

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

10

UNIVERSIDAD DE NARIÑO	
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS	
PASTO - COLOMBIA	
No. <u>10568</u>	Ej. <u>1</u>
Valor _____	Vol. _____
Fecha <u>U-31-72</u>	Don. <u>V</u>
Fact <u>Darecho</u>	Canje _____
Librería <u>Darecho</u>	Comop. _____

FIN
T
D345.3
P227
g. 1

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. GONZALO GUERRERO B.

PRESIDENTE HONORARIO:

DR. RODRIGO NELSON ESTUPIÑAN V.

//
Carlos Paredes Belalcázar

LA INICIATIVA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL

TESIS DE GRADO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PASTO - COLOMBIA

1.972

Carlos Paredes Belalcázar

"La Facultad no es más responsable de
las omisiones cometidas en la Teoría,
que cuando se omite el procedimiento de"

LA INICIATIVA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL

Tesis de Grado para optar el título de DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PASTO - COLOMBIA

1.972

"La Facultad no se hace responsable de
las opiniones emitidas en la Tesis, -
las cuales deben considerarse como -
propias de su autor".

A la memoria de mi Padre

A mi Madre y Hermanos.

(Acuerdo No. 108 de 1.965. Art. 70).

A la memoria de mi Padre

A mi Madre y Hermanos.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

La vida en el mundo moderno ha cambiado a la
velocidad de la luz y de los aparatos, de una
manera que no se puede imaginar. En el mundo
de hoy, el tiempo es el oro más precioso, y
el hombre se esfuerza por aprovecharlo al
máximo. Este libro trata de la vida en el
mundo moderno, de sus cambios y de sus
problemas. El autor nos muestra cómo el
hombre ha logrado grandes cosas, pero también
cómo ha creado nuevos problemas. Este libro
es una guía para entender el mundo de hoy
y para encontrar soluciones a sus problemas.

I N T R O D U C C I O N

Este libro trata de la vida en el mundo
de hoy, de sus cambios y de sus problemas.
El autor nos muestra cómo el hombre ha
logrado grandes cosas, pero también cómo
ha creado nuevos problemas. Este libro
es una guía para entender el mundo de hoy
y para encontrar soluciones a sus problemas.
El mundo moderno ha cambiado a la
velocidad de la luz y de los aparatos,
de una manera que no se puede imaginar.
En el mundo de hoy, el tiempo es el oro
más precioso, y el hombre se esfuerza
por aprovecharlo al máximo. Este libro
trata de la vida en el mundo moderno,
de sus cambios y de sus problemas. El
autor nos muestra cómo el hombre ha
logrado grandes cosas, pero también cómo
ha creado nuevos problemas. Este libro
es una guía para entender el mundo de hoy
y para encontrar soluciones a sus problemas.

Es tema de capital importancia lo relativo a la iniciativa de la prueba en derecho procesal, ya sea en el proceso civil o penal, sobretudo, por la orientación que se ha dado al primero de los nombrados, cuya innovación hace del mismo de que figure sin duda alguna en el concierto de los más modernos, rompiéndose así por vez primera el criterio privatista que existió hasta la aparición del Decreto No. 1400 de 1.970, para endilgarlo hacia un concepto publicista. Afirmación que pierde todo su valor cuando nos referimos a las normas adjetivas de índole penal, en cuya estructuración no se nota un cambio de fondo, su sistema se quedó a la zaga del civil, de allí que su actualización es indispensable e imperante.

Con nuestro trabajo intitulado "la iniciativa de la prueba en derecho procesal", no nos proponemos otra cosa que ofrecer un pequeño aporte a las disciplinas jurídicas modernas. Para conseguir su objetivo se consultaron a autores de renombre, tanto nacionales como extranjeros, y para su desarrollo hemos creído conveniente empezar por una síntesis histórica sobre la carga o peso de la prueba de algunas legislaciones por considerarlas muy importantes y fundamentales en la composición de nuestros estatutos procesales, ya que en esta como en otras materias, se han seguido los lineamientos de tratadistas foráneos, y además porque no siempre han regido los mismos principios que hoy conocemos. Entre ellas, hemos escogido a la romana en sus primeras fases, o sea, clásica, postclásica y Justiniana, correspondiendo en la primera la i

niciativa de la prueba a la parte demandante; en la segunda a ambas partes y en la tercera al actor si fundaba su pretensión es un hecho propio y al demandado, en caso contrario, o en otras ocasiones estaba a cargo del más débil social y económicamente, ya sea demandante o demandado, constituyendo al juez en un simple árbitro. Principios que con ligeras modificaciones pasaron al derecho germánico, en donde la demanda no era más que una acusación al demandado a quien se lo obligaba a disculparse de dichos cargos o acusaciones y al juez a valorar su verosimilitud o credibilidad de los mismos. La influencia de la legislación romana sobre este tema, fue tan radical, que de ella la tomaron la mayoría de las legislaciones del mundo, como la Francesa, Chilena, Argentina, Colombiana, etc. cuyo cambio se operó sólo a partir del año de 1.789, con la gesta emancipadora de la Revolución Francesa.

En la segunda parte hacemos algunos lineamientos sobre los principios inquisitivo y dispositivo o acusatorio, los cuales sirven de fundamento para determinar los procesos, según impere uno u otro principio; así por el principio dispositivo, la iniciativa de la prueba se deja en manos de los particulares, quienes tienen la obligación de impulsar el proceso; en cambio por el principio inquisitivo se otorga al Estado --representado por el juez-- amplias facultades officiosas para la aportación de las mismas. Sin embargo, no se puede sostener que uno u otro principio, tengan operancia absoluta en estos sistemas, ya que la tendencia actual es la de aplicar un sistema ecléptico, que parece el más a-

consojable.

En el tercer capítulo esbozamos algunas teorías sobre la noción de la carga de la prueba, considerándola algunos como una categoría de la obligación, y otros en cambio como un deber libre, o como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio, según otros. De igual manera exponemos algunas ideas sobre la distribución de la carga de la prueba, cuya importancia es inusitada.

En el capítulo final nos permitimos exponer algunos conceptos con relación a la carga de la prueba en el proceso penal, cuya iniciativa se ha establecido oficiosamente en forma casi absoluta por parte del Estado, cuestión que no compartimos por considerarla anacrónica, dado el avance de las disciplinas jurídicas, que reclaman para las personas que intervienen en el proceso penal, mayores facultades o iniciativas; esta finalidad se podría conseguir con la institucionalización de audiencias públicas en la etapa sumarial o del juicio para practicar las pruebas que aquellas soliciten, en forma más democrática y justa; de igual manera con la oficiosidad de la acción civil dentro del proceso penal, para rodear de garantías a toda persona que busque la indemnización de los perjuicios materiales o morales, causados con la infracción penal. En síntesis pretendemos con nuestro tema que al Estado se disminuya la aportación de la prueba en el proceso penal, ya que negarle en forma absoluta dicha iniciativa sería utópico.

CAPITULO PRIMERO

SINTESIS HISTORICA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

A.- En el derecho romano clásico, postclásico y justineano.-

En el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la LEGIS ACTIO SACRAMENTO y en general en el proceso PER LEGIS ACTIONES, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. Más tarde y durante el período CLASICO, se implantaron ciertas normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o dejándole en veces al juez esa tarea a manera de árbitro, reconociéndose a éste el más amplio poder discrecional, no sólo en la valoración de las pruebas, sino también en la de las cualidades sociales y morales de las partes. Existía sin embargo, en los comienzos de esta fase un criterio protector para el demandado que para el actor. Fue Celio, quien implantó el principio de que el juez estaba obligado a dictar sentencia en favor del demandado, cuando no existía prueba. Con el correr de los tiempos, se da una formulación distinta al principio, según la cual, el actor tiene la carga primaria de probar el fundamento de su afirmación y el demandado la carga secundaria de justificar la propia excepción. De este modo el juez, llegaba a formarse una opinión propia y también a pronunciar su sentencia, a través de un procedimiento interior lógico, mientras que por su lado las partes proporcionaban el material probatorio en la manera que consideraban más conveniente, a fin de persuadir al juez. Interesante es el RESCRIPTO de Antonio Pio del año 155, en el cual se ordena, que el juez, puede conferir al demandado a exhibir o producir un documento, del que pueda derivarse la prueba de la afirmación del actor.

Como se vé, hasta el final del período clásico,

no puede hablarse de una necesidad de probar, sino más bien de la distribución de la carga de la prueba. Se dan indicaciones de conveniencia, para que el juez dé la valoración correspondiente.

Al concluir el período clásico, y con el advenimiento de la fase postclásica y justineana, se da un paso de avanzada en lo atinente a probar, contrastando con el carácter arbitral del antiguo proceso. Se habla entonces de la necesidad de dar al juez, los instrumentos para decidir en todo caso la litis del mejor modo, según la ley y la equidad. Se fijaron además los temas de prueba, y se determinó quién debía aducir las pruebas de las afirmaciones hechas en juicio, surgiendo entonces los principios generales y sobretodo el que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción (pretensión) o excepción, la prueba de él, ya fuere actor o demandado.

Este complejo fenómeno ha sido definido como el nacimiento de la prueba legal, en sentido amplio, esto por cuanto la ley establece la eficacia de una prueba, en el sentido de fijar la existencia o inexistencia de un hecho controvertido indiferentemente de la apreciación del juez.

Las reglas sobre la prueba legal se hacen presentes al fijar el fundamento de hecho de la decisión del juez, excluyendo su libre apreciación; pero las reglas sobre la carga de la prueba, dicen por el contrario, como debe aplicar el juez el derecho objetivo en el caso en que el mismo no pueda procurarse la prueba base de las demandas de las partes.

La estructura misma de los procesos postclásico y justineano, favorecen el robustecimiento del principio, según el cual, quien afirma y no quien niega la afirmación contraria ha de aducir la prueba de los hechos, puestos como base de la

propia demanda. Al actor le corresponde por tanto, la carga de probar los hechos como base de la propia demanda y negados por el adversario; en caso de que lo consiga surge en el demandado el interés de probar lo contrario, es entonces, el proceso una articulación de pruebas y contrapruebas, en virtud del cual, el juez llegará a formarse el convencimiento o bien deducirá las consecuencias establecidas en el principio latino "afirmati non probanti incumbit probatio". Cuyo significado aparece más de relieve en el entrelazamiento de las afirmaciones y de las pruebas, aunque estas últimas siempre son valoradas por el juez.

Esta fase constituye un verdadero avance a la etapa primitiva, según la cual, el acusador pone al acusado en la necesidad de disculparse. Noción que pasó al proceso penal. En este como es lógico, no podía utilizarse el mismo criterio que para el proceso civil, como acabamos de anotar, las nociones sobre la economía de la prueba, son diversas, disímiles.- En toda prueba cualquiera que sea, se vé la idea de una verdad formal o de una verdad material, que constituye su objeto. Así la fé dada a los conjuradores, la confianza en las ordalias o juicios de Dios, dan un claro testimonio de una tendencia a un más viva hacia el principio de la verdad formal. En lo que hace a los juicios de Dios, constituyen medios de prueba formal, obligando al juez, así fuere contraria su convicción a tomar una decisión con base en éstos.

En el proceso penal, las pruebas estaban muy lejos de un concepto jurídico, por cuanto el pueblo era el que fallaba, reunido ya en comisiones o en tribus, fácil de absolver al culpable o condenar a un inocente. O también en los judices de las quaestiones perpetuae, o sea, de los juicios encomendados a los jueces populares, que según su sola convicción, podían ceder ante la compasión o la presión política.- Juicios que caen en desuso bajo el Imperio, porque ya se necesita que el juez esté convencido, aunque sujeto a ciertas reglas de prueba, muchas veces se rechaza -

el testimonio de ciertas personas, y en otras se dice que tal o cual prueba no es suficiente para lograr la convicción.

Se formulan sobre todo al final del Imperio Romano, los medios de prueba que debían suministrarse en el proceso, antes de que ésta pudiera tenerse como perfecta. Más tarde y con el devenir de los tiempos nace la institución de los jueces ordinarios a los cuales se les dá el conocimiento del derecho y del hecho. Luego con la influencia de la política liberal, se les enseña a respetar la seguridad y la libertad individuales como contraposición a los principios del derecho romano primitivo.

B.- El sistema probatorio Germánico.

El sistema probatorio romano, se suele contraponer al de los pueblos germánicos, los cuales contribuyeron en grado sumo sobre el dogma de la carga de la prueba.

En principio la decisión de la controversia, tiene lugar mediante el cumplimiento de la actividad de una de las partes; el juez decide la litis con la sentencia, la cual se basa en la prestación del juramento por una de ellas, así ocurre con el "juicio de Dios", y en general con aquellas pruebas formales, circunstanciales al proceso primitivo germánico, como lo habían sido al proceso romano.

