", según lo explica DENTI (quien en su obra "Estudios de Derecho Probatorio" se ha ocupado de analizar los tres sistemas), es el fruto de los precedentes históricos de Europa Occidental, a los cuales les ha agregado una diferente concepción jurídica de la justicia, según la cual la decisión jurisdiccional debe entenderse como la valoración del comportamiento humano, según los valores de la sociedad en un momento determinado. Dentro de este sistema el juez tiene poderes creativos (para la construcción de la sociedad socialista), hay reclutamiento electivo de los jueces (excluyendo así el profesionalismo), o sea que la organización judicial está orientada ideoló-

gicamente, y hay abandono del concepto individualista de la neutralidad del juez frente a la prueba para lograr que la igualdad de las partes no sea formal.

Hay que recordar también que los sistemas acusatorio e inquisitivo son igualmente hijos de las ideas filosófico-políticas: El "acusatorio", con su modalidad de "proceso de partes", en el cual el acusador es el sujeto indispensable de la investigación; para este sistema, la oralidad, la publicidad y la iniciativa privada, fueron los rasgos más característicos en sus orígenes. Al contrario, el secreto en la investigación, el escriturismo y la acusación estatal y oficiosa, han sido los rasgos distintivos del sistema inquisitorio.

Desde luego el desarrollo de las ciencias y de las técnicas han contribuido particularmente en el último siglo a darle una nueva orientación a los sistemas probatorios. Los avances de la psicología, de la lógica formal y de la lógica dialéctica, han orientado en este período la valoración de la prueba judicial. Desde las enseñanzas de Gorphe al testigo debe valorarse científicamente, y de igual manera al testimonio. La dialéctica nos ha enseñado a apreciar el indicio y en general las pruebas no simplemente como un hecho sino como un proceso de tesis, antítesis y síntesis.

4. La Prueba y la Teoría General del Proceso.

Igualmente, los avances científicos de la teoría general del proceso han modificado la concepción del fenómeno probatorio. De lo que se entienda como naturaleza jurídica del proceso judicial dimana en buena medida lo que se entienda como naturaleza jurídica de la prueba. Los procesalistas nos han planteado la teoría del proceso como contrato, como cuasicontrato, como relación jurídica, como situación jurídica, como pluralidad de relaciones, como entidad jurídica compleja, el proceso como institución. El alemán Bulow sacó la noción de su tradicional y antigua concepción civilista y contractual, para precisarla dentro de los cánones hegelianos de los aspectos activo y pasivo de los vínculos jurídicos, pero aún seguimos discutiendo la forma, los términos y los sujetos que comprende dicha relación. En el proceso no todo es simple relación triangular, dijeron los críticos, e idearon la teoría de la "situación" y la de la "entidad jurídica compleja". Críticos contemporáneos lo sitúan como un **conjunto complejo de actos**, provenientes del Estado, de las partes y de terceros ajenos a la relación sustancial.

Cualquiera que sea la tesis aceptada, la teoría de la prueba, se subordina a la teoría general del proceso. Es así como en materia probatoria es forzoso también plantear el debate sobre la unidad o la diversidad de los procesos, para discutir igualmente si hay o no una prueba civil, otra penal, una más laboral, otra más contencioso administrativa. Para nosotros la tendencia separatista resulta insostenible. La prueba judicial es una sola, cualquiera que sea el área jurisdiccional en que se

utilice. Los principios universales que gobiernan el proceso, son también los principios universales que orientan la prueba.

Otra cosa es que la teoría de la prueba judicial no se contrae exclusivamente a la temática de la prueba procesal, sino que está referida a consideraciones extraprocesales, a técnicas y a procedimientos. Recordemos el ilustrado debate entre Carneluti y Florián, unitario uno y separatista el otro. Desde ellos sabemos que las divergencias se producen por la mayor o menor utilización de ciertos medios de prueba en determinada rama del enjuiciamiento, o por el criterio valorativo aplicable, o por el orden a seguir en el procedimiento. Pero los problemas de la prueba son los mismos en todos los procesos. Desde Lessona y Bonnier sabemos que se plantean contestando las preguntas de **qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y cómo se evalúa**. Sentis Melendo propuso adicionarlos contestando **con qué se prueba, para quién se prueba, y con cuáles garantías**. Nos parece que los tres últimos temas adicionados están ínsitos en los cinco primeros. En efecto, preguntamos **con qué** se prueba es retrotraer el tema al de noción de prueba, a la distinción entre **fuentes** y **medios** probatorio; preguntarnos **para quién** se prueba no es problema de la prueba en sí, sino del proceso: el destinatario de la prueba es el juez; y las **garantías probatorias** constituyen un problema relativo a los sistemas de enjuiciar y a los principios de la prueba, comprendidos en el análisis de su noción.

