

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

//
Simón Payán Moreno

*Apartes principales de uno de los capítulos de la obra en preparación "LA CARGA DE LA PRUEBA", destinada en buena parte al estudio, sistematización y aplicación de esta institución en el proceso civil.

**Doctor en Derecho de la Universidad Javeriana. Exprofesor de "Derecho procesal Civil" en las Facultades de Derecho de las Universidades de San Buenaventura y Santiago de Cali. Profesor titular de la misma materia en la Universidad Libre de Cali.

"La prueba es el puente que enlaza, segura y armónicamente, la pura doctrina jurídica con el ejercicio profesional. Quien limita su investigación personal al estudio teórico de la norma, a la escueta indagación sobre su significado, en cuanto pretende ser artífice de la actuación del derecho, verá ante sí un vacío ancho y profundo, que no podrá colmar fácilmente por simple intuición. Para pasar de uno a otro lado requerirá la estructura formada con los principios de la disciplina probatoria, que no solo habrá de permitirle recorrer la senda de enlace con pie firme y tranquilo, sino que le ahorrará tiempo y esfuerzos innecesarios. Quien sepa probar y pruebe bien, no requerirá de extensos y sutiles alegatos; se puede suponer inclusive que alegó deficientemente o que se abstuvo de alegar. Si el juzgador es honesto y competente, el derecho que pretende le será finalmente otorgado".

Luis Caro Escallón⁽¹⁾

(1) cfr. Luis Carlos Escallón, "Sugerencias en torno a la prueba jurídica", revista "Uni-versitas", N° 31, noviembre de 1966, pág. 70.

INTRODUCCION

No puede hoy dudarse que la función jurisdiccional se realiza por órganos especialmente previstos por el legislador empleando para ello como medio instrumental el proceso, institución jurídica destinada "a la satisfacción de pretensiones, al decir de GUASP, que han de verificar órganos específicos del Estado",⁽²⁾ ni tampoco en derecho moderno podría ponerse en tela de juicio que el objeto del derecho procesal es obtener, o al menos intentar, la actuación de las normas jurídicas en un caso concreto y determinado. Ante la violación o desconocimiento de un derecho, la norma material o precepto legal que lo tutela o subsume deja de actuar, por lo cual esta circunstancia determina que quien se considere o sienta lesionado en su derecho tenga la oportunidad de acudir legítimamente a los órganos estatales competentes con el fin de hacer operante la norma de derecho material que satisfaga la pretensión de restablecimiento del derecho mediante un "proceso" técnicamente organizado, en todos aquellos casos en que la renuencia de los sujetos del conflicto, para hacer actuar la norma haga necesaria o forzosa la intervención del Estado ante la imposibilidad o inconveniencia de solucionar voluntariamente el conflicto presentado.

El derecho procesal moderno al haberse estructurado y formado como rama o disciplina autónoma del derecho, con contenido y principios doctrinarios propios respecto de los cuales normalmente la voluntad de los asociados o sujetos del conflicto se torna totalmente intrascendente o ineficaz, en virtud de su carácter de orden público, por cuanto éstos no pueden derogarlos o modificarlos a su arbitrio, no merece ya el desdén, ni parece justificarse ese menosprecio o desapego de quienes aún siguen considerando sus preceptos como verdaderas normas "adjetivas", por oposición a las *normas sustantivas* que integran el derecho privado, cuando no desprovistas de verdadero contenido social, o en el peor de los casos, como verdaderos obstáculos o trabas para la adecuada realización del derecho. El derecho procesal moderno no tiene, pues, ni puede tener nada de "adjetivo", aunque eventualmente pueden serlo algunas de sus normas. "El sistema normativo que regula el proceso, anotan FENECH y CARRERAS, está lejos de ser artificioso y contener solamente reglas que hagan posible el ejercicio de los derechos subjetivos materiales; el estudio del proceso es un trabajo no "memorístico", sino esencialmente "inteligente", y emprenderlo bajo una

(2) cfr. Jaime Guasp. "Derecho Procesal Civil", 3ª Edición, tomo primero. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 101.

visión deformada de la realidad puede causar al que en él se inicia un perjuicio extraordinario, que no logre superarlo en el curso de los años.⁽³⁾

No sobra advertir en esta brevísima introducción que el derecho procesal civil además de pertenecer como ciencia al grupo de las que los clásicos llamaban prácticas, constituye al decir de CARRERAS, "un auténtico arte" de cuya realización depende en gran parte el mismo orden social; comprender y asimilar las reglas de tal "arte", vendrá a ser, en sentir del mismo autor, un cometido digno de un jurista, y contribuirá sin duda a su formación como tal.⁽⁴⁾

I.- CARGA DE LA AFIRMACION O ALEGACION EN DERECHO PROCESAL

El medio normal del que tradicionalmente dispone la parte (en sentido sustancial), cuyo derecho ha sido insatisfecho o desconocido por otra persona, para tornar operante o hacer actuante la norma de derecho material ante los órganos estatales no es otro que el de un escrito denominado "demanda", "el acto típico y ordinario de iniciación procesal, al decir de JAIME GUASP, o aquella declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se de vida a un proceso y que comience su tramitación".⁽⁵⁾ Esta pieza procesal es, al decir de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, "el acto básico del proceso, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque constituye su fundamento jurídico y la causa de la sentencia que en él se profiera", por lo cual "la ley procesal ha impuesto siempre al demandante la obligación de estructurarla con observancia de determinados requisitos. Entre éstos se enlista, según lo preceptuaba el artículo 205 de la derogada ley 105 de 1931, la indicación de "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones"; y, como lo impera el artículo 75 del estatuto procedimental hoy vigente, "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad", indicando además, "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones". Lo cual significa —agrega la Corte— que en el libelo demandador debe quedar claramente determinada la pretensión en sus dos elementos que la integran: su objeto y su razón. Es decir, la relación jurídico-material para la cual se impetra

(3) cfr. Miguel Fenech y Jorge Carreras, "Estudios de Derecho Procesal", Librería Bosch, Barcelona, 1962, pág. 53.

(4) Fenech y Carreras, op. cit., pág. 53.

(5) cfr. Jaime Guasp, op. cit., pág. 299.

tutela; y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que se subsumen en la voluntad declarada por la ley.⁽⁶⁾

El proceso como tal surge, pues, a la vida jurídica mediante un acto básico de carácter procesal: la demanda judicial. Esta es y ha sido considerada secularmente el acto constitutivo inicial de la relación jurídico-procesal. Pero, además, dentro de todo proceso civil supone la demanda, al menos inicialmente, dos partes, sin las cuales no podría hablarse de éste como institución: demandante y demandada. Es así como surge la posición procesal de actor y demandado. Mas importa notar y relieves sí desde ahora que la calidad de actor o demandante, y, a la inversa, la condición de demandado no depende necesariamente de determinada forma de demanda judicial, por cuanto si bien es cierto que existen controversias en las que el reo o demandado se ve constreñido a asumir una actitud o conducta eminentemente activa, no por ello puede aseverarse que pierde su carácter o investidura procesal de demandado.

En derecho procesal es, pues, actor o demandante quien mediante demanda judicial provoca de los órganos competentes del Estado la actuación de la voluntad de la ley para tutela del derecho o situación jurídica pretendida, la cual aspira hacer valer a través del proceso, como instrumento único y eficaz para obtener la actuación de la norma jurídica violada. Esa demanda judicial, como instrumento o pieza procesal que incoa el proceso, tradicionalmente se ha considerado como verdadero silogismo en el cual la "premisa mayor" estaría constituida por la norma jurídica, "la premisa menor" por el hecho jurídicamente relevante, o por las circunstancias o situaciones de hecho concretos que alegan o afirman las partes, y la "conclusión", por la sentencia judicial "cuya premisa mayor a su vez está constituida por la afirmación de la situación supuesta por la norma jurídica, cuya premisa menor lo está por la afirmación de la situación supuesta en el pleito, y cuya conclusión lo está por la afirmación o la negación de la aplicación de la norma jurídica a la situación supuesta en el pleito".⁽⁷⁾

Empero, varios son los requisitos que en el sistema procesal civil colombiano ha de satisfacer la redacción del libelo de demanda.⁽⁸⁾ Normalmente el demandante al redactar o elaborar su libelo de demanda afirma, enumera precisos y determinados hechos en los cua-

(6) cfr. Corte Suprema de Justicia, casación de 22 de junio de 1973, revista "Derecho Colombiano", tomo XVIII, Nº 139, pág. 12.

(7) cfr. Francisco Carnelutti, "La Prueba Civil", Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1955, pág. 4.

(8) Código de procedimiento civil, artículos 75, 76, 77, 82.

les pretende apoyar y fundamentar su pretensión o pretensiones que incoa ante los titulares del órgano judicial para que, una vez probada la existencia y certeza respecto de ellos pueda el juzgador proferir, al final de la contienda o etapa de juzgamiento, la decisión de fondo o mérito que en ley corresponda. A esta facultad de la cual goza el actor o demandante por ministerio de la ley, cuyo ejercicio le resulta conveniente además para obtener ventaja o interés en el proceso, al concretarse o realizarse en un haz de afirmaciones, se le conoce en la doctrina del derecho procesal civil con el nombre de "carga de la afirmación o alegación" de los hechos. Y es a esta primera carga procesal a la que habremos de referirnos previamente en la parte inicial de este capítulo.