No existe acuerdo, respecto a quien correspondía probar los hechos en los procesos germánicos primitivos, pero conforme anota Lessona, se admite que este evento estaba a cargo del demandado. Por lo que se dice que dado su carácter formal, la presentación de ella, le coloca en una posición de ventaja frente al demandante. Sin embargo los doctrinantes de ese entonces, expresan que la aportación de la prueba no siempre debe co-

responsable al demandado, ni que al aducirla, se lo coloca de antemano en una posición de ventaja, pues, no basta sólo el juramento para condenar, porque en muchas ocasiones, se sometía a esta prueba por temor al castigo divino.

Otros consideran que la prueba correspondía a ambas partes, sin estar atribuida de manera especial a alguna de ellas.

Algunos dicen que la prueba la incumbía al actor, si fundaba su pretensión en un hecho propio, y al demandado en caso contrario.

Sin embargo otros sostienen, que era al juez, a quien correspondía determinar la parte que debía aportar la prueba; escogía a una de ellas por lo general a la que parecía tener la razón, o que aducía hechos más decisivos, lo cual sin duda sucede en un período más avanzado. Así se regula sobre la distribución de la carga de la prueba para las partes, se dan normas consuetudinarias relativas a este deber, pero subsiste, sin embargo, el carácter primitivo, según el cual, es el demandado quien debe aportarlas, por cuanto se lo considera conocedor de los hechos debatidos, en una mejor forma que el demandante o acusador, aunque si se le permite a éste, aportar las pruebas base de su acusación. Una vez presentadas (las pruebas,) es al juez, a quien corresponde valorar las pruebas, su veracidad o credibilidad de la demanda o demandas formuladas.

Por lo anterior, el momento probatorio, se desplaza, entonces, a la fase que precede al pronunciamiento con la sentencia, tratando las partes de conseguir una decisión en su favor, para lo cual han puesto a disposición del juez los elementos indispensables.

Declaireil, sostiene que la prueba correspon -

día al más débil social y económicamente, sea demandante o demandado.

En la edad media y por obra de los juristas de Bolonia, que reviven el derecho romano, reaparece la carga de la prueba basada en el principio de que incumbe probar los hechos al actor, o al demandado cuando excepciona.

En ese entonces la demanda no es otra cosa, que una acusación al demandado, a quien se le imputa haber cometido un acto contrario a las costumbres locales, es entonces, cuando el demandado debe reaccionar y tratar de justificarse, ofreciendo al acusador los elementos de persuasión sobre su inocencia.

Así las cosas, la sociedad germánica, interviene en favor del acusado, y cuando no se habían aducido pruebas en contra de éste, opera el llamado FAVOR REI, respecto de los procesos penales y civiles.

Posteriormente y tratando de favorecer la actividad probatoria de las partes, se fijan las reglas necesarias de la carga de la prueba, se determina quién tiene que aducirla, qué hechos son susceptibles de prueba y se esboza ya las reglas sobre la prueba legal. Diferente del proceso romano, en el cual la prueba es considerada como medio para persuadir al juez quien puede valorarla libremente, lo que no ocurre en el proceso germánico, en donde la prueba es aducida para que se decida la controversia, teniéndose en cuenta la prueba legal, la experiencia y la conveniencia.

Si bien es cierto, que una u otra corriente aportaron innumerables beneficios en materia probatoria, propias para la época, no puede sostenerse que dichos principios o reglas permanecieron estáticos. Los jurisconsultos romanos, fueron los

que primero se preocuparon por el desarrollo de este interesante tema, y así, su influjo se extiende al derecho longobardo o germánico, que hace quebrantar su rigidez primitiva en este aspecto. Se dijo, que la falta de prueba, no conlleva necesariamente una absolución al demandado, al cual se le concede o defiere el juramento de purificación..... Al derecho Romano, se debe el principio de que la carga de la prueba, corresponde a quien afirma "onus probandi incumbit cui dicit", principio preparado por la escuela de Pavia, que en sustancia determina la necesidad práctica de que fuera el actor quien debía probar los hechos de su pretensión, mientras que al demandado le correspondía demostrar la verdad de los hechos correspondientes a la excepción.

Asimismo la simple negación de la pretensión del actor, no colocaba al demandado en la necesidad de probar algo, o lo que es lo mismo, se exigía al actor dar la justificación de la demanda, a diferencia del derecho germánico en donde ponía al acusado en la perentoria obligación de hacer descargo, de disculparse.

Se habló de igual manera, que la carga de la prueba corresponde al que afirma o niega un hecho: "ie incumbit cui dicit, non-qui negat". Estas reglas tuvieron claro eco, en el derecho germánico, tal como anotamos arriba.- En este período el derecho longobardo se queda a la zaga del derecho romano, en lo que se refiere a pruebas, o a la carga de las mismas.

En lo tocante al proceso penal sobre pruebas,- el derecho germánico, no utiliza más que el llamado "Juicio de Dios", o "el duelo de lo bien o mal fundado de la inculpación," o también "el juramento de purificación por parte del acusado". Es decir, no podemos levantar o crear una teoría de la prueba o de su peso. El juez, en los anteriores juicios, no era más que un convidado de piedra, que se limitaba a verificar, la intervención

de la divinidad o de la naturaleza. Existió, tan sólo, un fanatismo exagerado en la aplicación de toda clase de supercherías atribuidas a la divinidad.

Se estableció un sistema de pruebas para determinados delitos, como en el de la violación, exigiéndose para el efecto determinados testigos, tales o cuales circunstancias, que unidas a la conducta anterior, del acusado se aplicaba determinada prueba, y así, muy pronto se abandonó, los juicios de Dios, o las ordalías o los duelos, debido a la influencia del derecho romano sobre este campo.

Sin embargo, de este período de atraso, se volvió hacia las ideas del derecho canónico según el cual, el juez estaba obligado a buscar la verdad material por todos los medios positivos, es decir, se juzga de acuerdo a la ley.- Así no es ya la simple convicción, la que predomina; la sentencia se basa en una apreciación jurídica, de la prueba, tomada de una multitud de reglas, elaboradas por los doctores, y basadas en probabilidades, que como es natural, pueden suceder o no.

C.- Consideraciones sobre la carga de la prueba en el derecho Francés, Alemán e Italiano.

El antiguo derecho francés, merece también cierta atención en lo que se refiere a la carga de la prueba. Si bien es cierto, que acoge en su integridad los principios romanos; según los cuales: "la prueba incumbe a la parte que afirma", se dio sin embargo a esta noción un carácter esencialmente procesal. Se dijo entonces, que las partes, deben articular en forma ordenada los hechos necesarios y suficientes de la demanda y de la excepción, esto, con el fin de restringir el libre convencimiento del juez, quien estaba obligado a respetar la actividad de las partes dentro del proceso.

Se sostiene y como un paso preparatorio al advenimiento de la Revolución Francesa, que las partes deben estar en igualdad de condiciones en el proceso, de manera que quien afirma una pretensión, o excepción debe probar, no hay desventajas para el demandante o demandado.

Si consideramos el hábito histórico en el que nació el art. 1315 del C. de Napoleón, sería imposible abstraernos a las evidencias filosóficas que precedieron a la Revolución Francesa, que presuponía la existencia de un derecho universal, inmutable e igualitario, que a todo ser humano le asiste, sin tener en cuenta, la raza, posición, religión, estirpe o condición y se dijo que: "incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquéllas o éstas". Principio que más tarde, pasó al Código de Chile, de donde o del cual tomó nuestro legislador el art. 1757. - Del Código Civil.

En el proceso penal, se estableció la igualdad de las partes; en él: no hay privilegios para el agresor o agredido. La prueba, tiene que ser pública, se prohíbe las pruebas llamadas por oculto u ocultas, además deberán ser contradichas o controvertidas. Así allegada al proceso, el juez, la sopesa y le da el valor probatorio, que ha sido establecido de antemano por las normas adjetivas. Además, se esbozan ya las normas y reglas indispensables sobre la sana crítica de la prueba.

En el Derecho Alemán, la carga o peso de la prueba, parece no tener ninguna o muy poca importancia. Se puede decir, sin lugar a dudas, que en un largo trazo de su historia de este raso e inteligente pueblo, permaneció mudo al respecto.

Sólo con BEWEISINTERLOCUT, sale de ese mutismo. Dice este tratadista, que la sentencia debe ser una secuencia de la prueba y establece dos clases de sentencias; una referente a la

carga de la prueba y otra para las demandas formuladas por las partes. Así, si con la primera se logra demostrar el hecho afirmado o negado en la demanda, y entre estas existe una relación de causalidad, podía convertirse en una sentencia definitiva, con la cual, se reconocía el derecho alegado en juicio, a uno de los dos.-

Posteriormente Reneaud Lehrbuch agregó algo nuevo al principio romano, según el cual: "la carga de la prueba, corresponde al que alega un hecho, ya sea actor o demandado", relevando a cualquiera de los dos, cuando haya en su favor una presunción. Esta doctrina ha sido desarrollada posteriormente por WEBER, dándole un notable rigor lógico.

En cuanto al derecho procesal penal diremos, - que en este país rigió el derecho romano y germánico, y sólo cambió de sistema con la aparición de los Gandinos y Bonifacios, en los siglos XIV y XV. Fueron los primeros, quienes se ocuparon de la prueba en general, y en forma concreta de los indicios y de las presunciones.- En cuanto a los segundos, se puede decir que profundizaron más sobre la prueba en general, siguiendo en sus lineamientos a los Gandinos; reconocieron cinco categorías de ella, se habló de la prueba testimonial, como fuerza demostrativa, y se exigió que para condenar a una persona, se necesita la deposición de dos testigos por lo menos; establecieron por vez primera, la división de prueba plena y semiplena, que ha llegado hasta nosotros.

Estas ideas, tienen vigencia hasta el siglo XVIII, cuando tiene lugar la aparición de la legislación de la Baviera, en la cual se nota una preocupación, por encontrar preceptos útiles para regular esta materia, se indica qué condiciones debe reunir un medio probatorio; ordena al juez que examine siempre las probabilidades que más se notan en la causa y la unanimidad de las deposiciones de los testigos, por todos los medios de prueba que están a su disposición.- Al mismo tiempo que deja a la apreciación del juez bastante latitud / evita con cuidado toda pres-

cripción absoluta y de tal naturaleza que en muchos casos el juez, no es dueño de su convicción y se vé obligado a su pesar a pronunciar la absolución de esa instancia.

En resumen las ordenanzas de Baviera, dieron una multitud de prescripciones, que en muchas ocasiones produjeron la impunidad. En este estado de cosas, vienen las quejas contradichas prescripciones tan rigurosas, naciendo así el proyecto de WURTERBERG, que si bien es cierto, elimina algunas disposiciones rigurosas, no se aparta tampoco de la ley de Baviera.

Hoy y como réplica a la vieja Baviera, existe un código de procedimiento penal en la nueva Baviera que se aparta totalmente de los sistemas anteriores. Así se admite un jurado, compuesto por cinco personas y cuatro de derecho para condenar a una persona y otras innovaciones en derecho probatorio, que no es del caso analizar, por cuanto nuestro tema se aparta mucho de lo que es y significa la teoría general de la prueba.

En Italia, cuna del derecho probatorio, y sobre todo de la carga de la prueba, y de su distribución, se ha seguido especulando, a fin de perfeccionar su legislación sobre este importante tema, como resultado de lo cual, sentó el principio: "que cualquiera que pretenda hacer valer un derecho en juicio, debe probar los hechos que constituyen su fundamento, mientras quien excepciona, que el derecho sea modificado o extinguido o bien que sean impedidos sus efectos debe probar los hechos que constituyen el fundamento de la excepción. Como se vé, se hizo un avance muy sistemático sobre este transcendental tema. Para el derecho moderno Italiano, la carga de la prueba, es considerada como regla de juicio para el juez, ya que le señala, la forma de decidir esa situación de incertidumbre, sin desechar la actividad de las partes, en todo lo que se refiere a probar los hechos que fundamentan sus pretensiones o excepciones.

D.- La carga o peso de la prueba en la Legislación Colombiana.-

De acuerdo con el art. 1757 del C. C. C., incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas, sistema que prohija el Código Civil Chileno, es decir, nuestra disposición, es un trasunto fiel de aquél.

Según el art. 1757 del Código Civil Colombiano, para probar una obligación, es necesario probar la fuente de dicha obligación, y una vez probada la fuente se tiene probada la obligación. Como es sabido, las fuentes de las obligaciones se hallan - consagradas en el art. 1494 del Código Civil Colombiano, y que no son otras, que: los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.

Sin embargo, esta clasificación ha sido revaluada en el derecho moderno, y se dice que las fuentes de las obligaciones, son: el acto jurídico, en el cual se hallan implícitamente, los contratos y los cuasicontratos, 2o.) el hecho ilícito, agrupando los delitos y los cuasidelitos, 3o.) el enriquecimiento sin causa y 4o.) la ley.-

De lo anterior, se deduce que probado el acto jurídico, el enriquecimiento sin causa o un hecho ilícito, queda demostrada la obligación.

Como es natural, la ley no se desuestra, por cuanto el derecho se invoca, se lo cita, pero no está sujeto a demostración, a no ser, que se trate de una ley extranjera, de una ley no nacional o de la costumbre.