Pero sobre la noción de prueba, sobre **qué es**, se tiene hoy un concepto uniforme y generalizado. Las pruebas son hechos, surgen de la realidad extrajurídica, del orden natural de las cosas. Las pruebas no son una creación del derecho, su existencia y su valor se toman de la realidad extrajurídica. Al respecto, nos enseñó el lamentado procesalista Sentis Melendo: "Todas las pruebas son preconstituídas, como **fuentes**, y a constituir como **medios**". Y el italiano Spinelli en su obra "Las pruebas civiles", explica:

"No hay duda, efectivamente, que si la prueba consiste en cosas u hombres, en cuanto explica las huellas de hechos ya acontecidos, de acontecimientos del pasado, éstos están, antes que en la realidad jurídica, en la realidad social; la huella del pie, la huella digital sobre el arma del delito, el recuerdo del acontecimiento, la representación gráfica de ciertas actividades humanas o de fenómenos naturales tiene su existencia y valor independientemente del derecho, que podrá también apropiarse de ellos en un momento y en un plano diversos, pero que no valdrá, por cierto para crearlos o para darles una realidad diversa de la que por sí posean. Para usarlos o no usarlos; sírvese de ellos de un modo o de otro, con un cierto aparato formal, con determinadas formalidades, como por ejemplo en el testimonio que exige la memoria del hombre asistida por el juramento (pero no siempre) y así sucesivamente; pero en ningún caso puede decirse que las pruebas sean una creación del derecho, o de un cierto ordenamiento jurídico" (ob. cit., Buenos Aires, 1973, p. 35).

El mismo Sentis Melendo nos explicó sobre este particular:

"Fuentes son los elementos probatorios que existen antes del proceso y con independencia de éste: así, no solo el documento sino también el testigo; y sobre todo, la cosa litigiosa; y el litigante en cuanto sabe lo que ha ocurrido; pero no el perito, ni el reconocimiento judicial, ni la declaración del testigo o de la parte (...), **medios** son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso. Y así, el testigo es una fuente, su declaración es un medio (...). La cosa que ha de ser examinada es una fuente, y su reconocimiento por el juez es un medio (...) los documentos son fuente, independientemente de su carácter de prueba preconstituída, su incorporación, con todas las diligencias a que pueda dar lugar, es el medio" (La prueba, ps. 15 y 16).

O sea que hay que distinguir la prueba, de la acción de probar como lo advirtiera Carnelutti. Solo ésta está regulada por el derecho, señalando los medios de prueba, el procedimiento utilizable, la carga probatoria, el sistema evaluador. Pero aún así, podrá seguirse sosteniendo la afirmación de Bentham según la cual el derecho probatorio solo es lógica aplicada, agregando que también es dialéctica aplicada. El aserto mantiene su vigencia en particular al estudiar los sistemas de valoración probatoria. Así, de dónde surge el conocimiento y la convicción del juez sino de la percepción, de la representación y de la deducción? De dónde surge el conocimiento y la convicción en la prueba de concurso indiciario sino de la aplicación de las leyes de concordancia y de convergencia? De dónde surge el valor del indicio sino del contraindicio, y viceversa? Cómo se explica el sistema de sana crítica sino como lógica más experiencia humana, según se le ha definido? El tema de la apreciación probatoria no es sino el de la teoría del conocimiento. El fenómeno probatorio es gnoseológico, político y social.