Una de las características que tipifican en el derecho procesal civil la "carga de la alegación o afirmación" es, a no dudarlo, la de que los hechos principales (no los secundarios) o de marcada influencia en el caso subjuice o contienda judicial deben afirmarse o alegarse por cada una de las partes con el fin de que pueda el juzgador considerarlos, tenerlos en cuenta en el momento de dictar su decisión. Este principio elemental así esbozado es consecuencia natural aún del predominio del "principio de disposición", que entendido en todo su rigor absoluto imponía a las partes en litigio el impulso, avance y desarrollo de toda la estructura y formación del proceso. La aplicación de este principio en la forma absoluta como se le concibió y aún se entiende por muchos, trajo como consecuencia, al decir de HERNANDO MORALES M., "que la suerte del proceso civil quedara en poder de las partes, quienes se consideraban, y así lo repitieron la doctrina y la jurisprudencia, como dueñas del mismo, no sólo respecto a la cuestión sustancial en él debatida, sino también en lo tocante a su forma externa o actividad previa al juzgamiento."^(8a) Empero, es de advertir que este predominio en el proceso civil del principio dispositivo no significa, como anota CHIOVENDA, "dominio de la voluntad de las partes, sino marcada apreciación de su actividad; no es reconocimiento de un pretendido derecho suyo de disposición sobre el material del pleito, sino sanción de "responsabilidad" en la procuración del material de conocimiento al juez. Ahora bien: esta responsabilidad no puede regularse convencionalmente, puesto que la decisión del juez puede estar determinada por normas precisas de la ley o por los resultados de la actividad de las partes; pero no ser objeto de disposición de las par-

(8a) cfr. Hernando Morales M., "La Prueba oficiosa en el nuevo Código de procedimiento civil", revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Nº 196, junio de 1971, páginas 37, 38, 39, 40, 41 a 51.

tes, de manera que el juez esté obligado, en la formación de las bases de su sentencia, a respetar los acuerdos como tales de las partes".⁽⁹⁾

Los hechos pues que las partes normalmente alegan y deben alegar y probar para aspirar a obtener sentencia estimatoria favorable enmarcan, delimitan, de un lado, la actividad del Juez, pues a éste, salvo casos de excepción, le está vedado fallar y juzgar "*extra y ultra petita*". Diversos hechos y de muy variada índole puede afirmar o alegar tanto el actor o demandante en su libelo de demanda como el demandado en el escrito de respuesta o contestación a la demanda. Así, verbigratia, si el fundamento de la demanda son hechos constitutivos o estructurales de determinada pretensión no pueden éstos afirmarse de cualquiera manera, ni en forma vaga o demasiado general, como que los hechos alegados deben tener en el proceso determinada comprensión espacial, personal y temporal. Así, verbigratia, si Pedro afirmara escuetamente que Juan le causó perjuicio, tal aserto sería demasiado vago y general; y no sobra advertir aquí, que la "*afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al Juez*".⁽¹⁰⁾

El señalamiento exacto y preciso de los hechos deviene entonces en requisito "*sine qua non*" de toda demanda judicial constituyendo así apoyo o fundamento necesario de la pretensión o pretensiones del actor, como de la excepción o excepciones que aduzca el demandado. A esta enunciación o relación de hechos tradicionalmente se le ha denominado "*causa petendi*", formada no por cualquier hecho de donde se derive el derecho, sino por los que en el libelo de demanda haya precisado e indicado clara y concretamente tanto el actor como el demandado. Se comprende así fácilmente porqué en el proceso civil los hechos alegados o afirmados por cualquiera de las partes sean de tanta trascendencia, sustanciales para que el juez de instancia pueda hacer pronunciamiento de fondo favorable sobre el objeto litigioso, y se capta mejor la razón de ser la "*causa petendi*" en el proceso el título o fuente de donde se deriva y emana la pretensión, sea en proceso de relación contenciosa o voluntaria. Por esto mismo es por lo que, como ya lo notamos, los hechos de la demanda delimitan, enmarcan en el proceso civil el objeto litigioso en forma tal que el juzgador de instancia no puede sentenciar en favor del demandante o demandado con fundamento en hechos diferentes de los en ella expresamente aseverados, así se

(9) cfr. José Chiovenda, "*Principios de Derecho Procesal Civil*", Editorial Reus, Madrid, traducción española de la tercera edición italiana, tomo II, pág. 293.

(10) cfr. Carnelutti, op. cit., pág. 4.

encuentren éstos debidamente probados en el proceso. La "*causa petendi*" no es entonces cosa distinta de los hechos relacionados, aseverados en la demanda, los cuales deben comprobarse adecuadamente en el proceso con el fin de provocar la actuación favorable de las normas sustanciales que han dejado de actuar. Y es precisamente el poder jurisdiccional del Estado el que define la trascendencia y efectos de los hechos, así el actor o demandado no hayan acertado darles el calificativo que en realidad les corresponde. "*Esta calificación o evaluación del material de hecho en el proceso es misión reservada al juez, quien por autoridad de la ley dice, declara el derecho, mas no función de las partes, a quienes únicamente les incumbe probar los hechos generadores o extintivos de las relaciones jurídicas*".⁽¹¹⁾ Esta ha sido, por lo demás, doctrina reiterada y uniforme de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.⁽¹²⁾

Es de anotar además que la "*causa petendi*" impone adicionalmente nuevo límite al poder decisorio del juez, pues que éste no puede en el proceso civil resolver sobre puntos ajenos a la controversia, ni exceder lo pedido por las partes, ni tampoco dejar sin solución extremos que expresamente le hayan sido planteados por éstas: es decir, no puede el juzgador fallar "*extra petita*", "*ultra petita*" o "*mínima petita*". A este respecto la causal segunda de casación (C. P. C., artículo 368) como lo ha venido repitiendo insistentemente la jurisprudencia nacional de la Corte, está inspirada en la necesaria armonía entre las pretensiones de la demanda y excepciones propuestas por el demandado y la sentencia de segunda instancia.⁽¹³⁾

El Código Judicial derogado en el artículo 596, establecía a propósito de lo anterior el principio de que las pruebas debían ceñirse a la materia de la decisión y que eran legalmente inadmisibles las inconducentes, o para mejor decir, aquéllas que no se referían a los hechos en que apoyara la pretensión del actor o las excepciones del demandado; la preceptiva legal del viejo estatuto procesal sirvió de fuente a la doctrina y jurisprudencia nacional para reclamar del juez esmerado celo y vigilancia en el decreto u ordenación de los medios probatorios, por la estrechísima conexión que debía y debe existir entre éstos y los hechos constitutivos de la "*causa petendi*", "*pues, por una práctica judicial viciosa e inveterada, como lo ano-*

(11) Casación de 3 de mayo de 1961, Corte Suprema de Justicia, G. J. tomo 95, pág. 818.

(12) cfr. casación de 2 de diciembre de 1941, G. J. 1981, 808, casación de 22 de marzo de 1943, XLI bis 233, y casación de 4 de agosto de 1959, G. J. tomo 91, pág. 393.

(13) Casación de 13 de junio de 1973, Foro Colombiano, tomo IX, N° 50, pág. 182.

taba el procesalista colombiano ALVARO LEAL MORALES, se despacha el decreto de cuanta probanza soliciten las partes sin examen previo alguno sobre estos particulares".⁽¹⁴⁾

Nuestra propia jurisprudencia nacional invariable y reiteradamente ha sostenido no ser indiferente la manera como se formula o determina "la causa petendi", porque si, vgr., se afirma la celebración de determinado contrato y se indica con precisión su contenido o materia únicamente, "el Juez puede interpretarlo y sacar las consecuencias jurídicas que de él se deduzcan, pero si en la demanda se individualiza el contrato tanto en el hecho como en el derecho, las atribuciones del Juez quedan reducidas al respecto y su facultad se limita a aplicar las consecuencias de ese título específico de la demanda y de sus efectos con relación al demandado".⁽¹⁵⁾

Esta "carga de afirmar" se mantiene en nuestro actual ordenamiento procesal civil, pues aunque con la expedición del código de procedimiento civil hoy vigente el rígido principio dispositivo que por muchos años imperó en el sistema procedimentalista de la ley 105 de 1931 (Código Judicial) sufrió grave mengua y alcance, hoy subsiste aún, así haya sufrido sustanciales variaciones en el horizonte de la contienda, como posteriormente lo analizaremos. En efecto: en el sistema procesal civil colombiano hoy vigente el tratamiento del objeto litigioso sigue presidido parcialmente por el principio dispositivo de las partes en cuanto a la delimitación del objeto litigioso y en lo tocante a la forma o sentido en que debe ser resuelto o fallado el litigio por el juez. Las partes tienen en el nuevo ordenamiento procesal (Código de Procedimiento Civil) el poder de precisar la controversia, delimitar el tema de la prueba, los hechos constitutivos de la "causa petendi" o relación fáctica (carga de la alegación o afirmación), y principalmente (aunque no exclusivamente) también tienen la carga de demostrar al juez con los elementos de convicción adecuados (*medios de prueba*) la certeza de estos hechos que constituyen la fuente jurídica de su pretensión. En el primero de los aspectos enunciados carece el juez totalmente de facultades, salvo casos excepcionales (C.P.C. artículo 2º). En el segundo, el juez ya no tiene facultades de averiguación y verificación subordinadas a las que le asiste a las partes (C.P.C. artículo 179) como aconteció desafortunadamente durante el régimen del viejo Código Judicial. (ley 105 de 1931).

(14) cfr. Alvaro Leal Morales, "Teoría del Proceso Civil", Editorial Diario Jurídico, Bogotá 1959, tomo I (La Acción), pág. 58.

(15) cfr. Hernando Devis Echandía, "Derecho Procesal Civil General", Editorial Antena, Bogotá 1947, pág. 273.

La delimitación del objeto litigioso o relación fáctica cuya carga le corresponde sucesiva y alternativamente en el proceso a quien postule o arfirme el supuesto de hecho de la norma jurídica cuyos efectos jurídicos quiere se produzcan, supone, como lo anota CARRERAS —"una serie de facetas íntimamente entrelazadas, pero cuya distinción es precisa a efectos de su análisis. En primer término, el proceso civil no puede iniciarse sin excitación de parte, es decir, sin que un ciudadano solicite la concesión de tutela jurídica por el órgano jurisdiccional; de esto se deriva, en un sentido negativo, que el Juez no podrá fallar más que sobre lo pedido por el actor y que deberá abstenerse de fallar sobre cosa distinta; en un sentido positivo, el Juez deberá forzosamente fallar sobre lo pedido sin omitir pronunciamiento alguno sobre el objeto litigioso propuesto por el actor".

"Ahora bien: dado que el demandado pretende también una tutela jurídica —aunque sea en forma de sentencia absolutoria—, es obvio que también el demandado puede intervenir en la delimitación del objeto litigioso, de modo que lo dicho respecto del actor vale para él. Es más, la delimitación del objeto surge lógicamente de la dualidad de posiciones y su combinación; de aquí que si el demandado no combate al actor, si no acepta su misma posición y se allana a la pretensión, no existe entonces objeto litigioso, y el Juez no puede enjuiciarlo sino que debe dar lugar a lo que el actor solicita y el demandado está conforme en otorgar. Del mismo modo, si surgido el litigio por pretensión y oposición, el actor renuncia a obtener la tutela solicitada, el Juez debe poner término al proceso que ha devenido inútil; y si ambas partes transigen sobre el objeto litigioso, el Juez debe respetar y dar fuerza a la transacción".⁽¹⁶⁾

Por eso es por lo que el principio dispositivo al proyectarse en el proceso civil en cuanto al tratamiento del objeto litigioso hace surgir en cada una de las partes en litigio y en interés de su propia victoria, la carga de aportar al proceso el material de hecho indispensable para deducir de éste el derecho resultante de la adecuación de los hechos afirmativos en la demanda con la norma jurídica. Esta labor o conducta que por igual incumbe a cada una de las partes en función de su propio interés, es lo que en la doctrina procesal se conoce con el nombre de "carga de la afirmación o alegación", a la cual se hallan éstas gravadas, de modo tal que de no

(16) cfr. Fenech y Carreras, op. cit., págs. 255, 256.

ejercitarse en el proceso inflexiblemente se hallará cualquiera de ellas en situación de desventaja y expuesta a perder irremesiblemente el pleito.