Como anteriormente se dijo, nuestro Código Civil Colombiano, copió esta norma sustantiva al Código Civil de Chile, y este a su vez, al Código de Napoleón. De manera que, en lo -

que atañe a la carga de la prueba, nuestra legislación, se rige por lo dispuesto por el C. de Napoleón, codificación que recogió el principio romano: "onus probandi incumbit actori". Es decir, el art. 1757 del C.C. Colombiano, establece el mismo principio romano. Otro tanto, puede sostenerse, sobre la carga o peso de la prueba en lo relativo a la extinción de las obligaciones, ya que la extinción debe ser probada por quien la alega, circunstancia que convierte al demandado en actor, o sea, al mismo principio del derecho romano: "REUS IN INCIPIENDO FIT ACTOR".

Entonces como regla general, tenemos que la carga de la prueba en la legislación colombiana civil, corresponde a quien alega o afirma, sea que se trate de demandante o demandado. Expero, se tiene establecido, que si el actor no prueba, será absuelto el demandado: "ACTORE NON PROBANTE, REUS ABSOLVITUR".

Lógicamente, lo anterior, se refiere al campo civil, administrativo y laboral, no así, al campo penal, cuya actividad le corresponde al Estado, por la naturaleza pública que se le ha dado a la acción penal. El estado actúa a través, de los jueces y funcionarios de instrucción establecidos para el efecto, lo mismo que por intermedio del Ministerio Público. Así se desprende de los arts. 10o. y 11o.

Art. 10.- A quien corresponde la acción penal:
"La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente, con la colaboración del Agente del Ministerio Público".

Art. 11.- Publicidad y oficiosidad:
"La acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio, a menos que la ley exija petición o querrela de parte".

Que en términos generales significa, que la ac-

ción penal tiene un carácter de pública, oficiosa y que el titular de esta acción es la sociedad. Si se ha presentado una transgresión a ciertas normas que velan por el orden jurídico dentro de la sociedad, el propio titular de la acción penal es el Estado, mediante los respectivos funcionarios. Es decir, si al Estado le corresponde averiguar, si se violó o no las normas penales, cómo, quiénes y en qué circunstancias, naturalmente le corresponderá la carga de la prueba. Esto por cuanto, a la víctima del delito, no se le toma como actor o demandante, aunque se le permite ejercer ciertos derechos a través de la acción civil dentro del proceso penal; derecho que se deriva de lo dispuesto en el art. 2341 del Código Civil Colombiano, que dice:

Art. 2341.

"el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delitos cometidos".

Es decir probar los perjuicios mediante esta acción, que se han ocasionado a la víctima.

Para que el Estado sea el titular de la acción penal y de la carga de la prueba, se han dado las siguientes razones:

En materia civil, el cumplimiento de las obligaciones es lo normal, lo anormal es su incumplimiento. En materia penal, se tiene establecido el principio de que todo mundo es inocente, hay que demostrarle lo contrario, y al estado le corresponde demostrar esta máxima. No así, en materia civil, porque es el actor o demandado, a quien le toca, probar que hubo incumpli-

miento de esa obligación.

Está bien esta presunción, en derecho penal, - porque de lo contrario, cualquiera podría en un momento dado ser - privado de su libertad. Colocándose al particular en la imposibi- lidad de demostrar esa inocencia. Al decir: "soy inocente", se ha ce una afirmación absoluta, que por tratarse de una proposición in definida, la misma ley exonera de demostrar esa afirmación, y es - entonces, al Estado, al que corresponde desvirtuar esa aseveración.

Sin embargo, la carga de la prueba en materia penal, se ha tomado en un sentido muy amplio, lato. Porque si la carga de la prueba, constituye una obligación para el titular de - la acción penal: igual o análoga obligación, debería corresponder- les a la víctima del delito -denunciante o querellante- y al acusa do o procesado. Al segundo, porque por este medio podría con ma - yor amplitud concretar los cargos sobre los daños inferidos con la infracción penal, aportando las pruebas indispensables para conse guir ese objetivo; y al tercero, en la necesidad de defenderse de disculparse de esa acusación.

Sin quitarle al Estado, la intervención, se po dría conseguir un sistema, que no mengüe o menoscabe los intereses de las demás personas que intervienen en el proceso penal, en i - gual manera como se tiene establecido en el proceso civil. Sobre este tema tendré oportunidad de hablar a mayor espacio en el capi tulo cuarto.

CAPITULO SEGUNDO

LA INICIATIVA DE LA PRUEBA CONSTITUYE EL FUNDAMENTO PARA DETERMINAR LOS PROCESOS, TANTO INQUISITIVO COMO DISPOSITIVO O ACUSATORIO.-

A.- Breve comentario sobre el principio dispositivo e inquisitivo.

Todo el procedimiento penal se orienta hacia tres circunstancias fundamentales: a) acusación, b) de defensa y c) de decisión. Estas tres circunstancias provienen de los tres sistemas, que han regido el procedimiento penal a través de todos los tiempos: el sistema acusatorio, sistema inquisitivo y sistema mixto. Si esto se dice del procedimiento penal, de igual manera, la iniciativa en la escogencia de la prueba, dará origen a los sistemas ya anotados, en esta materia.-

El sistema acusatorio es de un rancio abolengo romanístico, tiene como fundamento la oralidad. El acusado tiene amplias facultades, para hacerse oír y defenderse, porque en el proceso, no hay las llamadas pruebas por asalto, todo se debate ante el público. Este sistema colma de garantías al acusado, con lo que parece disminuida la actividad del Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales. Es pues, un sistema muy democrático, muy duramente combatido por los Estados dictatoriales.

Al anterior, sigue el sistema inquisitorio, que surge en el siglo XVII, al contrario de aquel, es escrito. Este sistema trae ciertas sorpresas para los procesados; los órganos jurisdiccionales pueden practicar toda clase de pruebas, aun sin el conocimiento del procesado. Si en el anterior se le reconocían demasiadas facultades y garantías, en éste empieza a perderlas o a negárselas absolutamente. Este fue el sistema que imperó en la Edad Media, con los oráculos y los juicios de Dios. Todo el que había cometido un delito era porque se había separado de la divini

dad, y para desagraviarla era necesario que el culpable sufra su falta con el castigo.

Por último y como complemento de lo anterior, - extractando lo bueno y lo malo, de estos dos sistemas, apareció el sistema mixto, que divide en dos fases el juicio: es necesario algo de acusación y algo de inquisición. Este es el sistema que predomina en el mundo entero, porque del inquisitivo, toma la etapa - sumarial y del Acusatorio, el juicio. Este sistema nació en Francia, y de allí pasó a todas las legislaciones del hemisferio, incluyendo la nuestra.

B) La carga de la prueba y los procesos de carácter dispositivo e inquisitorio.-

En algunas etapas de la historia del derecho procesal, se aplicó el principio dispositivo que pretende dejar en manos de los particulares, toda la tarea de iniciación e impulsión del proceso. La aportación de la prueba corresponde a las partes; ellas tienen la obligación de aportar los elementos necesarios para decidir la controversia, convirtiendo al Juez, en un simple árbitro, como un tercero imparcial, limitándose a esperar que las partes le suministren el material para resolver el conflicto planteado.

En cambio en el inquisitorio se han otorgado - al juez amplias facultades y se niega toda actividad a las partes, puesto que la aportación de las pruebas, las realiza el Estado a través de sus funcionarios. Parece indiscutible en este caso, que los eventuales poderes conferidos a las partes, pierden todo relieve jurídico, pues, la actividad de ellas se convierte en una mera entelequia, en un significado empírico.

Estos sistemas son importantes y fundamentales para la regulación probatoria en todo proceso, tanto civil como p[ro]

nal, y por lo mismo para la estructuración del procedimiento, cuyo aspecto mas trascendental es el de las pruebas, porque de ellas depende el triunfo o el fracaso de aquel.

Según el grado de vigencia de estos dos principios será la naturaleza del sistema procesal y sus consecuencias.- Se ha sostenido, que el principio dispositivo, debe preponderar en el proceso civil, por cuanto en él, se trata de derechos de índole privada, de carácter particular y por ende, que quien debe dominar el proceso, es el interés particular. Así se concibió el proceso civil hace siglos, sin embargo, en las legislaciones modernas, se busca dar al juez civil, mayores iniciativas, más facultades, a fin de quitarle el carácter de simple árbitro o de un tercero imparcial. Se propugna por un sistema mixto. En Colombia, se ha implantado éste desde el primero de julio de 1.971, con la vigencia del Decreto 1400 del 6 de agosto de 1.970, Art. 179 del Código de Procedimiento Civil, ya que hasta esa fecha, rigió la ley 105 de 1.931 que prohibió en el proceso civil, el principio dispositivo, esto es, que las partes, debían acudir con los elementos de juicio.

En cambio se sostiene que en el proceso penal, debe predominar el principio inquisitivo, por cuanto los delitos a tentan contra el orden social y es en interés de todos por lo que se sanciona al responsable, imponiéndose la sanción correspondiente, no para reestablecer el orden jurídico violado, como sostiene Carrara, sino para evitar la repetición de hechos delictuosos.

Espero, la exclusividad de uno u otro principio, tiene grandes desventajas. De allí que hoy en día se discute sobre la conveniencia o inconveniencia de imponer el sistema mixto. Así este sistema en el proceso civil, aparece consagrado en algunos Códigos como en Alemania, Italia, Australia, Rusia, Brasil, Argentina, México, Portugal, Francia y ahora en Colombia. No puede sostenerse lo mismo con respecto al proceso penal, en donde pre-

domina, el principio inquisitivo, con excepción de la U. Soviética predominando el mismo sistema que en el proceso civil; en donde el "onus probandi" está a cargo del Estado y de las personas que intervienen en el proceso o partes.

En contra de la imposición del principio inquisitivo en el proceso civil en materia de pruebas, se han hecho algunas objeciones, una como ya lo anotamos que se trata de un litigio de interés privado, y que por lo tanto las partes deben ser libres en la escogencia de la prueba, otra, que se puede perjudicar a la parte desfavorecida con la prueba decretada de oficio, y que por consiguiente el juez, debe permanecer inactivo y limitarse a verificar la exactitud o inexactitud de las pruebas, para no romper la imparcialidad. Pero hace más de un siglo que se dió al proceso civil un carácter publicista, archivándose así el concepto privatista. El ejercicio de la jurisdicción del Estado, es tan importante y de interés público como en el proceso penal. Se cree que, con el principio de la igualdad de las partes ante el proceso se salvaguardan los intereses de éstas. Pero, con la obligación de presentar la demanda para la iniciación del proceso, teniendo asimismo el juez la obligación de limitar su decisión a las peticiones del actor. Requisitos que encuentran acidero en los aforismos latinos: " NE PROCIAT IUDEX EX OFFICIO I NE HAT IUDEX ULTRA PETITA PARTIUM ".

Esto equivale a decir -se expresa Mittermaier- que para ser dispositivo un proceso es suficiente que se les otorgue a las partes la facultad de disponer exclusivamente del elemento probatorio; y que para ser inquisitivo hasta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez. En todo caso así deben entenderse estos dos principios en sentido estricto; sólo en sentido lato se vinculan a la iniciación y continuación oficiosa o no del proceso y a la facultad de decidirle ultra petita -

partitum." (Pruebas Judiciales Pag. 31.)

C) Del Procedimiento por vía de acusación.-

Este procedimiento puede presentar dos formas distintas: la de acusación y la de inquisición.

La primera se caracteriza por la presencia de un acusador, abriéndose el debate entre éste y el acusado, en la misma forma que en el proceso civil.

En la segunda, es el funcionario instituido para el efecto quien obra y procede de oficio.

Dedúcese de lo anterior, que de acuerdo al principio imperante en el procedimiento, será de acusación o de inquisición.

Si nos remontamos un poco hacia la historia de estos dos principios -dice Mittermaier- podremos observar como uno u otro principio, tiene su influencia, según el sistema político, adoptado por cada Estado. Así, el principio inquisitivo pertenece principalmente al sistema Monárquico, en donde su objeto primario y fundamental, es sacar partido de todos los indicios que conduzcan a la averiguación del crimen y emplea todos los medios de investigación que la ley autoriza, por medio de un funcionario instructor (Juez o Magistrado) instituido por el Estado. Su objeto principal es descubrir la verdad material si se cometió tal o cual crimen, si el acusado es o nó el autor. Por eso las primeras diligencias, son enteramente secretas. Se caracteriza por su lentitud y porque en cierto modo, el juez, esta sometido al examen prolijo de los acontecimientos. El proceso criminal, no es otra cosa que un simple negocio de administración.

El sistema acusatorio, pertenece al régimen democrático, en sentido estricto de la palabra, y es el acusador quien formula los agravios que se le han inferido, debiendo por su parte el acusado controvertir dichos cargos. Formalizada así la acusación se abre incontinenti el proceso y el acusador y el acusado, entran en la liza, a la vista del juez, a quien procuran persuadir. La prueba, entonces corresponde al acusador; todo medio tormentoso o cruel es extraño en el proceso de acusación. Constituye un verdadero combate entre las partes, cada una de las cuales procura demostrar la verdad de sus asertos, y asegurar el triunfo al final de la causa. El acusador emplea todos los medios que están a mano para fundar sus quejas y convencer al juez; el acusado usa toda clase de armas para su defensa y quiere también atraer al juez en su partido.