5. El Derecho Probatorio en Colombia.

Decíamos que en Colombia ha existido un verdadero culto por el derecho probatorio, original y único. Por lo mismo, hemos tenido cultores de gran valía académica. Se iniciaron con Ezequiel Rojas, primer profesor de la materia, repitiendo las enseñanzas de Jeremías Bentham. Particularmente en este siglo el derecho probatorio ha llamado la atención de nuestros tratadistas. Con el temor de omitir nombres importantes, recordamos a José Vicente Concha, Enrique Becerra, Luis Alzate Noreña, Carlos Lozano y Lozano, Jorge Eliécer Gaitán, Luis Rueda Concha, y en nuestros días Hernando Morales Molina, Hernando Devis Echandía, Jairo Parra Quijano, Jaime Azula Camacho, Jorge Cardozo Isaza, Carlos Betancur Jaramillo, Antonio Rocha.

Como es obvio, también nuestros estatutos positivos procedimentales han recibido las diversas influencias de la ciencia procesal y de los enfoques novedosos que ha dado en su evolución el derecho probatorio. Bajo la influencia del positivismo jurídico, en materia penal hici-

mos un considerable avance con el estatuto de procedimiento penal expedido en 1936, con el que nos liberamos apenas parcialmente del sistema probatorio tarifario, consagrando la persuasión racional para la valoración del testimonio. En materia de procedimiento civil, con resagos tarifarios manteníamos las instituciones probatorias, hasta cuando el que entró en vigencia el 1º de julio de 1971 marcó un hito en la historia del derecho procesal colombiano, como lo ha dicho Hernando Morales. De un código privatista pasamos en esa materia a otro marcadamente publicista, inspirado en la Ordenanza Austriaca de 1895 y en los postulados de la ciencia procesal moderna, con Cappeletti a la cabeza. Allí en lo probatorio se produjeron muy importantes innovaciones: La oficiosidad probatoria, el rechazo **in límite** a las pruebas manifiestamente superfluas o inconducentes, la consagración de la sana crítica como sistema evaluador, la eliminación de la presunción como prueba y del auto para mejor proveer, la utilización de la audiencia para la práctica de la prueba testimonial y la que aporta la parte, la apertura hacia nuevos medios de prueba diferentes de los tradicionales, para darle cabida legal a las modernas técnicas de conocimiento, constituyen valiosas innovaciones que oxigenaron nuestras instituciones procedimentales civiles.

Antes, con la expedición del ordenamiento procesal laboral de 1948 habíamos llevado a esos procesos la audiencia para la recepción de pruebas y el sistema racional de apreciación probatoria. Atrás se nos quedó en materia probatoria el Código de Procedimiento Penal. Atrás se nos había quedado el Código Contencioso Administrativo.

En este país, en donde a diferencia de los restantes de la América Latina, contamos con una jurisdicción especial, la contencioso administrativa, independiente de la Administración a la que juzga su actividad, y la tenemos desde la expedición de la Ley 130 de 1913, era necesario actualizar su estatuto procedimental, acomodándolo a los avances de la ciencia procesal y a los requerimientos del conflicto específico que dirime, la actuación administrativa. El Decreto extraordinario 01 de 1984 acometió esa tarea, y en él se consagraron importantes avances jurídicos. Se ordenó allí una remisión general a las normas del procedimiento civil en materia de medios de prueba, con sus procedimientos; se consagró la iniciativa probatoria del juez, que negaba el anterior estatuto; se consagró igualmente el de sana crítica como sistema evaluador.

Preocupaba saber que mientras la iniciativa probatoria del juez había sido consagrada en el procedimiento civil, se mantenía su prohibición en el contencioso administrativo, cuando dada en este la naturaleza especial del acto juzgado —el acto, el hecho o la operación administrativos—, la búsqueda de la verdad real para precisar los vicios acusados resultaba ser un imperativo político y jurídico, permitiendo para ello la oficiosidad probatoria. Bielsa, Manuel María Díez, Juan Rivero, Jesús González Pérez, Enrique Sayagués Laso, y todos los tratadistas nacionales y foráneos reclamaban esa consagración.