En suma: las partes, en virtud del principio de disposición o dispositivo que en nuestro ordenamiento procesal civil aún se mantiene vigente para la incoación del proceso civil, es decir, el inicio de la actividad jurisdiccional y la renunciabilidad de derechos, excepción desde luego de que se trate de aplicar normas de carácter público como las procesales (C. de P. C. artículo 6º) pueden constreñir al juez a poner en la sentencia determinada situación fáctica distinta o alejada de la realidad, bien omitiendo un hecho real, ora afirmando acordes un hecho imaginario o diferente a su realización.

Quizás, no sobre agregar que la afirmación de cada una de las partes vincula al juzgador en cuanto a la posición del hecho; de un lado, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes; y, de otro, porque no puede dejar de omitir una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes.⁽¹⁷⁾ PRIETO CASTRO expone también que *“la responsabilidad del resultado del proceso recae sobre las partes, de suerte que, en el punto de que ahora se trata, cada una de ellas tiene “la carga de afirmar” los hechos que constituyen el supuesto de la norma en que se ampara y, en caso necesario, la “de probar su existencia”. Los hechos no alegados no pueden ni siquiera ser objeto de discusión y examen. Es una consecuencia elemental del principio dispositivo”*.⁽¹⁸⁾

Por todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que dentro del proceso civil que se inspira básicamente en el ya referido principio dispositivo, la carga de la afirmación de los hechos es de suma trascendencia para el buen éxito de los litigios como hemos podido apreciarlo a través de las presentes explicaciones. Aclarando desde luego y siguiendo el pensamiento de CHIOVENDA en este punto, que no todo aquello que se afirma está gravado con la carga probatoria, como acontece, verbigratia, con las reglas o fundamentos de derecho en que se apoya toda demanda judicial, y los hechos notorios de que haremos somera mención. Háblase de *carga* y no de *deber u obligación*, por cuanto por carga ha de entenderse —como nos enseña con singular brillo CARNELUTTI— el ejercicio de una facultad, *“cuando ésta aparece como condición para ob-*

(17) cfr. Carnelutti, op. cit., pág. 9.

(18) L. Prieto Castro F., *“Derecho Procesal Civil”*, Editorial *“Revista de Derecho Privado”*, Madrid 1968, volumen Primero, pág. 470.

tener una determinada ventaja; por ello la carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés. Obligación y carga, tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad; pero difieren en el elemento substancial, porque cuando hay obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno, y para la tutela de un interés propio (subrayamos) cuando se trata de la carga”.⁽¹⁹⁾

Continuando con el análisis de la carga de la afirmación de los hechos en materia civil, vemos cómo por virtud del principio dispositivo el Juez al proferir la sentencia de fondo que pone fin al litigio no puede poner hechos no afirmados por una de las partes, lo cual se explica y justifica claramente si se tiene en cuenta que para aquél el hecho no afirmado por una de éstas no existe, por lo cual mal puede él comportar incertidumbre alguna, la que sí se presentaría en forma incuestionable respecto del hecho afirmado y no probado. *“Este último —como lo anota sagazmente CARNELUTTI— puede ser o no ser; aquél (es decir, el no afirmado) no es”*.⁽²⁰⁾

Ahondando un poco más en nuestro análisis valgámonos de la pretensión reivindicatoria consagrada en el título 12, libro 2º, artículo 946 de nuestro Código Civil, para que veamos más claramente la razón lógico-jurídica de la institución procesal que venimos comentando. *“La reivindicación o acción de dominio, —reza textualmente el artículo 946 del C. C. es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenada a restituirla”*.

Si como antes veíamos, la demanda judicial se ha mirado tradicionalmente como verdadero silogismo en el cual la *“premisa mayor”* está constituida por la norma jurídica tuteladora de determinada situación concreta, *“la premisa menor”*, por las circunstancias fácticas o situaciones de hecho concretas alegadas por las partes, y *“la conclusión”*, por la sentencia judicial, en el caso que Pedro, verbigratia, iniciara proceso reivindicatorio contra Juan, claramente resultaría conformada su demanda de la siguiente manera: *“Premisa mayor”*: de conformidad con el artículo 946 del C. C. *“la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”*. (norma jurídica). *“Premisa menor”*: es así que yo Pedro, soy titular del derecho de dominio de tal fundo

(19) cfr. Francisco Carnelutti, *“Sistema de Derecho Procesal Civil”*, Editorial Uteha Buenos Aires, 1944, vol. I, págs. 11, 12.

(20) cfr. Carnelutti, *“La Prueba Civil”*, pág. 14.

de que Juan en la actualidad está en posesión, hecho que acredito con las pruebas respectivas adjuntas a la presente demanda: (hechos afirmados por el demandante). *Conclusión:* luégo yo, Pedro, pido al señor Juez que como titular del derecho de dominio del mencionado fundo, cuya prueba he acreditado suficientemente en el proceso y del cual no estoy en posesión, se condene a Juan, demandado y poseedor, a fin de que se me declare dueño y restituya la posesión de la cual fui despojado.

Escuetamente podemos apreciar en el ejemplo propuesto, cómo se llenan o reunen los tres elementos axiológicos que tradicionalmente configuran la pretensión reivindicatoria o de dominio, y que son a saber: a) titularidad en el demandante; b) posesión actual del demandado; c) identidad del bien.

Al promover, pues, Pedro la correspondiente pretensión reivindicatoria contra Juan, lo que se discute en realidad en el proceso es quién tiene mejor derecho a la cosa, comoquiera que el demandado es poseedor y como tal reputado dueño al tenor del art. 762 de nuestro C. C., mientras el demandante no justifique serlo. Ahora bien: si el demandante triunfa en el proceso de reivindicación el Juez en la sentencia (conclusión del silogismo) no hará otra cosa que reconocer el derecho de dominio o propiedad del actor (ante los hechos alegados y pruebas aducidas), y condenar al demandado a restituir la cosa.

Vedado le está al Juez hacer extensión del correspondiente derecho de dominio o propiedad reconocido en la sentencia a inmuebles o inmuebles diferentes que no hubieren sido alegados o afirmados por el demandante, pues si por definición, la demanda judicial constituye verdadero silogismo, que como tal comporta tres términos, menor, medio y mayor, y en el que ninguno de los términos debe figurar en la conclusión con mayor extensión que en las premisas, estaría faltando el juez a las reglas de la lógica si en la sentencia de mérito proferida pretendiera reconocer al demandante, en el ejemplo citado, más de lo que ha pedido, comoquiera que lo más no puede salir de lo menos, o lo que es lo mismo, “*el Juez no puede velar por los intereses de una parte mejor de lo que ésta lo hace*”, para recordar la gráfica expresión del doctor ALZATE NOREÑA.⁽²¹⁾

No podría entonces el juzgador en la sentencia judicial o conclusión del silogismo rebasar lo alegado o afirmado en las dos premi-

(21) cfr. Luis Alzate Noreña. “*Pruebas Judiciales*”, Imprenta Departamental, Manizales, 1941, pág. 17.

sas fundamentales, constituídas la mayor, por la norma jurídica positiva, y la menor, por los hechos aseverados por las partes en litigio: carecería ello de todo fundamento lógico.

Para abreviar cuanto hasta aquí hemos expuesto, digamos con CARNELUTTI, que la *carga de la alegación o afirmación* de los hechos no puede ser distribuída, como sí lo puede ser la “*carga de la prueba*”, en razón de ser unilateral el interés en la afirmación misma, y toda vez que las partes en el proceso civil fijan de determinada manera los hechos básicos del litigio o controversia. Faltaría, al decir del célebre procesalista italiano, “*el motivo lógico para construir una regulación de la carga de la afirmación*”, por cuanto no habría incertidumbre respecto del hecho no aseverado, y de ahí la razón categórica para que no sea necesaria norma alguna que establezca o pueda establecer quién deba afirmar para que un hecho no sea reputado como inexistente, una vez prescrito que el hecho no afirmado debe considerarse inexistente.⁽²²⁾

En cambio, como luego lo expondremos, “*la carga de la prueba*” puede ser distribuída, desde luego que el interés en la fijación del hecho incierto es recíproco entre las partes contendientes, si bien es cierto que en direcciones diametralmente opuestas.

No obstante lo dicho anteriormente, la *carga de afirmar y la de probar* “*son ordinariamente paralelas —como anota CHIOVENDA—, pero no coinciden completamente: no todo aquello que se tiene la carga de afirmar, tiénese también la de probar; ni todo lo que se afirma se debe probar*”.⁽²³⁾ Resulta así, evidente, que si el proceso civil se informa, aunque no ya rígidamente, en el principio dispositivo, es a las partes a quienes les incumbe el deber de afirmar o alegar los hechos que habrán de producir el derecho alegado y pretendido por cualquiera de ellas en la contienda jurídica. Entre las excepciones en nuestro ordenamiento procesal a la regla dada de que no todo lo que se afirma debe probarse podemos incluir los fundamentos de derecho que se citen (normas jurídicas) en la demanda, pues que la ley se presume conocida de todos, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico positivo, con mayor razón para el juzgador, quien por su altísima y elevada misión y conocimiento, debe conocer el derecho, la norma jurídica aplicable al caso controvertido. En este punto, le basta a cada una de las partes afirmar las normas substanciales que tutelen la situación objetiva y concreta

(22) Carnelutti, op. cit., ibídem.

(23) cfr. Chiovenda, op. cit., pág. 243.

planteada ante la justicia, sin que sobre ellas pese el “*onus probandi*”, la “*carga de la prueba*”, ya que —bueno es repetirlo—, el derecho no debe probarse, salvo aquellas excepciones que consagran las leyes positivas como acontece en nuestro código de procedimiento civil con las normas jurídicas sin alcance nacional y las leyes extranjeras (artículo 188 C. P. C.).

En efecto, desde ahora destacamos y queremos relieves muy claramente que la regla de derecho no se demuestra —aunque sí deba afirmarse—, y es al juzgador a quien corresponde aplicarla estando, por lo mismo, las partes litigantes exoneradas al respecto de tales normas de la “*carga de la prueba*”. A las partes que concurren en el proceso civil les incumbe únicamente la alegación de los hechos y actos jurídicos en general, comoquiera que, como ya lo hemos notado, además de que aquéllos le imponen forzosamente una valla, un límite al poder decisorio del Juez, determinan también el contenido de la sentencia, en virtud de la cual se reconoce o declara el derecho reclamado, como consecuencia de la conformación o subsunción de los hechos con la norma jurídica, no importa que tales hechos sean artificiosos y no correspondan a la realidad.

Entre las reglas o normas de derecho que no deben probarse en el proceso existen algunas excepciones consagradas por el derecho positivo vigente, que escapan, como es obvio, a la regla general que hemos ya analizado. Nos referimos a la “*costumbre*” que como se sabe, es fuente de derecho especialmente en materia comercial; a las “*normas jurídicas de carácter regional o local*” y a la “*ley extranjera*”. La costumbre que de conformidad con el artículo 13 de la ley 53 de 1887 constituye derecho a falta de legislación positiva, debe demostrarse por la parte interesada en que ésta se aplique, por tratarse de hechos repetidos en serie, en forma constante y uniforme, demostración que bien puede hacerse en la forma establecida por el artículo 189 del C. P. C., ora acudiendo, si se trata de costumbre mercantil, al sistema probatorio previsto en el artículo 190 del mismo Código en armonía con lo dispuesto en el artículo 6º del Código de Comercio hoy vigente.