Como ante el juez han de suministrarse todas las pruebas y la sociedad tiene una parte inmediata en el éxito de este grave negocio, el procedimiento deberá ser público y el debate oral. Una instrucción escrita se apartaría de su cometido.

El principio que regula la apreciación de la prueba descansa en la máxima de que esta misma apreciación no es sino una operación al alcance de todo ciudadano dotado de sana razón, madurada por la educación y la experiencia. No se trata aquí, que de hacer uso conveniente de ese sentido íntimo que guía a todos los hombres hacia la verdad, sólo se trata de decidir según las impresiones nacidas de los debates, si es o no culpable el acusado.

No obstante cuando se compara las ventajas e inconvenientes de estas dos formas, se forma la idea, de que es peligrosa la implantación del sistema acusatorio, por cuanto atenta contra la libertad y garantías individuales de los ciudadanos.

Quizás hay razón, por los abusos cometidos en antaño, pero de aplicarse con sinceridad e inteligencia, se limarían estas asperezas y desconfianza existentes, en la actualidad.

D.- Formas mixtas de procedimiento

La mayoría de los Códigos en los cantones Suizos, han dado una forma mixta al procedimiento penal. Se ha escogido lo bueno y desechado lo malo de uno y otro principio para conseguir así el descubrimiento de la verdad material, histórica o real.

En Colombia se ha implantado el mismo sistema. Como puede observarse la investigación se divide en dos etapas: sumario y juicio. El sumario se inicia con el llamado auto cabeza de proceso, ante la iniciativa del interesado que no es esencial verbal o escrita, denominada denuncia. La etapa sumarial, entre nosotros es inquisitiva porque ahí nada hay oral, todo es escrito, y porque nadie tiene derecho a conocer el sumario, salvo el juez, su secretario y las partes, Agente del Ministerio Público, apoderado del acusado y el de la parte civil, cuando éste se constituye por el interesado. La carga de la prueba en el sumario, la tiene el estado, representado por los funcionarios de instrucción. Por el contrario el juicio que comienza una vez ejecutoriada el auto de proceder es público y predomina el sistema acusatorio.

Sin embargo, esta forma híbrida, tiene sus ventajas e inconvenientes y ha sido criticada por autores de gran talla intelectual como Carnignani, quien dice: "..... hay en las dos formas de acusación e inquisición dos elementos completamente contradictorios, heterogéneos e inconciliables, cuya convención sólo puede conducir a un funesto resultado. El proceso de acusación que corresponde al sistema democrático, se entabla por -

medio de una afirmación propuesta con toda claridad, y en el instante, sin proceder instrucción, sin que su curso se detenga por ningún obstáculo, sin que el Tribunal - o Juzgado - tenga que pronunciar la admisibilidad de acusación, debe intervenir en el fondo una decisión basada sobre las pruebas suministradas por el acusador y las justificaciones emanadas de boca del acusado." " En el proceso de acusación, rechaza todo procedimiento escrito, si existe la confesión, hace prueba absoluta; jueces sacados del pueblo - decides, entre el acusador y el acusado, sin atenerse a reglas de prueba u otra ley que su convicción..... Al contrario en el proceso inquisitivo, no hay sino una serie no interrumpida de actos legales; el procedimiento escrito es el único necesario, los medios de prueba admisibles son la confesión y las deposiciones de los testigos, y nunca pueden los indicios servir de base a una justa condenación. Finalmente hay lugar por necesidad a la absoluc^on provisional de la instancia, cuando el Juez quiere expresar sus dudas acerca de la inocencia del acusado. La instituc^on de un acusador sería una grave inconsecuencia; la publicidad del debate principal repugnaría al carácter mismo del procedimiento, y autorizar al juez, a condenar por solos indicios sería amalgamar equivocadamente el principio de la teoría legal de la prueba con el de la libertad absoluta de las convicciones.....". (Pág. 55 Tratado de la Prueba, en materia criminal de Mittermaier).

Pese a los sólidos conceptos de este autor, no ha faltado quien salga a la defensiva de este sistema. Entre ellos se halla Carlos José Anton Mittermaier, quien se expresa:

"Sin duda alguna hay algo de razón o de verdad en las ideas de Carnignani. No podría culparse demasiado a los legisladores modernos, sobre todo de dejarse llevar de la novedad, - de aspirar a conceptos originales. Queriendo agradar a todos los partidos, ir a tomar los artículos de la ley en todas las legi-

ciones posibles, olvidando que allí de donde los toman se ajustan a un ordenamiento social, jurídico, económico, religioso, y ético. Semejantes ensayos son perjudiciales y reveramente censurados y conaturales."

"No obstante, en el sistema de Carignani, se observan los siguientes errores: a) atribuye demasiada exclusividad al principio de acusación, en la forma primitiva, como fue concebido; b) engáñese también Carignani, cuando considera ciertas formas como derivaciones necesarias de uno u otro sistema, sólo porque, sin otra razón que la de la casualidad más ordinariamente en uno u otro proceso. c) se equivoca, cuando atribuye necesaria y absolutamente el predominio de las instituciones políticas del país en que están vigentes; ni cuando, sólo a las democracias asigna el proceso de acusación, y a las monarquías, el de inquisición. No ignoramos la influencia real poderosa del sistema político en las formas de procedimiento criminal, y sabemos que la acusación nació en las antiguas repúblicas, pero es también muy cierto que las nociones fundamentales acerca de la pena hacen inclinar la balanza, y son completamente independientes de las instituciones políticas. Desde que un pueblo, por efecto de su cultura intelectual, ha llegado a comprender claramente que el medio más seguro de dar fuerza a la ley y completa garantía al orden público reside en la buena organización del procedimiento criminal, dá preferencia a la forma inquisitiva, porque la contraria parece que no asegura bastante la persecución y descubrimiento de los crímenes. d) Carignani, olvida que por diversos caminos se puede llegar al mismo objeto y que una misma idea se expresa bajo formas diferentes. Poco importa que la inculpación emane de una persona privada o de un acusador público, pues, de ninguna manera se altera su esencia...". Pág. 56 ob. cit.)

"La legislación más sabia sería sin contradicción aquella, que subsistiendo fiel a la naturaleza de las insti-

tuciones y principios fundamentales, obedeciéndose a todas las exigencias, no descuidase medio alguno de conseguir el objeto, y escogiese sobre todo las formas que más faciliten llegar a él, al mismo tiempo que, prestando oídos al testimonio de la experiencia, saliese de antemano al encuentro de los abusos que ésta ha podido hacer ver en unas y otras, y siempre para decirlo de una vez, antes de adoptar tales o cuales medidas, tal o cual sistema, se preguntase desde luego si corresponde lo mejor posible a la economía especial del Estado, al grado de civilización que posee y a su constitución política."

Al señalar las distinciones que separan las dos formas parece que se ha olvidado con frecuencia que en todo procedimiento criminal háy, en cierto sentido un proceso de acusación; que el orden natural de sus diversas partes se desenvuelve con tanta más ventaja cuanto la acusación y la defensa se ha considerado, ante todo, como sus dos elementos principales, y cuanto que el usuario, que por el interés de la verdad absoluta viene a suministrar hechos y argumentos en pro y en contra a ambos platos de la balanza, ha sido más justamente apreciado según su verdadera utilidad." (Pág. 59 ob. cit.)

Creemos con Hittermaier, que el sistema mixto debe obtener su plena realización según el medio político de cada Estado, por cuanto, su ordenamiento jurídico se basa, en cierto modo en aquél. Así en donde predomina un sistema democrático, deberá rodearse de garantías al acusado, porque de lo contrario, los abusos desenfrenados brillarían por su presencia, sobre todo cuando se trata de acusaciones calumniosas, menoscabando a cada paso las libertades individuales, como sucede en los sistemas dictatoriales o totalitarios.

Al hablar de garantías, no sólo deben acomodarse

se para el acusado, sino también para el acusador -tomado este término en el sentido de denunciante o querellante- por cuanto siendo la parte ofendida, al articular sus quejas y pedir la reparación del daño causado, le asisten los mismos derechos de aquél; hoy que los progresos de la civilización se han hecho sentir, no veo la razón para que toda iniciativa de ésta se restrinja tanto en la etapa sumarial, siendo el Estado el poseedor de las más amplias facultades para la agregación de la prueba. Se dirá talvez, que con la acción civil dentro del proceso penal, se garantiza a la parte ofendida este derecho, por cuanto con ella se puede solicitar pruebas para el esclarecimiento del cuerpo del delito, para el descubrimiento de los autores y partícipes, o para asignar a cada cual la responsabilidad o para determinar la cuantía y naturaleza de los perjuicios, o para intervenir en la práctica de pruebas durante el sumario o el juicio. Pero qué sucede?. Para gozar de estas prerrogativas, hay necesidad de incoar esta acción, porque si no lo hace, le está vedada toda iniciativa, toda facultad. Parece conveniente una revisión sobre el particular, en el sentido de hacer más asequible esta facultad, logrando que la parte ofendida colabore en forma más activa, más eficaz y efectiva en el sumario o el juicio, sin menguar la forma inquisitoria del Estado y hacer de esta etapa un combate en donde deberían jugar las potencias del espíritu, cuyas armas permitidas no podrían ser otras que la palabra y la persuasión, teniendo como terreno la conciencia del juez, que los dos adversarios, denunciante o querellante y denunciado tratan de ganar.

Lo lógico entonces, sería que en este proceso se establezca abiertamente un procedimiento contradictorio entre el acusador -Estado, denunciante o querellante- y acusado, y una vez que se haga conocer del segundo los cargos de su acusación y las respectivas pruebas, se invite a éste para que haga sus descargos. Estableciéndose así, tanto en la etapa sumarial como en la del juicio, el sistema mixto, que parece el más aceptable, con las salvedades que hemos anotado.

E.- Relaciones y analogías entre la prueba en materia penal y civil

Entre los procesos civil y penal existen ciertas semejanzas generales. En uno u otro hay principios invariables. Así por ejemplo, en el proceso penal, se ha trasladado, las reglas y sadas en el proceso civil, sobre apelaciones, incapacidades de los testigos; en éste la prueba de cargo incumbe al actor, no así en el penal, la cual está a cargo de un funcionario instructor en nombre del Estado y en defensa de los intereses de la sociedad.

En cuanto a las diferencias, podemos decir que el proceso civil, se articula por medio de una demanda, en la que se especifica las pretensiones del actor; en cambio en el proceso penal le corresponde al Estado, rara vez a la persona agraviada, como en el caso en que se necesita querrela de parte.

En el proceso civil, las pretensiones se presentan frente a frente, se aduce pruebas de parte y parte. En cambio en el proceso penal, tan pronto como se presenta la querrela o si el Estado asume la investigación de su mayor o menor fundamento depende de la aplicación de algunas medidas que comprometen muchas veces la libertad, cuestión que no puede suceder en el proceso civil.

En lo civil el debate versa sobre la existencia y extensión de los derechos de propiedad y personales que a aquella se refieren, pero en lo penal, el interés público es quien activa la persecución de los delitos. Las necesidades sociales, en el campo civil, demuestran a cada paso, que debe imponerse una pena al transgresor de las leyes, y de los derechos de los particulares, en lo que se refiere al derecho de propiedad y derechos personales que de ella se derivan. Los castigos que se imponen en materia penal, no son, ni pueden ser semejantes a los impuestos en materia civil, se sanciona al delincuente no porque violó la ley penal, sino para

que no siga violándola, la pena tiene por objeto buscar la rehabilitación, la readaptación del delincuente.

En cuanto a la prueba en materia civil, se mira como completa desde que las partes no están en contrariedad acerca de ella o del hecho, en lo penal, la prueba tiene otro objeto mucho más elevado; ésta es la verdad más patente que es dado al hombre a conocer, y sólo ella puede servir de base para un castigo que va a herir los derechos civiles más sagrados, cuyo lugar nada reemplaza, castigo que sólo se justifica cuando la convicción está basada sobre todas las pruebas posibles de la causa.

Mittermaier, dice al respecto:

" el círculo de las pruebas en lo criminal es más restringido, y así no podría admitirse en él, el juramento que descansaba en el principio del desistimiento. Los medios de prueba en lo civil y penal, llevan en sí un principio muy diferente, por ejemplo la confesión en lo civil, hace fé, por cuanto el confesante puede satisfacer plenamente la confesión del acusado, es preciso, tener en cuenta su conducta anterior, su verosimilitud, la probabilidad de la misma; en fin, que del crimen cometido por el acusado, resulte una certeza completa para el juez e imponer así la condena. El desistimiento del acusador tampoco tiene influencia en materia criminal, sobre los procedimientos y la administración de la prueba o de la justicia." (Pág. 70 ob. et.).

De igual manera la cosa juzgada en lo civil, no puede entenderse en el mismo sentido en lo penal.

F).- Aplicaciones del principio dispositivo en el proceso civil.