Como toda obra humana, este estatuto también ha despertado inquietudes académicas. En otras ocasiones hemos dicho que introdujo un fuerte acento privatista al considerar al proceso contencioso administrativo de manera general bajo las reglas del proceso civil, siendo como es aquel parte integrante del derecho público y del político; y hemos añadido que fortaleció los privilegios de una de las partes contendientes, la Administración Pública, en su actuación procesal. Claro que la Administración Pública tiene sus prerrogativas, como ocurre en la actividad contractual que desarrolla, pero encajonado el contencioso administrativo dentro de la estructura del proceso civil, el principio universal de igualdad jurídica de las partes, tan propio del civil, se vulnera con la consagración de ciertos privilegios. Así, la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho tiene un lapso muy superior si la ejerce la Administración; una es la oportunidad probatoria para la parte particular, dos lo son para la Administración; fenómenos tan extraños al derecho público como la perención y la condenación en costas, se consagraron en el contencioso administrativo, pero además no podrá haber perención ni condenación en costas para la Administración demandada; el ejercicio de los recursos extraordinarios de revisión y de anulación exigen el otorgamiento de previa caución si los interpone el particular, no así si lo hace la Administración; instituciones procedimentales como los incidentes, los impedimentos, las excepciones y las nulidades, sobre las cuales el derecho administrativo tiene sus propias reglas, deben seguir el régimen del procedimiento civil.

De todo lo hasta aquí dicho se infiere sin lugar a dudas que el régimen probatorio colombiano de los distintos procesos ha alcanzado un alto nivel de desarrollo, que en buen grado consulta los avances de la ciencia jurídica y las exigencias del mundo moderno. Nos faltan retoques para cuya inspiración este Congreso podrá dar valiosos aportes.

Sería del mayor interés, por ejemplo, indagar estadística y científicamente si el sistema de audiencia para la recepción de algunas pruebas en el proceso civil y en el laboral ha dilatado las decisiones jurisdiccionales, en perjuicio de la celeridad, o si debe tener prioridad el principio de la concentración de la prueba. Sería igualmente de vital importancia considerar y concluir sobre los parámetros científicos que deben tenerse en cuenta para el establecimiento de un nuevo régimen probatorio en la materia penal, que consulte los modernos avances de la ciencia y de la técnica. De indiscutible valor sería dialogar en este Congreso sobre si el papel de la iniciativa probatoria del juez en lo contencioso administrativo debe ser tenido como supletorio de la petición de parte, o como principal, en la posición que se lo tiene en materia penal. Es que el proceso contencioso administrativo tiene una estructura particular. Se desenvuelve bajo el principio de subsidiaridad, según el cual solo se acude a él cuando agotada la vía gubernativa para darle oportunidad a la Administración de revisar la legalidad de su actividad, subsiste la inconformidad del ciudadano. Se desarrolla sobre el carácter esencial de presunción de legalidad, que rodea a todo acto administrativo, para desvirtuar el cual no solo el particular demandante

sino la propia jurisdicción debe tener la oportunidad y la capacidad requeridas a efecto de buscar y encontrar la verdad real de esa legalidad. Si ello es así, no encontramos jurídico trasladar la condición supletoria que se le atribuye generalmente a la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil, sino que en lo contencioso administrativo debe tener un carácter principal.

Ya el profesor Hernando Morales ha divulgado y explicado el criterio de Mauro Cappelletti que destruye la objeción doctrinaria hecha a la iniciativa probatoria en materia civil, montada sobre el argumento de que contraría la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes. Para controvertirlo, se ha explicado la existencia de una imparcialidad subjetiva y otra objetiva del juzgador. Pero además, estas consideraciones jurídicas, que justifican la iniciativa probatoria supletoria, las encontramos utilizables para considerarla con carácter principal, como abogamos para el contencioso administrativo, al igual que ocurren en el proceso penal. Toda indagación sobre la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa tiene un interés político y social, un interés democrático, que justifica ampliamente el carácter principal que debe tener la oficiosidad probatoria.

Para el proceso civil, son las partes las que en primer término conocen los hechos, lo cual explica el carácter supletorio de esa iniciativa; en el contencioso administrativo, al igual que en el penal, el aspecto fáctico de la controversia lo conoce en primer término la Administración, no el particular. Los vicios de la actividad administrativa, a pesar de su publicidad, suelen ser ocultos para los administrados, lo cual obliga a la consideración del carácter principal que debe tener la iniciativa probatoria del juzgador.

Estos y otros temas similares analizados por tan eminentes juristas podrían llevar a conclusiones científicas y útiles para nuestros ordenamientos jurídicos, y para que la justicia se realice con mayor plenitud.

MUCHAS GRACIAS.