Otra excepción al principio general que la norma de derecho no debe demostrarse, aunque sí afirmarse, está constituida por aquellos casos en que alguna de las partes invoca la “*ley extranjera*”, la cual también ha de demostrar el interesado en su aplicación, pues no siendo posible ni exigible al juez colombiano (o de otro

país) que sea docto en el conocimiento de la ley extranjera, resulta ésta para el funcionario otro hecho fundamental del proceso, que como tal debe probar la parte que la invoca.⁽²⁴⁾

Otra excepción al principio o regla enunciada está constituida por los hechos notorios y aquellos otros que son evidentes por sí mismos, los cuales repugna por naturaleza el que deban probarse. Por eso es por lo que a la parte interesada en ellos le es suficiente afirmarlos estando exenta de “*la carga de prueba*”. La “*notoriedad*” en los hechos es concepto que difiere mucho en cuanto a su apreciación se refiere, de un país a otro, según sea el grado de cultura y civilización alcanzado. “*La notoriedad —como anota CHIOVENDA— es un concepto por todo extremo vago, y acaso por esa razón sus consecuencias no se hayan reflejado en el proceso por la dificultad de separar aquellos hechos cuya certeza e indiscutibilidad pertenecen al patrimonio común y pueden aprovecharse por el Juez sin quebrantar el principio dispositivo, y aquellos otros que privadamente conoce, pues que tratándose de éstos no puede prevalerse de su conocimiento personal para juzgar según ellos, sin posibilidad de que las partes fiscalicen en uso de su derecho, su exactitud*”.⁽²⁵⁾

En lo tocante a la prueba de los hechos notorios no existe criterio unánime en el campo de la doctrina. Para el tratadista RAFAEL DE PINA, “*el hecho notorio puede dejar de ser conocido en un lugar y época determinados por cualquier persona de mediana inteligencia y cultura, y desde luego, por el Juez a quien por su cargo hay que atribuir fundadamente un grado de elevación en ambos órdenes al nivel medio*”.⁽²⁶⁾

II.- LA CARGA DE LA PRUEBA

La institución procesal de lo que la doctrina procesal ha denominado “*la carga de la prueba*”, ha sido, al decir de ROSENBERG, “*la columna vertebral del proceso civil*”.⁽²⁷⁾ Tratar de esbozar toda una teoría general sobre lo que jurídicamente ha de enten-

(24) Código de procedimiento civil, artículo 188.

(25) Manuel de La Plaza, “*Derecho procesal civil español*”, Editorial “*Revista de Derecho Privado*”, Madrid, 1942, vol. I, pág. 431.

(26) Rafael de Pina, “*Manual de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Reus, Madrid, 1936, Primera Edición, pág. 194.

(27) cfr. Leo Rosenberg, “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, tomo II, pág. 29.

derse por "carga de la prueba" y sintetizar todas y cada una de las incidencias y casos concretos que en la práctica judicial puedan presentarse, es aspecto que se sale obviamente de los estrechísimos límites que nos hemos trazado en este ensayo. Hemos procurado sí realizar un esquema lo más sintético y claro posible, señalando al propio tiempo el criterio más lógico que en rigor técnico ha propuesto la doctrina procesal e indagando, además, si el criterio dominante es compasado con el que inspira nuestra nueva ley de enjuiciamiento civil en la distribución de la "carga de la prueba"

"En los procesos primitivos —anota CHIOVENDA— donde para dirimir las contiendas se provocaba una manifestación de la divinidad, un gran número de litigios se resolvían mediante el juramento, la posibilidad que se tenía de conseguir el triunfo con la simple prestación de un juramento hacía que en la mayoría de los casos se considerase la prueba como un hecho del demandado. Al transformarse la litis esencialmente, convirtiéndose en decisión de controversias sobre la base del convencimiento de un Juez, se va sintiendo poco a poco la necesidad de pruebas cada vez más perfectas; suministrar la prueba pasa a ser una carga, y dos causas concurren para que esta carga le sea atribuida al demandante: primera, la condición misma del actor como iniciador de la litis; y luego, el interés que el mismo actor tiene".⁽²⁸⁾

Uno de los múltiples criterios en que se ha apoyado la distribución de la "carga de la prueba" ha tenido como fundamento un principio de justicia distributiva que reparte la carga probatoria fundándose en la consideración de lo que es normal y anormal, es decir, regla y excepción. "A veces esta relación está dada claramente por la ley, incluso con frases puestas a propósito: "a no ser que", "excepto que", y semejantes. Pero cuando estos signos exteriores faltan o son equívocos, hay que atender a la naturaleza del acto que se trate".⁽²⁹⁾ En el derecho romano se estableció como principio general el de que al "actor correspondía la carga de probar los hechos de su demanda", y al "demandado los que invocara como fundamento de sus excepciones", siempre que éstas contuvieran implícita una afirmación. Fue tal el grado de eficacia de este principio, que si el actor no probaba su acción, el demandado debía ser absuelto; y si éste no probaba los hechos básicos de su excepción, ésta se tenía como no alegada por falta de los hechos afirmativos que le servie-

(28) cfr. José Chiovenda, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1940, vol. III, Primera Edición, pág. 87.

(29) Chiovenda, op. cit., págs. 96 y 97.

ran de fundamento, siguiendo en ello la máxima "*onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor, actore non probante reus est absolvendus*".

Dentro de esta primitiva concepción el interrogante de determinar a quién incumbe el peso o "carga de la prueba", apenas si es simple consecuencia del principio de la igualdad de la partes ante la ley, ya que para el juzgador tanta fe y respeto ha de merecer el dicho del actor como el del demandado, como que, de lo contrario, la libertad civil y los derechos de los asociados estarían sujetos al vaivén del capricho de las partes, de los influyentes o audaces, quedando al arbitrio del Juez estimar —según su propio criterio— el que a él le plazca, ofendiendo así la justicia y la igualdad civil.

Importa destacar, de paso, que la teoría general de la carga de la prueba ha estado íntimamente relacionada con el rígido principio de disposición, en cuanto la afirmación de los hechos y el aporte de todas las probanzas normalmente ha quedado reservado al libre juego de la iniciativa de las partes contendientes. Esbozar y analizar los múltiples criterios que la doctrina procesal ha acogido tradicionalmente para determinar a quién corresponde o incumbe la "carga de prueba", y sus repercusiones en el proceso civil, es uno de los objetivos que nos hemos propuesto desarrollar en el presente estudio. No obstante, cuál deba ser ese criterio dominante para determinar quién corre con el "peso de la prueba" en cada caso concreto, no existe unanimidad en los tratadistas de derecho procesal civil. Es por esto por lo que resulta en extremo difícil elaborar una formulación general y completa del principio o criterio que presida en todos los casos la institución de "carga de la prueba", y mucho más complejo pretender dar a él una justificación racional, general y unitaria.

Quizás adelantándonos un poco en la cuestión digamos, desde ahora, que todo el problema de la "carga de la prueba" se traduce o cristaliza en la práctica en un problema de distribución entre las partes "del riesgo de la falta de prueba —al decir de CARNELUTTI— respecto de un hecho afirmado, es decir, de la incertidumbre de los hechos".⁽³⁰⁾ Este riesgo de la "falta de prueba" respecto de un hecho afirmado por una u otra de las partes contendientes, gravita o pesa al iniciarse el proceso civil sobre ambas partes liti-

(30) Francisco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Editorial Uteha, Buenos Aires, 1944, vol. II, pág. 97.

gantes, distribuyéndose en el curso del debate probatorio en forma sucesiva, alternativa, según sean las diversas fases o etapas del proceso. “*Ab initio*”, es el demandante a quien incumbe “*la carga de la prueba*”. El demandado puede asumir una actitud o conducta de simple expectativa permaneciendo, por así decirlo, a la defensiva. Pero también puede suceder que adopte una posición activa, ofensiva, trasladando el campo del debate a un terreno novedoso, en cuyo caso, cargaría él también con el “*peso de la prueba*”, como cuando aduce y propone excepciones de mérito (“*reus in excipiendo fit actor*”).

Simultáneamente el demandante inicial, es decir, el primer actor puede verse constreñido, impulsado a probar contra el fundamento de las excepciones propuestas por el demandado; la lucha judicial puede así ir revistiendo infinita gama de fases sucesivas en el curso de las cuales cada parte ocupará situaciones diferentes, lo que resulta compasado en verdad con el principio de la “*igualdad de las partes*” ante la ley, como que es incuestionable, que ninguno de los litigantes podría tener la pretensión de tener mejor categoría o mayores privilegios que su adversario.

Por tanto, si, como ya hemos advertido, “*la carga de la prueba*” no es sino la distribución que el propio legislador hace del “*riesgo de la falta de prueba*” de un hecho afirmado e incierto, natural es entonces concluir que el efecto o consecuencia de esa “*falta de prueba*” ha de recaer, en principio, sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo. Esta parte, contará entonces con grandes probabilidades de ser vencida en el proceso, lo cual es valedero tanto para la ausencia de prueba del demandante o demandado (*actore non probante, reus absolvitur*), como para aquellos casos en que la prueba resulta insuficiente. Sobre este aspecto están acordes la doctrina y los más destacados tratadistas de derecho procesal como CHIOVENDA, KISCH, CARNELUTTI, MICHELLI y ROSEMBERG, entre otros.

Entendida así, “*prima facie*” la “*carga de la prueba*”, importa analizar el criterio que nuestra ley procesal civil vigente adopta para distinguir y precisar a cuál de las partes en el proceso le incumbe o corresponde esta carga. Ese criterio ha de descansar en el interés en la afirmación misma, aspecto de que luego nos ocuparemos con mayor detenimiento; es decir, la “*carga de probar*” recae sobre quien tiene el interés en afirmar.