Conforme al principio dispositivo, corresponde a la parte actora desencadenar la actividad jurisdiccional del Es-

tado, por medio de la demanda. En materia civil, son muy contados los juicios de oficio. De suerte que conforme al art. 75 del C. de P.C. al interesado le corresponde formular su demanda, la cual es una petición para la iniciación del proceso. Con la demanda se pone en movimiento el engranaje jurídico para dar solución al conflicto.

La demanda, como es conocido, tiene cuatro propósitos, uno general que es iniciar el juicio, y tres específicos, que son a) determinar el objeto de la controversia, la materia sobre la cual se pide se dicte sentencia; el juez no puede dictar sentencia sobre materia distinta a la indicada en el libelo de demanda, puesto que si así hace, incurriría en una causal de nulidad. b) determinar qué personas serán las que van a sufrir las consecuencias del fallo. c) concretar las causas y razones de la controversia.

Por razón del principio dispositivo al actor le corresponde la carga de la prueba; *onus probandi incumbit actori*, pero cuando el demandado excepciona, esto es, cuando contradice se convierte en actor y debe probar. Sólo las negativas absolutas e indefinidas, no son susceptibles de prueba.

De acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Civil, el principio dispositivo en el proceso civil se ha atemperado un poco, debido a que el juez, puede solicitar y practicar pruebas de oficio, tal como lo dispone el art. 179 del C. de P.C. que dice:

Pruebas 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 implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas".

Complementa la anterior disposición, lo prescrito por el art. 180 de la misma obra:

"Decreto y práctica de pruebas 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".

En el proceso penal, se autoriza esta facultad en el art. 11 del C. de P. P., lo que hace que toda la investigación sea oficiosa. La mentada disposición dice:

"La acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio, a menos que la ley exija petición o querrela de parte".

Este tema será tratado en la parte final del capítulo cuarto, donde se pretende demostrar que al Estado, no le incumbe la carga de la prueba, o al menos debe equiparárselo al proceso civil, en esta materia.

CAPITULO TERCERO

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL

A.- Concepto y significado de la carga de la prueba.-

La relación jurídico procesal impone a las partes determinada conducta en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les puede acarrear consecuencias adversas. De esto se colige que las partes deben ejecutar ciertos actos, todo ello dentro de los límites de tiempo lugar y modo, que la ley indique.

Hay ocasiones que para ejecutar esos actos tenemos que valernos de un verdadero derecho procesal, como para recurrir y probar. En otros estamos en presencia de un acto necesario para la eficacia de un derecho, como la afirmación de los hechos fundamentales de la pretensión, si se quiere obtener una sentencia favorable.

Surge entonces, la pregunta, qué debe entenderse por carga de la prueba????

Para ello, se hace necesario, distinguir dos aspectos:

A) es una regla para el juzgador, porque le señala como debe fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos, sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole pronunciarse sobre el fondo del debate y evitándole proferir una sentencia inhibitoria, o lo que en doctrina se denomina "un non liquet".

B) es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les indica cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones a éstas.

Estos dos aspectos de la noción sobre la carga

de la prueba se hace presente también en el proceso penal y en los procesos inquisitivos, como el laboral.

Sobre la carga de la prueba, se han dado muchas definiciones, pero nos parece que la más aceptable es la que da Hernando Devís Echandía (sobre ella.)

"carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez, como debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que debe fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cual de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables". (Pag. 171 Compendio de pruebas judiciales).

Entonces como principio general podemos decir que lo que se prueba dentro de un juicio o proceso son los hechos, entendiéndose por hecho todo aquello que ha sucedido.

El derecho no se demuestra por regla general, porque se supone que el funcionario conoce la ley. De manera que no se puede demostrar la ley en un proceso, sino que se la cita, se la invoca. El juez es el encargado de aplicar el derecho de interpretarlo. Dentro de un proceso lo que se demuestra son los hechos constitutivos de una determinada situación jurídica. Solamente por excepción se demuestran ciertas reglas de derecho:

a) la ley EXTRANJERA, y ello es lógico, porque la ley extranjera para el juez Colombiano es un hecho, no es un derecho. Este no está obligado a conocer todas las leyes existentes en el mundo, sería un absurdo pretender que las conozcan. Por lo tanto en el fondo, la ley extranjera es un hecho para el juez colombiano y cuando hay necesidad de aplicarla hay que demostrar su existencia.

b) Cuando se trata de demostrar una ley no nacional es decir una ley que no obliga a todos los habitantes de la República de Colombia, sino a determinada circunscripción. Vrgr. - una ordenanza de Cundinamarca que se quiera aplicar en Pasto, hay necesidad entonces de demostrar la existencia de esa ordenanza.

c) La costumbre o los usos cuando son normas legales, a falta de legislación. Cuando se presente la ausencia de una ley específica para resolver un caso concreto, debe aplicarse la costumbre como norma legal.

En el campo penal también podemos determinar el ámbito probatorio: primeramente para saber que es lo que debemos probar tenemos que apelar también a lo dispuesto en la respectiva disposición de la ley penal, es decir, probar los elementos de la disposición penal. Así en una investigación, se demostrará que hubo violación de la ley penal, la prueba entonces, debe referirse a saber si los elementos de la respectiva disposición penal han sido o no violados; en segundo lugar, se demostrará, quién cometió esa infracción, es decir, quiénes son los autores, cómplices, auxiliadores y encubridores del delito que se investiga, también debe demostrarse o probarse las circunstancias en que fue cometido el delito, o sea las circunstancias que rodearon el hecho.

Debemos anotar también, que el principio "onus probandi incumbit actori," tiene sus excepciones y esto ocurre - cuando: a) la persona que afirma le favorece una presunción; B) en las proposiciones indefinidas y c) cuando además de dar la prueba de hecho hay necesidad de probar el derecho. Según esto, quien se encuentra en una de estas tres circunstancias, no se halla en la obligación de probar sus afirmaciones, trasladándose la prueba a la parte contraria.

B.- Importancia y fundamento de la carga de la prueba.-

Esta noción tiene una inusitada importancia, ya en el derecho en general, y en la administración de justicia.

La carga de la prueba -dice Devis Echandía es una medida de sanidad jurídica y una condición "sine qua non" de toda administración de justicia. Por otra parte es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los conflictos, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión "sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza". Pag. 70 ob. ct.

En cuanto a su fundamento debe examinarse, teniéndose en cuenta los dos aspectos de la noción que ya se dieron, o sea la regla de juicio para el juez y la distribución de la prueba entre las partes.

Por el primer aspecto, su fundamento radica en la importancia en el campo del derecho general, y en particular del proceso. Por cuanto, implica una regla general de juicio, conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos que fundamenta el litigio, el juez puede suplirla con ella, en vez de proferir una sentencia inhibitoria o un "non liquet".

Por el segundo aspecto para conseguir una adecuada conducta de las partes, señalándoles cuales hechos les conviene que sean probados en cada proceso, a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, no obstante dejarlas en libertad para hacerlo. En este sentido se habla de la distribución de la carga de la prueba entre el demandante y demandado, o acusador y acusado.

C).- Teorías sobre la carga procesal.-

La noción de carga procesal, tiene un origen histórico, y ha sido controvertida a través de todos los tiempos, sobre todo, si ésta es una obligación o un deber. Entre las principales teorías que se han planteado, enunciaremos las siguientes:

1a.) Según la cual la carga de la prueba es una categoría de la obligación.-

Zittermann, Ascarally y otros, fundan su teoría en que el sujeto debe ejecutar el acto, si no quiere obtener consecuencias desfavorables.

Se ha criticado a esta teoría, por cuanto las cargas procesales, establecen poderes o facultades desde el punto de vista activo o pasivo para obtener el beneficio que bien puede ejercitarlo o no.

2a.) Que define la carga de la prueba como un deber libre.-

Ha sido planteada por Brunetti, para explicar la carga de la prueba y la obligación en general. La carga o peso de la prueba, según este autor, es una especie de deber libre.

Según esta teoría, la noción del deber libre entraña en sí mismo un deber consigo. Confunde pues, el deber y la carga, lo cual no puede ser, es un absurdo.-

3a.) Que considera la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio siendo lícito de abstenerse a hacerlo y por lo tanto sin que haya coacción ni san-

ción y sin que exista un derecho de otro a exigir su observación.-

Como fundadoras de esta teoría, pueden considerarse a Nicheli, Leo Rosenberg y Sentis Melendo.-

Se da con esta tesis una mejor definición ^{de} la carga de la prueba e igualmente, se logra diferenciarla de la obligación y del deber, los cuales implican sujeción en beneficio de quien tiene el derecho correlativo y puede exigir su cumplimiento.

Sobre el particular, se expresa Leo Rosenberg, en la siguiente forma:

" la opinión que considera como cumplimiento de un deber a la actividad probatoria de las partes, se basa en la idea de que se obliga a las partes a actuar de ese modo.....". (Pág. 97. La Carga de la Prueba.)

Hoy se tiene unánimemente aceptado que la carga de la prueba en el proceso civil, es un poder o facultad de ejercer libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma, para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desagradables.

En cambio en el proceso penal, se considera a la carga de la prueba como una obligación, que según Florian : "consiste en la obligación que se impone a un sujeto procesal de ofrecer prueba de lo que afirma o acusa, y sin la cual la afirmación o acusación queda privada de toda eficacia y valor jurídico, de toda atendibilidad.". (La prueba penal. Pág. 130.).

Sin embargo no es del todo exacto al hablar sobre la carga de la prueba de una obligación en sentido estricto, porque al existir una iniciativa estatal para la prueba de cargo como para la de descargo, desaparece la carga como institución procesal.

B.- Criterios sobre la distribución de la carga de la prueba.-

Sobre este tema no hay unidad de criterios. De allí, que se han ideado un sinnúmero de teorías, pero que nosotros, podemos reducirlas a las siguientes:

1a.- Que impone al actor la carga de probar, pero le dá este carácter al demandado que excepcional.

Este criterio se halla resumido en las máximas latinas: "ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI O REUS IN EXCIPIENDO FIT ACTOR". En el derecho romano se negó todo derecho de prueba al demandado y en cambio se revistió de todas las garantías al actor o demandante.

Es sin duda una opinión muy útil y cierta en la mayor parte de los casos, pero no alcanza a constituir una regla general para todos, por cuanto es deficiente, ya que existen ciertos hechos que no requieren prueba, por estar amparados de una presunción legal o por tratarse de proposiciones indefinidas, afirmativa o negativamente, pues, a pesar de servir de fundamento a las pretensiones del actor o demandante, corresponde al demandado la carga de probar lo contrario. Hay además, otros casos, que no obstante afirmarse en la demanda, no necesitan probarse, por considerárseles impertinentes o inconducentes.

2a.- Que impone la prueba a quien afirma y que exige de ella a quien niega.

Encuentra su origen en el principio romano: "MIHI INCUMBIT PROBATIO QUI DICIT, NOT QUI NEGAT". Se traslada la carga de la prueba a las partes -demandante o demandado-, según se trate de una afirmación o de una negación.

Esta tesis ha sido más criticada que la anterior, en razón de que al afirmarse o negarse una circunstancia, no altera la mayor o menor posibilidad de su prueba. Según esto, es la naturaleza del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba.

Por otra parte, no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo, pues, los presuntos, los notorios y los indefinidos están exentos de prueba.

3a.- Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamenta para la excepción.

Esta tesis nada aporta al debate porque equivale a la que exige probar al actor, pero le dá ese carácter al demandado, cuando excepciona. De donde la crítica expuesta en el punto primero nos sirve para ésta.

4a.- Teoría de lo normal y lo anormal.

De acuerdo con esta teoría se impone la carga de la prueba a quien alega el hecho anormal, porque lo normal se presume.

Lessona y Fitting, recurren a la noción de las relaciones normales y anormales, entendidas las primeras, como regla general, y las segundas, como especiales. Gorphe, sostiene que no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas, es decir, acepta la anterior tesis.

La teoría de Lessona y Fitting, se reduce, a que lo normal es el cumplimiento de la ley, el respeto a los derechos ajenos, por consiguiente -dicen- quien alegue que otra persona está sujeta a él por una obligación o relación jurídica, debe probar el nacimiento de una violación o perturbación, y una vez probada ésta o aquélla, lo normal es que subsista, por lo cual debe presumirse e imponerse la prueba.

La regla de la normalidad depende del criterio subjetivo y en cierto grado caprichoso de cada cual; cuando el legislador no la consagra en normas de valor general y de excepción no es posible prever para todos los casos. Más aun, es un concepto vacilante y variable según los principios políticos, religiosos, económicos y jurídicos de cada época, y por ende, no puede establecerse como regla general. Es además un concepto demasiado superfluo, por cuanto, en esta materia, no se dice lo que debe entenderse por normal y qué por anormal.

5a.- Teoría que impone la prueba a quien pretende innovar.

Esta es una tesis igual a la anterior. Pues, por innovación se entiende lo que modifica la normalidad, principalmente cuando se trata de hechos extintivos, impositivos o modificativos o de demandar para que se altere la situación del hecho existente, como la posesión o el estado civil.