Quien invoca, pues, determinada pretensión tiene la “*carga de probar*” el supuesto fáctico previsto en la norma que consagra el efec-

to jurídico pretendido, y quien propone la excepción tiene la “*carga de probar*” los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas de esa pretensión. Este criterio es sugerido, al decir de CARNELUTTI, “*por una regla de experiencia, puesto que casi siempre aquél a cuyo favor determinado hecho constituye base o fundamento de una pretensión o excepción, se procura la disponibilidad de los medios necesarios para demostrarlo*”.⁽³¹⁾

Este criterio así expuesto armoniza en nuestro nuevo ordenamiento procesal con la doctrina que contiene el primer inciso del artículo 1.757 del C. C. y el 177 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones que en el derecho procesal civil colombiano regulan la distribución de la “*carga de la prueba*”. Empero, el principio o regla consagrado en el artículo 177 del Código Procesal Civil no es ni puede ser absoluto, comoquiera que el legislador por consideraciones de diversa índole distribuye en muchos casos el “*riesgo de la prueba*” de manera diferente, es decir, invierte la “*carga de la prueba*” haciendo pesar ese riesgo a cargo del demandado, así se trate de hechos constitutivos; o viceversa, a cargo del actor, ora se refiera a hechos extintivos, ya a una condición impeditiva. En estos casos la doctrina y el derecho positivo de cada país dicen con toda exactitud que ciertos hechos “*se presumen*”. Así, vgr., la buena fe, la igualdad de cuotas en una comunidad, el animus domini en la posesión, etc.⁽³²⁾

Háblase de “*carga de la prueba*” y no de “*deber u obligación procesal, por cuanto aquélla es “la necesidad jurídica en que viene a encontrarse en la práctica la parte contendiente —al decir de LESSONA— de consolidar o justificar una dada relación de hecho que todavía no consta en el proceso”*”,⁽³³⁾ punto en que están acordes los tratadistas y la doctrina del derecho procesal. No hay, pues, por este aspecto controversia alguna ni disparidad de pareceres en el campo doctrinario, pues si “*no probar un derecho y no tenerlo*”, es lo mismo, a la afirmación de un hecho que en el libelo de demanda haga el demandante o el demandado, en el escrito de respuesta a ésta, debe ir aparejada la respectiva probanza o elemento de prueba que lo evidencie, le de certeza y lo fije adecuadamente en el proceso.

De todo cuanto viene dicho hay que concluir que resulta necesario además que la prueba exista en el proceso para fijar los he-

(31) Carnelutti, op. cit., pág. 96.

(32) Código Civil Colombiano, artículos 762, 769, 2322, 2328.

(33) cfr. Carlos Lessona, “*Teoría General de la Prueba Civil*”, Editorial Reus, Madrid, 1942, vol. I, pág. 166.

chos controvertidos por las partes, siendo indiferente que la haya suministrado una u otra de las partes intervinientes en el proceso, toda vez que en no pocas ocasiones una parte que no tiene interés en probar bien puede aportar pruebas por propia iniciativa, caso en el cual y en fuerza del principio de adquisición o comunidad de las pruebas, puede el Juez acogerlas o rechazarlas independientemente de quien las haya aportado, y estimarlas en el momento de dictar su decisión.

La prueba de los hechos en el campo del proceso es así corolario u obligado complemento de la carga de la afirmación o alegación. Esta última carga procesal, como ya lo advertimos, no puede ser distribuída en razón de que el interés en cuanto a la afirmación misma es unilateral —siguiendo en ello a CARNELUTTI—, como que cada parte tiene interés en afirmar únicamente aquellos hechos que le convienen y que sean constitutivos de su pretensión o excepción.

Por lo demás, analizado un poco más a fondo este último aspecto fácilmente advertimos —mirada la cuestión en relación con uno solo de los litigantes— cómo al lado de su interés en afirmar y probar lo que puede convenirle existe otro interés quizás más poderoso y decisivo que éste, cual es el de ocultar lo que no le favorece: *“es en esta empírica consideración, que no es privativa de la contienda judicial sino predicable de cualquier relación humana —como lo expresa tan acertadamente DE LA PLAZA— donde está la razón de ser de la que se llama “la carga de la prueba”.*”⁽³⁴⁾

Si en el proceso, además, se pretende obtener determinado efecto jurídico, los hechos que pueden producirlo y que han sido *“afirmados o alegados”* por cualquiera de las partes han de ser probados adecuadamente en caso de que se controviertan, pues solo así es como surge en el proceso la incertidumbre de los hechos, o lo que es lo mismo, el *“riesgo de la falta de prueba”* a cargo de la parte que debe aportarla. Advertimos de una vez, que la distribución entre las partes contendientes del *“riesgo de la prueba”* que falte tiene lugar cuando las consecuencias de dicho defecto graviten sobre una u otra de las partes, según que el hecho alegado constituya presupuesto de una pretensión o excepción.

Esta posición de las partes respecto a las consecuencias de la prueba que falta tradicionalmente se ha enunciado así: *“onus probandi incumbit qui dicit non qui negat, onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor* (aquí *“qui dicit y negat”*, son usa-

(34) Manuel de La Plaza, op. cit., pág. 430.

dos en lugar de quien pretende y quien se defiende). Distribución, que ha de entenderse no en cuanto a la *“carga de probar”*, que la tienen en nuestro ordenamiento procesal ambas partes y el propio juzgador, sino del riesgo de *“la falta de prueba”*. Así, verbigratia, si el Juez encuentra en el proceso elementos de prueba que le hagan convencer de que un hecho existe o no, su convicción se forma sin influencia alguna de los principios sobre distribución de *“carga de la prueba”*. El juez sólo ha de acudir a estos principios cuando la instrucción completa del proceso no le ofrezca elementos de convicción, caso en el cual ha de resolver la duda a costa de la parte a la que incumbía la carga.

Si Pedro, verbigratia, demanda a Juan para la restitución de suma de dinero dada en mutuo y existe duda acerca de la existencia de dicho préstamo, el Juez ha de absolver a Juan, pues Pedro no ha probado el supuesto fáctico de su pretensión. (*“actore non probante reus absolvitur”*). Si Juan excepciona *“el pago”*, y el Juez tiene certeza acerca de la existencia del préstamo, pero incertidumbre en lo atinente al pago, condenará a Juan, pues Pedro ya probó la existencia del mutuo y Juan no demostró *“el pago”* como hecho extintivo de su obligación.⁽³⁵⁾

El perjuicio pues, de la falta de prueba o de prueba insuficiente —que para el caso es lo mismo—, lo sufre y ha de sufrir la parte a quien correspondía la *“carga de la prueba”*, comoquiera que si no tiene a mano ningún elemento o medio de prueba suficiente, bien puede temer el fracaso de su pretensión, así su derecho sea una verdad absoluta. Surge así entonces la importancia del problema relativo al modo como ha de distribuírse entre las partes la *“carga de la prueba”* en el proceso. El criterio o principio general consagrado en el nuevo Código de Procedimiento Civil es el de que *“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”*.⁽³⁶⁾ Este principio es más técnico y más exacto, a nuestro juicio, que aquel otro el *“actor es el que debe probar su acción”*, y el *“demandado su excepción”*, perjudicándolo y absolviendo a éste la *“falta de prueba”* del primero.

Analícemos ahora, así sea sucintamente, el criterio teórico y práctico en que se inspira la distribución de la *“carga de la prueba”*. En este punto el criterio de los tratadistas no es unánime; por el

(35) Código Civil Colombiano, artículo 1757 y Código de procedimiento civil, art. 177.

(36) Código de Procedimiento Civil, Artículo 177.

contrario, es bastante discutido. Así, verbigratia, CARNELUTTI teniendo en cuenta un punto de vista eminentemente teleológico y la finalidad del proceso, propone como criterio "la conveniencia de estimular a la prueba a aquella de ellas que más probablemente esté en condiciones de aportarla, y por tanto, a base de una regla de experiencia que establezca cuál de las partes esté en mejores condiciones a ese efecto".⁽³⁷⁾ Se fundamenta este último criterio en la imposibilidad, dificultad o facilidad en la prueba, criterio que no nos parece pueda incidir en la "carga de la prueba", sino quizás en la apreciación o estimación de la prueba, aspecto hartamente diferente. En consecuencia, el criterio propuesto por CARNELUTTI no podemos compartirlo nosotros en cuanto pueda servir de pauta o derrotero en la incidencia de la "carga de la prueba", pues uno de los casos en que hay exoneración total de prueba es en el "hecho afirmativo o negativo" por naturaleza indefinido, comoquiera que en casos como éste en que la prueba sea difícil de aportar no puede haber dispensa total, por lo que, hasta cierto punto podría aseverarse que quien propone un hecho difícil de probar se encuentra en privilegiada situación de ventaja, por cuanto el juez no podría ser tan riguroso en la estimación de la prueba debiendo limitarse a establecer presunciones, indicios, etc., mas no a reclamar o exigir prueba completa de un hecho de esta naturaleza.

De acuerdo, pues, con la doctrina y nuestra propia jurisprudencia nacional "la carga de probar" no está ni puede estar determinada por la cualidad del hecho que ha de demostrarse en el proceso, sino por la condición o posición jurídica que tiene en el proceso aquél que lo invoca, es decir, que si el hecho que ha de probarse constituye extremo de la pretensión debe probarlo el actor y no el demandado, o viceversa, criterio éste armónico en un todo con el principio normativo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente. Para nosotros, es, pues, incuestionable que la "carga probatoria" debe recaer sobre quien afirma el supuesto de hecho previsto en la norma que consagra el efecto jurídico que persigue, como que la calidad jurídica del demandante o el demandado cuando excepciona depende en estricta técnica jurídica del "interés en la afirmación". Por tanto, si la "carga de la prueba" no es nada distinto de una distribución positiva entre las partes del "riesgo de la falta de prueba" respecto del hecho alegado o afirmado, clara resulta esta consideración o premisa para comprender la razón por la cual puede distribuirse entre las partes ese

(37) cfr. Carnelutti, "La Prueba Civil", pág. 95.

riesgo. CARNELUTTI sostiene categóricamente cómo "la carga de la prueba puede ser distribuída porque el interés en la fijación del hecho incierto (o sea la decisión acerca de la existencia del hecho incierto) es recíproco entre las partes —si bien de dirección contraria—, de tal modo que normalmente una y otra aportan pruebas destinadas a hacer considerar su existencia o inexistencia".⁽³⁸⁾ La observancia de los principios atinentes a la "carga de la prueba" sirven "no solamente para alcanzar —como lo anota SILVA MELERO— un interés público, ya que tanto las partes como el Estado tienen interés en evitar el riesgo, que si para la parte representa un daño, para el Estado representa una solución injusta".⁽³⁹⁾

Como el hecho no afirmado o alegado se considera inexistente, jurídica y legalmente hablando resultaría absurdo, por decir lo menos, aseverar que lo no afirmado o alegado es incierto. Tal el motivo por el cual la doctrina del derecho procesal civil haya sostenido invariablemente que la "carga de la afirmación o alegación" no puede ser distribuída entre las partes fundándose en la potísima razón de la "falta de incertidumbre" que es dable predicar respecto del hecho o hechos no alegados en el proceso.

El "interés en afirmar" determina a nuestro juicio la elaboración del criterio dominante que acertadamente soluciona la distribución de la carga probatoria, mas no el único. Este criterio preconizado en el artículo 177 del nuevo Código Procesal Civil Colombiano resulta más justo y científico que el que se apoya en la simple posición procesal de las partes en el proceso. Si en muchos casos es el actor o demandante quien debe probar, y en otros es el demandado, ello no se debe estricta y técnicamente hablando a esa eventual posición procesal, como que mejor es aseverar que "debe probar el que afirma o alega el supuesto de hecho previsto en la norma",⁽⁴⁰⁾ que sostener que es al que "afirma a quien le corresponde la carga probatoria", por tener la calidad de actor o demandado. Primero es el "interés en afirmar" en estricta lógica, que la posición procesal que pueden las partes asumir en el proceso civil.

Además, es dable advertir que el "interés en afirmar" sólo surge cuando alguna de las partes ha probado plenamente lo que haya aseverado, o alegado. Entretanto, no hay ese interés para la otra

(38) Carnelutti, "La Prueba Civil", pág. 14.

(39) cfr. Valentín Silva Melero, "La Prueba Procesal", tomo I, pág. 91, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963

(40) Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

parte en afirmar, ni a *fortiori*” puede nacer la “*carga probatoria*”. No coincide, pues, como es fácil advertirlo, la posición lógica y la posición procesal de las partes en litigio.

Empero, este criterio del “*interés en la afirmación o alegación*” que determina en nuestro concepto la elaboración de la distribución de la “*carga de la prueba*”, merece ligera aclaración para su adecuado y cabal entendimiento, porque bien puede indagarse cuál es el origen o causa de dicho interés; obtenida la respuesta a tal interrogante habremos penetrado quizás un poco más en el fundamento filosófico-jurídico de la institución de la “*carga de la prueba*”. Si “*debe probar quien debe afirmar (o alegar)* —como lo anota CARNELUTTI— *es porque así lo quiere la ley y no porque quien debe afirmar sea el único interesado en probar*”.⁽⁴¹⁾ El pensamiento del eximio expositor italiano nos parece acorde con los principios de la lógica, la doctrina universal y nuestro propio ordenamiento procesal civil, pues en verdad, el “*interés en probar*” se predica de ambas partes, aunque bien es cierto que en direcciones diametralmente opuestas. Si debe “*probar quien debe afirmar o alegar*”, lógicamente lo que incide en esa determinación de la “*carga probatoria*”, es ese “*interés*”, pues que cuando alguien afirma o alega un hecho en el proceso es porque le conviene, y de esta conveniencia surge o nace la institución de la “*carga de la prueba*”.

Empero, importa indagar ahora cuál la razón para hacer pesar en el proceso la “*carga de la prueba*” sobre quien afirma o alega el supuesto de hecho de la norma o normas que consagran el efecto jurídico que se persigue. El meollo del asunto nos lo suministra a nuestro juicio JELLINEK, cuyo sagaz y profundo pensamiento, a propósito de este tema, lo encontramos resumido en uno de los pasajes de su obra cuando anota que “*en el procedimiento el principio de que la prueba corresponda al demandante es un caso de aplicación del principio general de que lo que existe con antelación tiene un derecho preferente a subsistir como derecho*”; a lo que más adelante agrega: “*el origen de la creencia de que existen relaciones normales procede de una determinada actitud del hombre, psicológicamente condicionada ante los hechos. El hombre vé lo que constantemente le rodea, lo que sin cesar percibe y lo que sin interrupción ejecuta no sólo como un hecho, sino también como una norma de juicio a la que intenta hacer que se conforme y adecúen los hechos heterogéneos y discordantes*”.⁽⁴²⁾

(41) Carnelutti, op. cit., ibidem.

(42) cfr. Jorge Jellinek, “*Teoría General del Estado*”, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943, pág. 279.

Sostiene asimismo JELLINEK cómo lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio. El fundamento de la fuerza normativa de lo real reside en la propiedad de nuestra naturaleza, la cual reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado, que lo que le es nuevo. Por esto ocurre —son también palabras del autor ya citado— en el campo del sistema de derecho que el hecho social dado, sea el que exista como derecho, y todo “*aquel que pretenda introducir una modificación en este estado de derecho*”, (subrayamos nosotros), *tiene que probar su mejor derecho*”.⁽⁴³⁾ He aquí esbozado en nuestro concepto el fundamento filosófico de la “*carga de la prueba*”, que nosotros compartimos, pues resulta indiscutible que en el proceso civil, en la contienda jurídica, el que invoca, alega o afirma el supuesto fáctico de una norma de derecho de la cual pretende extraer determinado efecto jurídico, innova en ese momento, introduce en verdad modificación a un estado de hecho o de derecho preexistente, y de ahí la razón lógica-filosófica para que quien pretenda innovar o introducir una modificación o innovación en el proceso civil tenga esa “*carga de probar*” su mejor derecho, como acertadamente lo expresa JELLINEK.

Empero, este fundamento filosófico de la institución de la “*carga de la prueba*” no es único ni absoluto, por cuanto en múltiples ocasiones las diversas legislaciones y concretamente nuestro código de procedimiento civil⁽⁴⁴⁾ se inspira en la naturaleza misma del hecho afirmado o alegado unido al interés en la afirmación del mismo por parte de quien pretenda introducir un cambio o modificación en determinada situación de hecho, la cual normalmente debe estimarse como tal ajustada a derecho.

Pero, debemos advertir claramente que la razón de ser o fundamento filosófico que de la “*carga de la prueba*” enuncia JELLINEK, y que nosotros acogemos totalmente, no pugna con la preceptiva legal contenida en los artículos 1757 del Código Civil (inciso primero) y 177 de procedimiento civil colombiano, si se analizan e interpretan adecuadamente y en su exacto sentido las palabras del profesor JELLINEK, pues el criterio de distribución de “*carga de la prueba*” que nos proporcionan ambos preceptos en el derecho procesal civil del país no sólo contempla la posición procesal de las partes, el material fáctico que se controvierta en el proceso o tema de la prueba (“*tema probandum*”) sino el efecto jurídico perse-

(43) Jellinek, op. cit., ibidem.

(44) Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

guido con éste en relación con la norma jurídica que debe aplicarse.⁽⁴⁵⁾ La posición procesal de la parte interesa únicamente, al decir de DEVIS ECHANDIA, "para conocer porqué persigue ese efecto jurídico, esto es, si para imponer sus consecuencias al adversario o para oponerse a los reclamados por éste, pero no afecta la regla sobre la carga".⁽⁴⁵⁾

En suma: para elaborar la regla general de distribución de la carga de la prueba no es necesario, ni hace falta recurrir según el autorizado concepto del profesor colombiano DEVIS ECHANDIA, a la clasificación de las normas legales y mucho menos a la de los hechos en "constitutivos" "impeditivos", o "extintivos", comoquiera que "lo que realmente puede tener carácter constitutivo, impeditivo o extintivo es "el efecto" de la norma jurídica, no ésta ni los hechos aisladamente considerados".⁽⁴⁶⁾ Tanto a esta clase o categoría de hechos como a la de los afirmativos y negativos y a los conceptos de normalidad, apariencia y continuidad, etc., nos referiremos en otro capítulo, en el que resumiremos los inconvenientes, bondades y críticas de esta clasificación como criterio de distribución de la llamada incertidumbre de los hechos o "carga de la prueba".

III.- LAS PROPOSICIONES INDEFINIDAS COMO EXCEPCION AL PRINCIPIO GENERAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Habiéndose enunciado y analizado brevemente el artículo 177 del código de procedimiento civil colombiano, el cual comprende —integrándolo— el primer inciso del artículo 1757 del código civil, no derogado por el nuevo estatuto procesal hoy vigente, ocupemos la atención en esta tercera sección de nuestro estudio, en explicar y discurrir un poco sobre uno de los aspectos que en el campo probatorio han tenido y sigue teniendo capital importancia y entidad, cual es el atinente a la institución de la "carga probatoria" frente a las proposiciones negativas o afirmativas de carácter indefinido, y las que en el curso del proceso puede alegar cualquiera de las partes.

Durante la vigencia del antiguo código judicial constituyó verdadera excepción al principio general enunciado en el artículo 1757 del código civil el 595 del entonces código procesal civil, cuyo tenor

(45) cfr. Hernando Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Editorial Víctor P. de Zavallia, Buenos Aires, 1970, tomo I, pág. 487.

(46) Op. cit., ibídem.

literal establecía que "las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse".

La preceptiva legal contenida en el artículo 595 del derogado código judicial contrariando la regla o principio general del artículo 1757 del código civil colombiano eximía de la "carga de la prueba" a quien alegara hechos consistentes en "negaciones" fundándose para ello en la vieja y revaluada teoría de que las negaciones no son susceptibles de prueba dada su absoluta imposibilidad o dificultad para aportarla, como veremos en el desarrollo de este capítulo. En efecto: el inciso segundo del artículo 177 del nuevo código de procedimiento civil colombiano zanjó de una vez por todas la polémica suscitada en torno a los principios anteriores y terminó con las frecuentes y equivocadas interpretaciones a que dio origen la aplicación del artículo 595 del viejo código judicial, pues lógica y científicamente estableció dicho precepto como verdadera excepción a la regla general de distribución de "carga de la prueba" a que se refiere el primer inciso del artículo citado y el 1757 del código civil en su primer inciso, la de que los hechos notorios y "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Hecha esta breve digresión discurramos algo en torno al carácter indefinido de las proposiciones afirmativas y negativas, tema de trascendental importancia en el campo del proceso y en la doctrina misma del derecho.

Ante todo digamos que la proposición —según las severas enseñanzas de la lógica— es la expresión normal de cualquier juicio lógico; es —al decir de FRANCISCO ROMERO— el órgano gramatical o verbal del juicio, su vehículo. Así, verbigratia, si enuncio el juicio Pedro es soltero, hay aquí una proposición verbal, un juicio, contenido significativo de la proposición, que consta de conceptos dispuestos con cierto enlace y enunciativamente, juicio que como puede advertirse, se refiere a una situación objetiva determinada, a determinada situación temporal, cual es la soltería que se predica de Pedro.⁽⁴⁷⁾

Nos enseña además la lógica cuáles son los distintos elementos que constituyen un juicio lógico. El primer elemento que hallamos es el "concepto-sujeto" (sujeto del juicio); este concepto está en

(47) cfr. Francisco Romero, "Lógica", 17ª Edición, Editorial Espasa Calpe-Argentina, S. A., 1961, pág. 60.

representación del "objeto" a que el juicio se refiere. Como todo juicio es un pensamiento enunciativo, forzosamente tiene que referirse a un determinado objeto sobre el cual debe recaer la enunciación, y el "concepto-sujeto" personifica este objeto. El "juicio", pues, no está ni puede estar constituido por los objetos a que se refiere; éste solo consta de conceptos. La naturaleza del juicio, es, pues, ideal, lógico, ya que el juicio no es nada distinto de una conexión enunciativa de conceptos. De otra parte, los juicios desde el punto de vista de la cualidad no pueden ser sino "afirmativos o negativos"; no hay término medio posible. Lo que el juicio afirma, es o pretende ser siempre una verdad. Sin pretensión de verdad no hay juicio. Es que la verdad del juicio está contenida unas veces en una afirmación y otras en una negación, ya que la cualidad de los juicios de ser afirmativos o negativos depende de que la verdad de un conocimiento no posee grados, y esta misma circunstancia o cualidad hace que no haya conocimientos más o menos verdaderos, comoquiera que no existe un conocimiento más verdadero que otro, pues la verdad no admite grados, si por verdad se entiende la correspondencia de un conocimiento con su objeto, como tradicionalmente lo preceptúa la lógica.