Bentham, al referirse a esta teoría sostiene - que la prueba debe ser impuesta a la parte que pueda satisfacerla con menores inconvenientes, por la menor pérdida de tiempo e incomodidad que ocasionaría. Por economía procesal, en otras palabras.

6a.- Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva, extintiva o impeditiva de los hechos.

Según esta teoría, los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos, deben ser probados por la parte que los alega, sea que los haya afirmado o negado.

Los redactores del Código de Napoleón, consagraron este criterio en el art. 1315; principio que se refiere a las obligaciones, al exigir que quien afirma el nacimiento de ellas debe probarlo o quien niegue su nacimiento debe probarlo. Esta teoría, fue adoptada por muchos Códigos Civiles del mundo, como el Italiano, el Chileno, el Colombiano, norma que dice: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alegue aquéllas o éstas". La doctrina francesa acogida, por chilenos y colombianos ha considerado que el principio así establecido tiene un alcance general, no sólo para las obligaciones, sino también de la prueba de los derechos reales y de las modalidades de las obligaciones.

Esta tesis ha sufrido severas críticas, porque con ella no se puede determinar a quien corresponde la carga de la prueba. Su falla principal radica en asignarle al demandante la carga de la prueba cuando sus pretensiones se refieren a los hechos constitutivos, y al demandado la de los extintivos e impeditivos.

7a.- Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de

hecho, de la norma jurídica que lo es favorable.

Defendida por Leo Rosenberg, Schonke, Aragoneses y Fenech. Quienes sostienen que cada parte debe probar los hechos que sirven de base a sus pretensiones o excepciones, pues, esos hechos son precisamente los presupuestos de las normas legales que regulan tales pretensiones o excepciones.

Dicha teoría parte de la norma legal, y quien resulte favorecido por esa norma soporta la carga de la prueba.

Sin embargo no es exacto, que la distribución de la carga de la prueba se base en los diferentes preceptos jurídicos, sino más vale, asignarle la carga de la prueba a la parte que se beneficia con ella, así al demandante los de la norma en que se funda su pretensión y al demandado, los de la norma cuyos efectos se oponen a aquella.

3a.- Teoría que distribuye la carga de la prueba según la posición de las partes respecto del efecto jurídico.

Ha sido sostenida por Gian Antonio Micheli, quien dice que la carga de la prueba está establecida principalmente por la posición ocupada por la misma parte, respecto del efecto jurídico pedido, tal relación está determinada por el derecho sustancial ya que este último regula la hipótesis legal por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral adoptado por cada una de las partes en el proceso, éste es, la situación procesal puesta en práctica por la parte, la cual formula una propia demanda en juicio.

Según esto, lo fundamental es la posición que

tancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse de acuerdo con la norma jurídica por aplicarse.

Estas son las dos tesis, que nuestro legislador acogió en el nuevo Código de Procedimiento Civil, o Decreto No. 1400 de 1.970, del 6 de agosto, artículo 177, que dice:

*** 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."

Se acogió una tesis ecléptica, porque en el fondo la tesis de Rosenberg como la de Micheli, coinciden en la mayoría de sus puntos de vista. Creemos por consiguiente que es la más aceptable, por cuanto no sólo se debe contemplar la posición procesal de las partes, sino también el efecto jurídico perseguido con éste en relación con la norma jurídica que debe aplicarse.

E. - Aplicación del Derecho y carga de la prueba. -

El juez desarrolla una triple acción al aplicar el derecho. Debe conocer y distinguir el derecho objetivo y saber si la sentencia que quiere dictar tiene su fundamento en las normas del ordenamiento jurídico y cuáles son los presupuestos que ha de repetir en el fallo, en el caso concreto. Además debe correlacionar con las normas del derecho objetivo el sector de la realidad, el conjunto de hechos concretos que se le ha sometido para que resuelva. Con este fin debe comparar las afirmaciones presentadas en el proceso con los presupuestos, de los cuales el ordena-

miento jurídico hace depender la realización de la consecuencia jurídica reclamada, debiendo averiguar si coinciden y hasta qué punto. Finalmente debe examinar la verdad de estas afirmaciones y tratar de formarse una idea clara de las realidades del caso. Sólo cuando llega al resultado de que las circunstancias de hecho afirmadas corresponden a aquellos presupuestos, puede acceder a la solicitud de protección jurídica que la parte ha formulado.

En cambio debe rechazar la solicitud no sólo cuando el derecho objetivo la desconoce, en la forma en que se ha presentado, sino también cuando no ha podido convergerse de la verdad de las afirmaciones de la parte que ha invocado aquellas características como existentes.

b) aplicar un concepto jurídico a un caso concreto significa, ora el examen de si puede admitirse que se ha realizado el efecto del precepto en este caso, ora el resultado del examen: la declaración de que deba afirmarse la realización del efecto o que deba negársela.

La aplicación del derecho en forma de un precepto jurídico, es el resultado de un silogismo en el que el precepto jurídico abstracto, constituye la premisa mayor, y el conjunto de hechos concretos, comprobados como verídicos representa la premisa menor. Pero este silogismo tiene a su vez, tantos silogismos auxiliares, como las características mismas del precepto jurídico a aplicarse. Cada característica del precepto jurídico, se convierte en un conjunto abstracto de hechos de una norma jurídica, debiendo el juez, desatarlos y aplicarlos al caso real, al caso concreto.

c) El problema de la carga de la prueba, como-

se vé reside, en el silogismo menor, para determinar la existencia de la relación jurídica litigiosa o para la aplicación del concepto jurídico, en cuestión, porque el juez está obligado a evitar de decisiones inhibitorias, tal como se ha dicho anteriormente.

F.- Ubicación en el sistema jurídico de las normas relativas a la carga de la prueba.-

Se discute acerca de la ubicación jurídica, a la cual pertenece la carga de la prueba. Unos la incluyen en el derecho sustantivo o material; otros en cambio, las sitúan en el campo del derecho procesal, sin desconocer que la carga de la prueba tiene un cariz material o sustantivo, por cuanto el tema de la prueba sólo se infiere de las características abstractas de las normas de carácter sustancial o material. En decir, lo colocan en parte al derecho sustantivo, y en parte al derecho procesal.

Los que la colocan dentro del derecho privado fundan su concepto en que los hechos que se debe probar tienen su origen en los llamados hechos creativos de la norma sustancial, cuando ellas se refieren a las pretensiones del actor o cuando se tratan de los llamados hechos impositivos o destructivos, si se refieren al demandado.

Para aquellos que dicen que debe pertenecer al derecho procesal, toman como punto de partida esta reflexión: el principio de la carga de la prueba es un principio procesal, porque sólo dentro del proceso, existe la prueba y la actividad probatoria de las partes en consecuencia su ubicación debe estar en el derecho público.

Adolfo Merkel y Zittelman, colocan a la carga de la prueba en el derecho privado material.

Como puede observarse en el nuevo Código de Procedimiento Civil, se incorporó lo atinente a esta materia al de recho público, apartándose en forma absoluta del anterior sistema, por cuanto aquella pertenecía al derecho material o privado.

G.- La carga de la prueba en el derecho procesal penal. -

La mayoría de los doctrinantes conceden al Estado, una intervención absoluta en la aportación de la prueba en el derecho procesal. Fundan esta tesis en el hecho de que al que brantarse una norma sustantiva penal, es el Estado quien debe asumir esta carga -a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil- esto por cuanto la acción penal tiene un carácter eminentemente público. Su función nace desde el momento que se comete el delito, -naciendo correlativamente el derecho y el deber de aplicar la ley penal.

La función del proceso penal -dice Meza Velásquez-, es aportar al juzgador medios probatorios que puedan llevar le la certeza acerca de la responsabilidad del sindicado, por lo cual, tienen como en todo proceso, especial transcendencia, pues, -constituye la energía que impulsa la mecánica procesal. La prueba es bien sabido, pretende abarcar todas las cuestiones atinentes a la evidencia jurídica, mediante la formación de la conciencia del juez; de aquí la importancia de las normas positivas que determinen de dónde parte y a dónde llega, por quién y cómo debe postularse la forma adecuada de su producción y la mejor manera de apreciarla (Pag. 35 Derecho Procesal Penal).

La intervención del Estado de manera oficiosa, en este aspecto se debe sobre todo al interés que tiene la sociedad para reprimir los hechos ilícitos ya como consecuencia de su estado de defensa, según la escuela positiva o en el interés de tutelar el derecho u ordenamiento jurídico, de acuerdo a la escuela clásica. Según ésta, quien viola una ley penal, debe ser sanciona

do, castigo que no es otra cosa que un mal impuesto al delincuente es una sanción, contrario sensu de lo que sostiene la escuela primeramente nombrada, para la cual la finalidad de la sanción estriba en que debe defenderse a la sociedad de la delincuencia, previniendo los delitos, y buscar la manera de readaptar al delincuente; esta es la tesis que predomina en la actualidad ya que se evita con esta medida la repetición de delitos. Por este motivo la sanción no debe revestir el carácter de una venganza o de un castigo - como sostiene Carrara - sino de una simple prevención, de readaptación del delincuente, pues no debe castigársele porque delinquirió, sino para que no siga delinquiendo. En la justicia privada tenía la sanción el carácter de una venganza hoy el derecho es humanitario y al delincuente se lo castiga para que no siga delinquiendo, para readaptarlo.

Pese a esto, sin embargo, no es del todo exacto dejar en manos del Estado la iniciativa absoluta de la carga de la prueba, puesto que así se conceden al juez facultades desorbitantes que hace que la mayoría de delitos queden en la más horrenda impunidad. Lo ideal sería entonces, que dado el progreso de la civilización se equipare este problema a lo que rige en el actual proceso civil sobre esta materia; dando oportunidad a las partes que intervienen en el proceso penal para que ellas sean, quienes conduzcan las pruebas que estimen convenientes; facultándolas así mismo para que puedan controvertirlas.

En el capítulo final se expondrán las razones a tinentes a este modo de ver dicho problema.

de la la institución, CAPITULO CUARTO

Razones jurídicas personales para negarle o disminuir al Estado, la carga de la prueba en el proceso penal.

Intervención en el proceso, parte de la vida en el proceso civil y penal.

Antes de proceder a desarrollar el tema correspondiente a este capítulo, creo necesario aunque sea someramente, hablar de las personas que intervienen en el proceso penal.

Como es conocido, las personas que intervienen en un proceso, según la función y la importancia que cumplen en él, pueden clasificarse en: sujetos procesales, partes, auxiliares y terceros.

Sujetos procesales, no pueden ser otros que aquellos que cumplen una función fundamental en el proceso por ellos se crea y desarrolla válidamente la relación jurídico procesal. Estos pueden ser principales y secundarios; entre los primeros podemos colocar al juez, al Agente del Ministerio Público y al procesado. El juez es quien representa al Estado, instruyendo y dirigiendo el proceso. El ministerio público está compuesto de un conjunto de funcionarios que colaboran con el juez, para el éxito de la acción penal. El procesado, es el sujeto pasivo de la acción penal.

Sujetos procesales secundarios, son aquellos que intervienen en el proceso penal en forma secundaria, y lo hacen por un interés privado, derivado del delito. Claría Olascoaga dice que son: "...los que se injertan en el proceso penal en mira a la resolución de las consecuencias jurídicas civiles de la imputación....". O sea, aquel que ejercita la acción civil en procura de la indemnización de los perjuicios que con la infracción penal

se le ha ocasionado, ya sean de índole material o moral.

b.- Partes.- Según la legislación actual no podemos hablar en el proceso penal de partes si no de personas que intervienen en el proceso, pero en cambio si es de recibo en el proceso civil, entendiéndose por ésta -dice Hernando Morales M.- "el que demanda o en cuyo nombre se demanda de los órganos jurisdiccionales una actuación de la ley y aquel contra quien se demanda, obrando en defensa de intereses privados y ordinariamente en oposición antagónica (Pag. 165 Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I.).

Para Chiovenda se llama parte "a quien demanda en nombre propio una actuación de la voluntad de la ley y aquel frente al cual se demanda" o sea, siempre que se pide a un juez determinada actuación no se puede hablar de parte porque para ello se requiere que la petición se haga en nombre propio. Entonces cuando el representante legal formula una petición en nombre de su representado, no tiene la calidad de parte, no actúa como parte, sino que es representante de dicha parte. De igual manera, ocurre con los apoderados, que son los representantes convencionales de las partes, o de los legales u oficiosos.

De acuerdo con lo anterior, para que se pueda hablar de parte es necesario, según Chiovenda, que el que pide, que quien formula alguna invitación al juez, lo haga en nombre propio, ora esté pidiendo como lo hace el actor, ora esté contradiciendo, como lo hace el demandado.

En estas condiciones, no puede hablarse de parte en el proceso penal, sino de personas que intervienen en el proceso penal, por cuanto no denota un interés particular, dentro del mismo. Para que pueda hablarse de parte en este proceso, sería necesario, para decir y para impedir la actuación de este sujeto

cesario, dar mayores facultades a las personas que intervienen en él, en igualdad de condiciones y con las mismas iniciativas y prerrogativas que tienen las partes en el proceso civil.

Para definirlos -dice Eduardo Meza Velásquez- será necesario o indispensable, tener en cuenta la vinculación con el sujeto activo o pasivo a las relaciones jurídicas del derecho material que se debaten en el proceso; las facultades legales para deducir una de esas relaciones en juicio, para excitar la jurisdicción, para activar el proceso y para oponerse o contradecir las pretensiones del actor." (Pag. 165 Derecho Procesal Penal T. 1.) -

Siendo así -dice Florian, citado por Luis Eduardo Meza Velásquez- "parte es aquel que deduce en el proceso penal o contra el que es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto este investigo de las facultades procesales necesarias para hacerla valer, o respectivamente para oponerse o contradecir". Así -continúa Meza Velásquez- serían partes en el proceso penal el Ministerio Público, quien tiene facultades para promover la acción penal y desplegar actividad en orden a hacer efectiva la relación sustancial de derecho penal; el procesado, contra quien se dirige la acción penal y contra quien se puede dirigir también la acción civil indemnizatoria, y el actor civil, o sea la persona perjudicada por el delito constituida en parte civil, que es cuando adquiere atribuciones legales para intervenir en el proceso."

"El Ministerio Público es una parte especial - qui generis" parte pública - también, como la nombran algunos exponentes, por cuanto no actúa en interés particular, propio o privado, que es lo que caracteriza la parte en el juicio civil, sino como órgano estatal, en interés de la comunidad, procurando el cumplimiento de la Constitución y de la ley en el desarrollo del proceso, y de otro lado, no siempre una posición antagónica a la del procesado, pues debe y puede impetrar la absolución de este cuando

está convencido de su inocencia". (Pag. 166 ob. ct.).

Pero si esto se dice del Ministerio Público, - no puede sostenerse lo mismo del procesado, quien es una verdadera parte, con un doble carácter en ciertas ocasiones, ya como sujeto de la acción penal, ya como sujeto de ésta y de la acción civil, - con facultades procesales para defenderse de las acusaciones u oponerse a que prospere la última.

La víctima del delito puede llegar a ser parte, como sujeto de la relación jurídico procesal patrimonial, cuando se ha constituido en parte civil, cosa que puede ocurrir también con el denunciante o querellante.

El juez, como se dijo es un sujeto procesal, - pero en manera alguna puede ser parte. Es el órgano estatal encargado del ejercicio jurisdiccional; su función, es decisoria y su deber es velar por los intereses del Estado y del acusado.

Los representantes legales, convencionales u officiosos, no son partes ni tampoco sujetos procesales, porque no están ligados al proceso en interés propio, y sus funciones son de simple representación.

c.- Auxiliares.- Son aquellas personas que en una u otra forma colaboran con los sujetos procesales en las diferentes actividades. Así tenemos, los alcaldes, los inspectores, - policía judicial, apoderados, defensores y voceros.

d.- Terceros.- Son las personas que son llamadas accidentalmente al proceso en forma incidental y con una función específica, como ocurre con los testigos o peritos.

De donde se infiere, que procesalmente hablan-

do, no se puede hablar de "partes" en el proceso penal, sino de "personas que intervienen en el proceso" y si se quiere hablar de ellas en éste, debería equiparse en todos sus aspectos a las partes del proceso civil, como ya se anotó.

B.- Facultades e iniciativas de las personas que intervienen en el proceso penal.-

Comenzaremos en primer lugar a hablar del Ministerio Público, al cual se lo ha considerado como una Institución de origen administrativo, constituida por un conjunto de funcionarios públicos, que bajo la dirección del gobierno y al lado de los jueces, tienen la mas alta función, como es la defensa de los intereses de la sociedad, cuando ha sido herida en sus buenas costumbres, tradiciones o normal desarrollo, mediante lo que se denomina delitos.

Según el art. 142 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público, está representado por un Procurador General de la Nación, bajo la suprema vigilancia del Gobierno, por los fiscales de los Tribunales Superiores en cada Distrito, por los fiscales de los Juzgados Superiores, por los fiscales de los Juzgados de Circuito y por los Personeros Municipales. Como también por la Cámara de Representantes, en determinados casos.

Este principio fundamental, lo desarrolla o reglamenta, el art. 101 del C. de Procedimiento Penal, que dice:

"Quienes lo ejercen en materia penal.-"

"El Ministerio Público en la rama penal se ejerce por la Procuraduría General de la Nación

por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los Procuradores de Distrito, por los agentes especiales que designe el Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Juzgados Superiores y de los Juzgados de Circuito, por los delegados de los fiscales de Circuito y los Personeros Municipales.

La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales....".

La Procuraduría General de la Nación, por medio de su Procurador Delegado en lo Penal, representa en los asuntos penales al Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia; los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito, ante estas Corporaciones; los fiscales de los Juzgados Superiores y de Circuito, ante éstos y los personeros municipales, ante los juzgados municipales y ante las autoridades de policía.

La Cámara de Representantes ejerce funciones fiscales ante el Senado, cuando haya justas causas para acusar al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los consejeros de Estado, aún cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. (Art. 102 numeral 4o. de la C.N.).

En cuanto a las atribuciones, no son otras que las señaladas en el art. 143 de la C. Nacional, y 102 del C. de P. P. y que consisten en:

a)- promover ante los funcionarios de instrucción el ejercicio de la acción penal, cuando se tenga conocimiento

to de infracciones de la ley penal, perseguibles de oficio. Ello tiene ocurrencia, mediante un aviso ya sea verbal o escrito, sin juramento, por tratarse de un funcionario público, en cumplimiento de sus deberes.

b)- intervenir activamente en la instrucción y desarrollo de los procesos penales, solicitando la práctica de pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad por todos los aspectos que interesan al proceso, pidiendo la libertad o detención del sindicado.

c)- Cooperar con los interesados en la acción civil en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización de los perjuicios a que diere lugar la infracción penal a la víctima del delito.

d)- interponer los recursos que sean necesarios cuando se atente contra la Constitución Nacional o las leyes o contraríen los hechos demostrados en el proceso penal.

e)- emitir conceptos sobre las solicitudes de excarcelación o libertad condicional o sobre la cesación del proceso, en virtud del art. 163 del C. de P. P.

f)- fiscalizar la marcha de las oficinas judiciales.

De manera que además de defender al inocente y procurar el castigo del infractor, tiene funciones fiscalizadoras, que a la postre no viene a ser otra cosa que un interés similar al que tiene el Estado, através de sus funcionarios de instrucción. Y que, en cierta forma, se cumplen también en el proceso civil, aunque más restringidamente dadas las peculiares condiciones del mismo. Entonces en el fondo y para el caso que esta-

nos tratando (esto es sobre pruebas) coincide en todos sus aspectos con lo que al Estado atañe.

Sus iniciativas, facultades y atribuciones no son iguales a las que corresponden al Estado, vienen a robustecer la forma casi absoluta de la carga de la prueba en el proceso penal, más concretamente en la etapa sumarial que reviste la forma más inquisitoria.

Siguiendo los lineamientos que nos hemos trazado, nos corresponde ahora, hablar del procesado en cuanto a sus facultades y atribuciones dentro del proceso penal. Para ello, nos valemos de la noción que sobre él, nos da el art. 112 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "SUJETO PASIVO DE LA ACCIÓN PENAL."

"El sujeto pasivo de la acción penal tiene la calidad de procesado". Pero sólo cuando se lo considera, autor, cómplice, auxiliador o encubridor del delito. Una persona, adquiere la situación de procesado, cuando el funcionario instructor o el juez, lo somete como tal al proceso ordenando su indagatoria. Para ello se exige un mínimo de prueba inculpatoria, pues no se puede constituir arbitraria o caprichosamente a nadie en sujeto pasivo de una acción penal, es indispensable al menos una fundada sospecha de que quien es llamado a prestar declaración indagatoria fue autor o cooperador del reato que se investiga. El art. 381 del C. de P. P., dice:

" A QUIEN SE RECIBE INDAGATORIA.-

Se recibirá declaración indagatoria al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignados en el proceso, o por haber sido sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito, considere el funcionario autor de la infracción penal o partícipe de ella".

El procesado entonces, como ya se dijo, es sujeto principal de la relación procesal y verdadera parte. En consecuencia tiene facultades procesales que puede ejercitar directa o indirectamente por sus apoderados o defensores, como las de pedir pruebas, solicitar la excarcelación, hacer uso de la palabra en las audiencias.

Para que el procesado pueda ser oído debe estar presente en el proceso, a disposición o bajo la jurisdicción del juez que conoce del asunto, sea que esté detenido preventivamente o gozando del beneficio de excarcelación. Quiere decir ello que las solicitudes que haga el procesado contumaz, así hayan sido autenticadas ante otras autoridades, no pueden ser atendidas, como lo tiene resuelto la jurisprudencia de la Argentina.

Como se ve, el procesado tiene muy pocas facultades en lo atinente a la carga de la prueba. Estas se toman a iniciativa del juez, sin dar lugar a que ellas se controvertan en forma amplia, tal como sucede en el proceso civil y si bien es cierto, que el art. 355 del C. de P.P., advierte al funcionario de instrucción investigar no sólo lo desfavorable, sino también lo que le favorece al reo, no se puede acoger en forma absoluta este principio, puesto que en la práctica muy poca operancia tiene. Se observa a diario que el juez, es quien tiene toda la iniciativa probatoria y se limita tranquilamente a investigar sólo aquello que le perjudica, violando flagrantemente la mentada disposición. Deberíase entonces para salvaguardar los intereses y derechos del procesado sobre el particular y para que el texto de esta disposición sea una realidad y una verdadera garantía para aquí, hacerse asesorar de un abogado pagado por el Estado, una vez que se comprobe la insolvencia del sindicado. Porque, ¿qué sucede en la práctica? un sindicado que no esté asesorado de un apoderado, ¿qué puede entender de pruebas de descargo, qué puede comprender de que se ha comprobado el cuerpo del delito, o que tal prueba es plena o completa o que la conjunción, gravedad, pluralidad de indicios, el

monía o conexidad de los mismos constituyen un indicio grave. Por que lo lógico es, que quien entiende y sabe el significado de estas pruebas sabe también como infirmarlas, como atacarlas. He allí, que un mayor radio de acción dentro del proceso penal y sobre todo en lo atinente a la carga de la prueba, evitaría que se condene a muchos inocentes o que se libere a muchos culpables. Si lo anotado se ha hecho con relación al sindicado, igualmente puede tenerse como valedero para la víctima del delito o para terceros que directa o indirectamente dependan económicamente de ésta, mediante la constitución de la acción civil dentro del proceso penal, con apoderados pagados por el Estado, y obtener así la indemnización de los perjuicios materiales o morales, ocasionados con la infracción penal, dejando de ser así una acción privada y potestativa.

En tercer lugar, conviene esbozar algunas ideas en lo atinente a los apoderados y defensores, por cuanto ellos asesoran o auxilian al procesado con sus conocimientos jurídicos, haciendo valer ante el Juez, sus derechos, protegiéndolo contra las resoluciones injustas e impidiendo las declaraciones injustas para aquél.

Los apoderados y defensores no son sujetos procesales, ni tampoco partes, por cuanto no persiguen un interés propio, ni tienen potestades dispositivas personales sobre el contenido del proceso. Son simplemente asistentes o auxiliares de una parte privada. Sus funciones entre otras son bien conocidas, deben solicitar la práctica de pruebas tendientes a contradecir la imputación o a establecer circunstancias favorables al sindicado.

b) asistir a la práctica de estas pruebas, para controlar su legalidad y exactitud. c) interponer los recursos contra las providencias que considere indispensable, a fin de salvaguardar los intereses de su patrocinado. d) solicitar la excarcelación de su cliente cuando sea procedente. e) hacer uso de la palabra, tanto en las ^{audiencias} que se verifican con anuencia de jurado o sin él, f) elevar las aplicaciones pertinentes a la tutela de los derechos e intereses del sindicado.

Se desprende de lo anterior que la gestión de los apoderados y defensores, se endilga a la comprobación de inocencia del sindicado o a la obtención de una penalidad atenuada, y en último término a que se le aplique una sanción que no exceda los límites que para cada caso establece el derecho material o sustancial, obrando siempre con medios éticos y jurídicos.

Todo defensor - dice Manzini, citado por Mesa-Velásquez - debe tener esta máxima absoluta, fundamental e importante: "el defensor penal no es un patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto pueden estar lesionados en la persona del imputado". El defensor que no profesa esta santa máxima, es un despreciable y peligroso litigante. Es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado, tampoco es el de propugnar a toda costa la impunidad de los culpables, sino el de presentar al juez todo lo que legítimamente puede mejorar la condición procesal del imputado y que puede honestamente contribuir a disminuir su imputabilidad o su responsabilidad." (Pág. 188 ob. cit.)

Naturalmente la máxima de Manzini y pese al buen propósito que la inspira, en la práctica tiene muy poca operancia, por cuanto con variadas y honrosísimas excepciones se cumple.

Se infiere de lo arriba apuntado que tampoco a los defensores o apoderados, se les permite controvertir la prueba en la forma como se tiene establecido para el proceso civil. Sus funciones son iguales a las del procesado.