Estas previas consideraciones, que no son sino rigurosos y elementales principios de la lógica nos habrán de ser útiles para clarificar y comprender mejor el estudio de las proposiciones negativas e indefinidas a las que a continuación nos referiremos. Quizás es en este punto en el que la lógica encuentra propicio campo de aplicación y, por lo que, muy acertada resulta la sabia afirmación de que la prueba no es nada diferente que la lógica aplicada en el terreno judicial.

El más desprevenido observador fácilmente puede advertir cómo lo más frecuente en cualquiera discusión en que sostiene una parte la afirmativa y otra la negativa, lo que existe en verdad de por medio no es sino una alegación positiva susceptible de poder demostrarse con facilidad, y que todo en el fondo no consiste sino en una simple diferencia en cuanto al modo de fijar y enjuiciar la cuestión. Si, "verbigratia", afirmo que Juan es pobre y otro niega mi aserto, claramente puede verse y comprobarse cuál de los dos tiene razón, pues quien negó mi afirmación de que Juan es pobre se halla tan imposibilitado para aportar la prueba como si hubiera afirmado que Juan era rico, y yo hubiera negado asimismo su aserto. Sucede entonces, que las proposiciones enunciadas negativamente contienen casi siempre implícitamente una afirmación, y la sim-

ple negación no existe sino en apariencia. Si se afirma que determinado metal no es de oro, implícitamente afirmo una cualidad contraria de dicho metal, y esta cualidad afirmativa contenida implícitamente debo yo probarla. Es así pues, como en innumerables casos bajo el velo o apariencia de una negativa casi siempre se oculta una afirmación precisa y terminante, negativa que arranca en el común de los casos de una afirmativa, como si digo "verbigratia", que no debo nada a mi acreedor, caso en el cual implícitamente afirmo el pago, el cual una vez probado plenamente, demuestra "a fortiori" que no le adeudo nada a mi acreedor.

Un hecho, pues, no resulta negativo sólo porque se enuncie bajo la forma de una proposición negativa sino cuando enunciado afirmativa o negativamente afirma la falta de un hecho positivo. En esta hipótesis la negativa sería absoluta, y si respecto de ella hay exoneración de la "carga de la prueba" por parte de quien la formula no se debe ello al carácter "negativo" de la proposición o del hecho negativo en ella contenido, sino a lo "indefinido" de la misma, aspecto que en estricta técnica jurídica es lo que invierte o desplaza la "carga de la prueba". La prueba, pues, de la negación de un hecho bien puede resultar imposible o difícil no por lo negativo del mismo, sino por su carácter indefinido, cosa bien distinta. Es por esto por lo que ya advertimos que el principio general el que "afirma debe probar", fundado en la circunstancia de la imposibilidad de probar los hechos negativos resulta absurdo, amén de que la doctrina del derecho probatorio se ha encargado de devolver a tal principio su auténtica fisonomía.

En derecho moderno ya no puede aseverarse, pues, en forma dogmática la absoluta imposibilidad o dificultad para probar los hechos negativos toda vez que las enseñanzas de la lógica y la realidad objetiva de las cosas nos ponen de presente incontestablemente todo lo contrario. Y que no sea —digámoslo una vez más— tal imposibilidad o dificultad en la prueba el escudo de corzo en que ligeros e irresponsables litigantes pretendan apoyarse para querer desplazar hacia su adversario el "peso de la prueba"; propugnar la tesis contraria sería tanto como irrumpir la justicia en injusticia, introducir el caos y la anarquía y la más abominable de las arbitrariedades en la composición de los conflictos de intereses.

¿Qué pensar del litigante que, atrincherado en la imposibilidad para aportar probanzas pretendiera descargarse del "onus probandi" con sólo afirmar sus pretensiones de determinada manera y poder obtener así sentencia favorable? Y si en verdad se hallaba

en absoluta imposibilidad para demostrar su aserto, ¿para qué acudió tan temerariamente a la justicia? Claras y fundadas razones de equidad imponen la “*carga probatoria*” a cargo de quien afirme o alegue el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido, independientemente de la facilidad o dificultad en que se halla para demostrarlos, como tuvimos oportunidad de verlo en parágrafos anteriores.

El tradicional principio “*negativa non sunt probanda*” está, por lo demás, en flagrante y abierta contradicción con todos aquellos casos en que el fundamento de la pretensión es un hecho negativo. Así, *verbigratia*, en la “*condictio indebiti*” se debe probar que lo que se ha pagado “*no era debido*”; en la pretensión de daños y perjuicios causados por omisión culposa debe demostrarse que no se ha hecho por el demandado lo que se debía; en la pretensión de “*prescripción de servidumbre*” debe probarse, asimismo, el “*no uso*”, con lo cual corroboramos cuanto hasta aquí hemos venido analizando, es decir, que en el derecho procesal moderno no es ya dable sostener la antigua y revaluada tesis de que las “*negaciones no son susceptibles de prueba*”, por su absoluta imposibilidad lógica de hacerlo, y, que por ende, se asigne la “*carga de la prueba*” al adversario. “*Y aunque la prueba del hecho negativo —como anota CHIOVENDA— se obtenga mediante la prueba de otro hecho positivo, ello no quita para que el tema de la prueba sea el hecho negativo*”.⁽⁴⁸⁾ Otro tanto puede predicarse de la pretensión “*negatoria de servidumbre*” (“*actio negatoria servitutis*”) en la que le bastará al demandante demostrar su derecho de dominio en el inmueble para que, acreditada plenamente la propiedad del mismo, no pese él con la carga de demostrar la “*no existencia de servidumbre en su predio*”, prueba que incumbirá al demandado, lo cual demuestra claramente que el principio tradicional en materia probatoria, “*al actor le incumbe la carga de la prueba*”, está más que derogado.

Un hecho que se expresa por una “*proposición negativa*” no por ello “*es siempre negativo*”. Normalmente una negación encierra la afirmación de la calidad contraria, como acontece “*verbigratia*”, en el caso que yo pretenda exigir el cumplimiento de una obligación que consta en instrumento y el demandado contesta la demanda asegurando que tal instrumento no es válido; en esta hipótesis, el demandado no ha formulado un hecho negativo propiamente dicho, sino uno positivo, a saber: que el instrumento es nulo porque tiene

(48) Chiovenda, “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, volumen III, 1ª edición, pág. 90.

algún vicio que lo torna inválido. No podría, por tanto, escudarse diciendo que no le obliga la prueba del hecho negativo, porque como claramente se ve en el ejemplo propuesto ha aseverado implícitamente la existencia de un hecho afirmativo, que como tal, debe probar.

Otro tanto acontecería si el demandado no contestara la demanda en que le exige el cumplimiento de dicha obligación, pues en tal hipótesis me correspondería como actor la “*carga de la prueba*”. Es un caso idéntico a aquel en que el demandado contestara negando en forma definitiva los hechos aseverados o alegados por el actor: si el hecho negativo expresado por la proposición negativa está circunscrito por circunstancias de tiempo, modo y lugar, la afirmación que la negación encierra debe probarla el que niega, porque entonces el hecho queda definido, y obliga a que se pruebe en lo positivo que tiene de por medio pruebas también positivas.

Empero, si la existencia del hecho es ilimitada, indefinida en el tiempo, en el espacio y en la acción, tanto su negación como su afirmación resulta imposible de probarse por su esencia misma de “*hecho indefinido*”. De ahí que la característica esencial de las negaciones indefinidas resida, pues, en que no se hallan limitadas por circunstancias de tiempo, modo y lugar que pudieran ser los hechos positivos en que se apoyaran. Recuérdese que en lógica una de las grandes divisiones en que por razón de la cantidad se dividen las proposiciones es justamente aquella que las clasifica en “*universales*”, “*singulares*”, “*particulares*” e “*indefinidas*”, siendo estas últimas aquellas en que el sujeto es indeterminado. En el terreno jurídico una negativa es absoluta o indefinida cuando respecto de ella concurre la circunstancia de no envolver la afirmación de una calidad contraria; con otras palabras: cuando de dicha negativa no se desprende ninguna afirmación por ser aquella indefinida en el tiempo, modo y lugar. Para el doctor LUIS CARO ESCALLON, eminente jurista desaparecido, la proposición indefinida es “*la que ha podido suceder en un largo espacio de tiempo, o en numerosos lugares, o ambas cosas a la vez*”.⁽⁴⁹⁾

Resta advertir finalmente que el carácter indefinido de determinada proposición lo es en abstracto y en estricto rigor lógico, es decir, para el juez y la parte contraria, y no en concreto, o sea para la parte que la propone. Así, “*verbigratia*”, si afirmo que siempre

(49) Luis Caro Escallón, “*Derecho Probatorio*”, notas de clase mimeografiadas tomadas en la Facultad de “*Ciencias Económicas y Jurídicas*” de la Universidad Javeriana, Bogotá, 1966, pág. 106.

he ido a misa todos los domingos (*afirmación indefinida*), yo, al enunciar tal proposición se que sí he dejado de cumplir en determinadas ocasiones y en varias de esas fiestas con tan sagrado precepto; no obstante, a la parte contraria interesada en negar mi aserto, le corresponde probar cuándo.⁽⁵⁰⁾

Importa indagar ahora para complementar estas ideas dónde reside o se encuentra la esencia de la indeterminación de las "*proposiciones indefinidas*". Es incuestionable que su indeterminación lógica se halla en la circunstancia de no encontrarse delimitadas, circunscritas por circunstancias de tiempo, modo y lugar, las cuales deben concurrir todas para que pueda predicarse tal carácter de ellas. Así, en la prueba de testigos que declaran haber visto cometer un crimen y la de otros que habiendo estado presentes en el mismo lugar y la misma hora depongan no haber visto nada, esta última tendrá tanto peso como la primera, sencillamente por haberse la circunscrito. Vemos, pues, cómo en realidad toda negación implica casi siempre una afirmación, que si puede circunscribirse, es susceptible de prueba, por lo cual cuando en una negación actúa alguna de las circunstancias que ya hemos mencionado fácilmente podrá advertirse cómo se transforma o convierte en afirmación, sujeta como tal a prueba.