No hablamos de las otras personas, esto es, de las auxiliares y terceros por considerar inocuo para el caso.

Hecho el anterior análisis, nos corresponde ahora fijar nuestros puntos de vista sobre la carga de la prueba, que en la actualidad y dentro del proceso penal, la conserva el Eg

tado, a través de sus funcionarios de instrucción.

Es evidente que esta facultad no puede suprimirse en forma absoluta, porque se llegaría al otro extremo. No se podría dejar en manos del denunciante o querellante o víctima del delito y acusado, la carga de la prueba, porque así, se implantaría el sistema dispositivo que rigió hasta el 10. de julio de 1.971, en el proceso civil cuyas consecuencias hasta esa fecha son de todos conocidas. Tampoco es conveniente el sistema inquisitivo en materia de pruebas porque se peca por exceso de poder. Si en el primer sistema se disminuye o hay ausencia de poder, en el segundo se configura un exceso de poder; uno y otro son perjudiciales. De allí que hoy en día existe la tendencia de dar a los procesos un cariz inquisitorio, sin menguar ciertas facultades que deben asistir a los sujetos procesales principales y secundarios, como al acusado, al denunciante o querellante, o a la víctima del delito, sin necesidad que estos dos últimos se constituyan en parte civil para que puedan hacer valer sus derechos.

Con el sistema inquisitorio absolutista estatal para la prueba de cargo como de descargo, desaparece la carga como institución procesal, entonces --como se dijo en el capítulo 3o.-- si la carga es una obligación para el Estado, tampoco la parte ofendida y el acusado están exentos de análoga obligación. Para la segunda para que pueda obtener la reparación del daño que se ha inferido y la oportunidad de concretar los cargos de acusación, colaborando con el Estado, y Ministerio Público, en el esclarecimiento de la verdad real, material o histórica y para que se imponga la consiguiente sanción evitando así la repetición de los delitos. Para la tercera, por la necesidad que tiene de disculparse, de defenderse de esos cargos o acusaciones.

Si existe la obligación de denunciar las infracciones penales de que haya sido víctima, debe también asistirle juntamente con el Estado la obligación de probarlas y a contrario sensu, al acusado la desvirtuación de esos cargos o acusacio-

nes, sin que con ello, se quiera decir, que se ha cumplido ya la má
xima de Framarino "de que más son los hombres de mal en el mundo, -
que los hombres de bien", pueda ser que con el tiempo tenga plena -
vigencia, por ahora debemos descartarla, porque "más son los hom- -
bres de bien en el mundo, que los hombres de mal". Hasta ahora pue
de ser evidente este principio, creo yo que llegará un momento dado
en que las cosas cambien, porque tal vez sean más los que delincan -
que los que no lo hagan.

Sin embargo de acuerdo al sistema imperante se
lesionan derechos elementales de una y otra parte. A la parte ofen-
dida, con lo establecido en el inciso final del art. 328 del C. de
P.P., cuya restricción salta a la vista, su intervención termina al
dar los informes que estime conveniente, readquiriendo ciertos de-
rechos al constituirse en parte civil con el lleno de determinados
requisitos, que a muchos les está vedado, dadas las IRRISORIAS CON-
DICIONES económicas que las aqueja. A la parte sindicada o acusado,
por esa prolongada incertidumbre en que se le resuelva su situación
jurídica. Estas y otras cuestiones que no es del caso analizar ha
hecho que se vaya perdiendo la confianza en la administración de -
justicia, quizás los abusos cometidos sean su mayor causa. Porque
debemos admitir que el juez es un ser humano, sujeto a presiones po
líticas, influencias de los caciques de turno, las insinuaciones de
los superiores jerárquicos y otros factores propios de voluntades -
volocidas hacen que la prueba pierda el carácter de prueba válida.
De allí que muchos expositores tanto nacionales como extranjeros, -
vez en la intervención de éstas --refiriéndonos al ofendido y al a-
cusado-- una forma para controlar estos desmanes, porque la prueba
así allegada se hace más ostensible y digna de mayor confianza. Re-
cogiendo estas ideas algunas legislaciones han consagrado este sis-
tema, entre ellas citamos a la Unión Soviética, por cuanto en las -
demás es muy conocida la ausencia del "onus probandi" en materia-
penal. Así WISHINKI, resaca en los siguientes términos, la legisla-
ción de la Unión Soviética:

"Estas normas nos dan, por tanto respuesta a la pregunta de sobre quien recae en el proceso criminal soviético el deber de probar la veracidad de la acusación. Pero eso no es todo. Si el deber de probar la veracidad de la acusación recae sobre el acusador, tampoco el acusado o procesado están libres de análoga obligación con respecto a las tesis que plantean en su defensa. Rige el principio general "actori incumbit onus probandi", o "actori incumbit probatio"; la prueba incumbe al autor de la tesis que requiera ser probada". (Pág. 131.- Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético).

En Colombia tampoco han faltado partidarios de este sistema, entre los cuales, puede contarse a Gustavo Humberto Rodríguez R., tal como se puede apreciar en su obra "Pruebas Criminales en la Legislación Colombiana" Parte General, pág. 121, que podemos resumir en las siguientes líneas:

"Consideramos un grave error que pesa contra los altos intereses de la justicia la inactividad probatoria de los órganos estatales, cuando en el caso sub-judice es de aquellos sobre los cuales existe una presunción legalmente establecida en favor del procesado.

"Tampoco puede decirse que en el sumario la iniciativa probatoria corresponde al Estado, y en el juicio la carga probatoria al procesado. Efectivamente, en el juicio, por ser la etapa del debate, y haber sido elaborado el pliego de cargos en el auto de proceder, que es inmodificable, la actividad del órgano jurisdiccional disminuye. Pero eso no significa que haya perdido la iniciativa probatoria, como lo indica el art. 446 del C. de Procedimiento Penal, (hoy art. 500 ibidem), ni que haya desaparecido la función de administrar justicia, para convertirse apenas en órgano de persecución. También aquí acontece que ausenta el interés del procesado.".- "otra cosa es que el procesado tenga un interés, y él lo mueva a colaborar en la investigación de la verdad".

En efecto, en la práctica, Esperó, dado el sistema inquisitorio que a través de los tiempos ha regido en Colombia, con sus ventajas ya conocidas, es inexacto aceptar en su integridad este planteamiento. Lo aconsejable sería y para ser consecuentes con el propósito que nos hemos propuesto y que se vislumbra a través de estas páginas, dar mayor iniciativa a estas personas que intervienen en el proceso penal, en forma parecida a la del civil, con las peculiares circunstancias y modalidades de aquél, conservando los principios canónicos, propios del sistema democrático que nos rige.

Huelga concluir de lo anterior a manera de sugerencia lo siguiente:

1o.- La oficiosidad de la acción civil dentro del proceso penal, haciéndose representar por apoderados pagados por Estado, previa demostración sumaria de insolvencia, cuyas facultades deberían ser en forma igual a la hoy establecida.

2o.- La institución de apoderados oficiosos para que asistan al acusado desde la etapa sumarial, cuyos honorarios deben pagarse de acuerdo al servicio prestado facultándose al juez para regularlos.

3o.- Mayor iniciativa para aportar pruebas por parte ofendido, sin la restricción consagrada en el art. 328 del C. P.P. acápito final, para colaborar con el Estado y el Ministerio Público en la búsqueda de la verdad material, histórica o real y su consecuente facultad al acusado para controvertirlas en forma abierta y franca.

4o.- La institución de audiencias en la etapa sumarial para la presentación y controversia de pruebas a instancia del acusador o acusado o de los apoderados de una u otra parte.

5o.- Dar al proceso penal en cuanto a la eva -

luación de la prueba el mismo sistema que rige en la actualidad en el proceso civil; ya que no se justifica esa diferencia, porque de continuar así el equilibrio procesal sufre una gran mengua con relación a las normas adjetivas civiles. La adopción del sistema de la persuasión racional es importante en el proceso penal, porque obliga al jugador a exponer el mérito que le asigna a cada prueba, salvo claro está cuando se trate de actos jurídicos solemnes.

6o.- Dar mayor oralidad e inmediación en la práctica de la prueba testimonial y en el careo.

7o.- Integrar todas las normas sobre pruebas en un solo título.

BIBLIOGRAFIA

1.- Albert Gurnea, Julio. Historia del movimiento obrero en España.
Historia social de la revolución. 1900. Madrid, 1900.
no. 2.066.

2.- Albert Gurnea, Julio. Historia social de España.
Departamento, 1.901.

3.- Louis Bonet-Labrousse, Gaston. Historia de España.
Historia general de la península. Madrid, 1902. 400
p.

4.- Historia del movimiento obrero en España.
Historia social de España. 1.902.

B I B L I O G R A F I A

5.- Historia del movimiento obrero en España.
1.902.

6.- Historia del movimiento obrero en España.
1.902.

7.- Historia del movimiento obrero en España.
1.902.

8.- Historia del movimiento obrero en España.
1.902.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Altmann Smythe, Julio. Régimen de Prueba (Probatio) y Suspensión condicional de la sentencia. Quito, Casa de la Cultura, 1.964.
- 2.- Alzate Noreña, Luis. Pruebas Judiciales. Manizales, Imprenta Departamental, 1.941.
- 3.- Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. - teoría general de la prueba. Bogotá, Temis, 1.967. Vol. 5.
- 4.- Framarino del Malatesta, Nicola. Lógica de las Pruebas Judiciales en materia criminal. Buenos Aires, La Valle, 1.945.
- 5.- Gorphe, Francisco. La Critica del Testimonio. Madrid, Reux, 1.960.
- 6.- Micheli, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires, E.J.E.A., 1.961.
- 7.- Mittermaier, C.J.A. Tratado de la Prueba en Materia Criminal. Madrid, Reux, 1.959.
- 8.- Morales M., Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Bogotá, Lerner, 1.965. 2 vls.
- 9.- Morales M., Hernando. Régimen probatorio en los distintos procesos según los nuevos Códigos. Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 1.971.

- 10.- Rendon Gaviria, Gustavo. Curso de Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá, Temis, 1.962.
- 11.- Rocha Alvira, Antonio. De la Prueba en Derecho. Bogotá, Temis, 1.967.
- 12.- Rosemberg, Leo. La Carga de la Prueba. Buenos Aires, E.J. E.A., 1.956.
- 13.- Rodríguez, Gustavo Humberto. Pruebas Criminales en la Legislación Colombiana. Bogotá, Universidad Libre, 1.962.
- 14.- Velásquez, Luis Eduardo. Derecho Procesal Penal Colombiano. Medellín, Universidad de Antioquia, 1.963.

I N D I C E

INDICE

1.- Relaciones y Analogías entre la prueba en materia de
1.- Introducción..... 1

CAPITULO PRIMERO

SINOPSIS HISTORICA SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA
A.- En el derecho romano clásico, postclásico y justineano..... 1
B.- El sistema probatorio germánico..... 4
C.- Consideraciones sobre la carga de la prueba en el Derecho Francés, Alemán e Italiano..... 8
D.- La carga o peso de la prueba en la Legislación Colombiana..... 12

CAPITULO SEGUNDO

LA INICIATIVA DE LA PRUEBA CONSTITUYE EL FUNDAMENTO PARA DETERMINAR
LOS PROCESOS, TANTO INQUISITIVO COMO DISPOSITIVO
A.- Breve comentario sobre el principio dispositivo e inquisitivo..... 16
B.- La Carga de la Prueba y los procesos de carácter dispositivo e inquisitivo..... 17
C.- Del Procedimiento por vía de acusación..... 20
D.- Formas mixtas del procedimiento..... 22

E.- Relaciones y analogías entre la prueba en materia <u>ci</u> vil y penal.....	27
F.- Aplicaciones del principio dispositivo en el proceso civil.....	28

CAPITULO TERCERO

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL

A.- Concepto y significado de la Carga de la Prueba....	31
B.- Importancia y fundamento de la prueba.....	34
C.- Teoría sobre la carga procesal.....	35
D.- Criterios sobre la distribución de la carga de la prueba.....	37
E.- Aplicación del Derecho y Carga de la Prueba.....	42
F.- Ubicación en el sistema jurídico de las normas rela tivas a la carga de la prueba.....	44
G.- La carga de la prueba en el derecho procesal penal.	45

CAPITULO CUARTO

RAZONES JURIDICAS PERSONALES PARA NEGARLE O DISMINUIR AL ESTADO, LA
CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

A.- Notión de parte en el Proceso Civil y Penal.....	47
--	----

B.- Facultades e iniciativas de las personas que inter - vienen en el proceso penal.....	51
C.º Razones para disminuir al Estado la intervención ab- soluta en materia de pruebas, en el proceso penal...	57
BIBLIOGRAFIA	63

A.N.

10568

T

345.3

Paredes Belalcazar, Carlo

P227

Ej. La iniciativa de la prueba VENGE
~~ba en el derecho procesal.~~

NOMBRE Leonardo G. CABRERA.

No. del Carnet 8751115

NOMBRE Maria Alejandra Palomino B.

No. del Carnet 25051235.

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

AN

T

D345.3

P227

Ej.1.

10568