No obstante se arguirá que existen algunas negaciones que por su naturaleza se resisten a toda clase de probanzas tales como ésta: jamás he encontrado a Juan. En casos como éste para probar que jamás he encontrado a Juan sería necesario que tuviera testigos que no me hubiesen perdido de vista en toda mi vida; prueba positiva, es cierto, pero absolutamente imposible. "*Aquí la negativa se analiza —como lo anota BONNIER— en un número infinito de proposiciones afirmativas, así como la línea curva se descompone en líneas rectas. Los hechos tomados aisladamente no tienen nada que no sea positivo, consistiendo la dificultad en su multiplicación. Pues bien: proviniendo —son palabras de BONNIER— la misma imposibilidad moral de la naturaleza compleja de una proposición simple en apariencia, puede encontrarse en una proposición afirmativa tal como ésta: siempre ha llevado en el dedo tal anillo*".⁽⁵¹⁾

Veamos algunos otros ejemplos de negaciones limitadas bien por circunstancias de tiempo, ora de modo o lugar, para entender

(50) Luis Alzate Noreña, "*Pruebas Judiciales*", Imprenta Departamental, Manizales 1941, pág. 109.

(51) Eduardo Bonnier, "*tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*", Editorial Reus, 4ª edición, Madrid, 1913, Tomo I, pág. 43.

mejor el alcance de las proposiciones indefinidas. Así, si afirmo que el 30 de septiembre no tenía aún 52 años, dicha negación equivale a esta otra afirmación: que en tal fecha cumplo 52 (hecho éste que sí puede probarse con el acta o partida de nacimiento). Una negación limitada por una circunstancia de modo sería ésta: Juan no procedió honradamente en tal negocio, negación equivalente a la siguiente afirmación: Juan cometió tal falta en tal negocio (hecho éste que también puede probarse por alguno de los medios probatorios señalados por la ley). Finalmente, veamos una negación limitada por una circunstancia de lugar: mi predio no tiene pleitos, la cual equivale a esta otra afirmación: mi predio está libre de ellos, hecho éste que puede probarse por medio de certificación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar donde se encuentre ubicado. Un nuevo ejemplo podría ser éste: no he recibido pensión del Estado; en este caso, como el Ministerio de Hacienda lleva el dato exacto de las personas pensionadas oficialmente, la persona interesada en negar este hecho debe demostrarlo plenamente, por cuanto hay un sitio o lugar donde puede concretarse la demostración de su "*no hecho*".

Una negación se define, pues, y por tanto está sujeta a prueba cuando se apoya en hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse. El sagaz pensamiento del ilustre expositor francés antes citado nos conduce a aseverar como conclusión lo siguiente: cuando un hecho es de carácter indefinido es indiferente que se formule negativa o afirmativamente, y en consecuencia, quien así lo alegue o enuncie está exonerado de la "*carga de la prueba*". Así, si la Nación demanda la restitución de un terreno baldío le basta a ésta con afirmar que el fundo tiene la calidad de tal, y su afirmación es en este caso típicamente indefinida, por lo que entonces es al poseedor a quien corresponde probar que "*no lo es*", porque ya el Estado lo ha adjudicado. La aseveración o alegación que el Estado hace de ser baldío determinado fundo entraña una "*negación indefinida*", o sea, la de no haber salido de su patrimonio, negación que debe destruirse con la prueba de la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el derecho de dominio por quien se pretende dueño.

Otros ejemplos típicos de "*negaciones indefinidas*" pueden ser los siguientes: jamás he viajado a Europa; nunca he girado un cheque; en mi vida entera jamás he servido de fiador. No obstante, a pesar de ser indefinidas las negociaciones así propuestas fácilmente pueden traducirse en hechos positivos, los que como tales tam-

pocos podrían demostrarse. Veámoslo: he permanecido siempre fuera de Europa; siempre he girado documentos distintos del cheque; he estado siempre alejado durante toda mi vida de las fianzas. Existen, pues, hechos claramente positivos cuya existencia no puede comprobarse, lo cual reside en la circunstancia de ser "indefinidos", como claramente puede advertirse en los ejemplos antes propuestos. Lo mismo sucede con las negaciones de la misma índole, las que también están exentas de la "carga de la prueba", al igual que las afirmaciones indefinidas. Por tanto, el hecho que se alegue en el proceso en forma de "afirmación o negación indefinida" no está sujeto a prueba por parte de quien lo invoque. "A contrario sensu", el hecho alegado y discutido por una de las partes en forma de "afirmación o negación definida", debe ser plenamente demostrado para que pueda fijarse y tenerse en cuenta en la decisión de mérito que profiera el juzgador (C. P. C., artículo 174).

Si de antiguo se admitió como excepción a la regla general sobre "carga de la prueba" la alegación de hechos negativos para concluir equivocadamente la doctrina que el demandado no debía probar cuando el actor tampoco demostraba nada, y que bastaba la simple negación para quedar exento de la "carga de la prueba" era lógico que los doctrinantes tuvieran que distinguir para dar apoyo a su teoría entre "negativa de cualidad", "negativa de derecho" y "negativa de hecho". Es "negativa de cualidad" —como lo anota el expositor colombiano ENRIQUE A. BECERRA— "la negación que incluye el desconocimiento de alguna aptitud de persona o cosa, negativa que debe probarse porque envuelve afirmación positiva de un estado de derecho o de hecho: así, por ejemplo, si niego que Pedro esté sano de inteligencia, afirmo que está loco; si niego que es mayor de edad, afirmo que es menor; si niego que un objeto es de oro, afirmo que es de otro metal; si niego que un bien del Estado es mostrenco o vacante, afirmo que es patrimonial"⁽⁵²⁾

"Es negativa de derecho", la proposición que desconoce la legitimidad de un acto que, realizado, establece en su existencia concreta una situación que para ser modificada en su normalidad, reclama la prueba de la negativa"⁽⁵³⁾ Así, cuando Pedro en proceso contencioso le niega a Juan su calidad de hijo natural porque el reconocimiento no se hizo conforme a la ley, constituye un caso en el cual dicha negativa se apoya en hechos positivos que Pedro debe probar (C. P. C., artículo 177).

(52) Enrique A. Becerra, "Teoría y práctica de las pruebas judiciales según la legislación civil colombiana", Imprenta Nacional, Bogotá, 1933, Tomo I, pág. 88.

(53) Becerra, op. cit., ibídem.

"Es negativa de hecho" la proposición con la cual se declara la inexistencia de un hecho o de una modalidad que le es propia; si el hecho está determinado por circunstancias de tiempo y de lugar, siendo como son positivas estas circunstancias, definen el hecho y exigen la prueba también positiva por cualquiera de los medios legítimos; si el hecho es indefinido, ilimitado o indeterminado en su propia existencia, su prueba es imposible, así como también la prueba de los hechos positivos indefinidos, porque la imposibilidad no depende del carácter de positivos o negativos (subrayamos) sino de su esencia como indefinido. Probar que Juan, quien siempre habitó en Bogotá, nunca subió a Monserrate es tan imposible como probar que todos los días visitara dicha colina"⁽⁵⁴⁾

No puede tampoco confundirse la prueba del hecho negativo, como "verbigratia", al que alude el artículo 2.313 del código civil con la obligación de "no hacer alguna cosa", en la que la ley perentoriamente impone una obligación de "no hacer determinada cosa", como cuando alguien se obliga a no levantar la altura de su edificio en forma que tape la vista de la casa de su vecino, de no hacerle competencia a un comerciante en determinada industria o localidad, etc., casos en los cuales es al acreedor de la obligación negativa a quien le corresponde aportar la "carga de la prueba" del acto o hecho positivo ejecutado por el deudor y con el cual ha violado flagrantemente aquella obligación. En casos como éste se ha infringido una regla de conducta acordada contractualmente o impuesta por la ley, y de ahí que sea el acreedor o la competente autoridad a quien incumbe probar que el deudor infringió la obligación "de hacer" realizando el hecho positivo constituido de transgresión.

Con relación a estos principios existen algunas excepciones tales como la que "verbigratia" consagra el artículo 2.249 del C. C. según el cual si el contrato de depósito consiste en objetos contenidos dentro de baúl, fardo, etc., asegurados con sellos o cerraduras de modo tal que no se conozcan aquéllos, en caso de forzamiento o rotura de éstos por culpa del depositario bastará la simple afirmación del depositante sobre la cantidad y calidad de las especies depositadas, para que estas circunstancias así alegadas se consideren probatoriamente establecidas. En este caso, no será necesaria prueba alguna del hecho alegado.

Para terminar este rapidísimo esquema de las "proposiciones indefinidas", bueno es advertir que todo cuanto hasta aquí se ha dicho de las negativas absolutas, debe entenderse igualmente dicho

(54) Idem, op. cit., ibídem.

respecto de las afirmaciones que tienen ese mismo carácter, es decir, que quien las formula está exonerado de la "carga de la prueba". Así, si Pedro asevera haber sido honorable toda su vida, no puede probar dicha afirmación por ser "indefinida". Por regla general los hechos indefinidos, sean afirmativos o negativos, rarísima vez son materia de discusión entre las partes en litigio; la razón de este aserto estriba en la consideración de que los hechos en su inmensa mayoría como generadores de derechos que son, casi siempre resultan limitados y circunscritos por circunstancias de modo, tiempo y lugar que permiten su pronta y fácil verificación, aunque éstos se enuncien en forma negativa.⁽⁵⁵⁾ El ejemplo, "*verbigratia*", que el expositor colombiano LUIS ALZATE NOREÑA propone en su magnífica obra de "*Pruebas Judiciales*", en el evento en que el actor le niega al demandado su carácter de hijo natural, caso en el cual implícitamente afirma otra calidad o estado civil respecto a éste, en realidad de verdad no pesa o carga el demandante con la prueba de demostrar su negación, porque sea indefinido dicho hecho negativo, sino porque el demandado al invocar expresamente su carácter de hijo natural debe demostrar su aserto, pues él es quien afirma tener esta calidad, limitándose sólo el actor a negar de manera absoluta que aquél haya sido reconocido o tenido como hijo natural en ningún tiempo. Distinta es la hipótesis en que el demandante le niegue al demandado ese estado civil, v.gr., porque su reconocimiento no haya sido hecho conforme a la ley, pues entonces su negativa se fundaría en un hecho positivo que el demandante debe probar (C. P. C., artículo 177).

Hemos hecho especial énfasis en este último aspecto, porque parece que el doctor ALZATE NOREÑA diera a entender o sugiriera en el ejemplo por él propuesto que el actor está exonerado de la "carga probatoria" por el carácter indefinido de su proposición, no siendo ésta la verdadera razón, a nuestro juicio, para hacer pesar o gravitar sobre el demandado la carga de la prueba.⁽⁵⁶⁾

No obstante cuanto hasta aquí hemos dicho, en la práctica judicial son pocas en verdad las proposiciones que resultan o tornan indefinidas en su sentido o proyección legal, pues si bien es cierto que no puede desconocerse "*ab initio*" su indeterminación lógica, jurídicamente puede concretarse la proposición —inicialmente indefinida— introduciendo un elemento extraño al hecho mismo debatido, elemento con el cual se desvirtúa aquella quedando así claramente circunscrita y, por ende, susceptible de probarse.

(55) Idem, *ibídem*.

(56) Alzate Noreña, op. cit., pág. 109.