



## APROXIMACION AL CONCEPTO DE PRUEBA

Jaime Antonio Barros Estepa

Sumario: I. Introducción. II Origen de la prueba. III. Hechos y Pruebas. IV. El proceso y las pruebas. V. aproximación al concepto de prueba. VI. Conclusiones.

### **I. INTRODUCCION**

La prueba reviste inmutable centralidad en la vida de todas las personas y seres vivos del planeta, razón por la cual hoy después de tantos escritos, estudios y avance jurídico se pueda considerar como un tema agotado; con el paso del tiempo los hechos nos colocan en un plano de nuevos desafíos los cuales reclaman otros enfoques que nos llevan abordar esta materia probática de modo diferente.

La evolución y transformación de las costumbres sociales, la política, la economía, las nuevas tendencias de hacer negocios, la ciencia y tecnología y las distintas creencias incluyendo los aspectos religiosos tiene una estrecha relación en la construcción de los hechos y consecuentemente en el mundo jurídico.

La prueba es, tal vez, el tema de estudio de mayores implicaciones culturales y sociales, en conexión con los derechos fundamentales de las personas y ser vivo del planeta.

El presente trabajo, pretende resolver una pregunta aparentemente simple: ¿qué es la prueba?, ¿la prueba solo le interesa al derecho?, y ¿cuál es la verdadera relación entre prueba y proceso?, los cuales intentaremos resolver.

En este trabajo exploraré el rendimiento teórico de las hipótesis del párrafo precedente, concentrándome en el contenido tradicional y esencial de las llamadas reglas sobre carga de la prueba<sup>2</sup>, toda vez que ellas han sido recientemente objeto de cuestionamiento. Para la exposición de los argumentos, este artículo se divide en seis partes. La primera y la última corresponden a la introducción y conclusión. Entre uno y otro extremo hay otras cuatro. En la segunda expongo los argumentos que, me parece, conducen a la (propuesta de) abolición de las reglas sobre “*onus proband*”. En la tercera, intentaré responder la pregunta: ¿Qué significa afirmar que las reglas sobre carga de la prueba son reglas jurídicas? Luego, me concentraré, en una cuarta parte, en precisar las razones





subyacentes a las reglas sobre la carga de la prueba. Para ello me valdré, principalmente de los argumentos ofrecidos por Leo Rosenberg. En la quinta parte, la cuestión a discutir será la aptitud de las reglas imperativas de carga de la prueba para servir de antídoto contra la justicia cerebrina. Cierra este trabajo una pequeña conclusión que busca destacar, a la luz de lo expuesto, ciertas virtudes propias del razonamiento práctico guiado por reglas.

Si algún valor tiene esta exposición de ideas, ella ha de buscarse en el desarrollo de los argumentos y no en su conclusión. De ahí que pueda afirmar desde el inicio de esta investigación que, de acuerdo a lo que expondré, existen muy buenas razones para descartar la propuesta abolicionista, por lo menos en lo que a las reglas sobre onus probandi toca. Ello, porque las referidas reglas entregan de forma autónoma e independiente razones para la acción que, en tanto tales, son opacas a sus razones subyacentes próximas o remotas. Razones subyacentes que, por lo demás, solo indirectamente se vinculan con aspectos epistemológicos. Finalmente, la existencia de estas reglas (como muchas otras reglas reguladoras de la prueba judicial) se justifica sistémicamente por su capacidad para limitar (en un grado no menor) la llamada equidad cerebrina. Que, como mostraré, con la excusa de realizar la justicia, deviene siempre en arbitrariedad y falta de seguridad para las partes en un proceso.

## **II. ORGIEN DE LA PRUEBA**

El concepto de prueba tiene una dimensión suprajurídica y extrajudicial, porque dicho concepto igualmente prueba ser aplicado tanto en la investigación científica, como a las diversas situaciones que se dan en la vida cotidiana, no necesariamente jurídicas, si bien, obviamente dicho concepto cobra importancia esencial en el sistema jurídico y, muy particularmente en el subsistema procesal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PRUEBA Y TRIBUTOS. Carlos romero Plaza. Editorial: TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015. Página 19.





Resulta necesario entender que muchos autores han abordado el tema de la prueba, partiendo de su origen exclusivamente jurídico, situación que ha hecho que la sociedad en general llegue a pensar que hablar de prueba es un tema exclusivamente para los profesionales del derecho.

Existe una relación inseparable entre hechos – pruebas y verdad, lo que nos indica en primera instancia que el insumo de la prueba son los hechos, lo cual nos lleva a la primera afirmación que no existe prueba sin que hay ocurrido un hecho.

Dicha afirmación nos lleva a una primera conclusión:

- Para abordar el concepto de prueba se debe entender el concepto de hecho.

Aproximación a la definición de hecho:

Para TARUFFO<sup>2</sup> quien se planteará en términos generales el problema de definir lo que constituye un “hecho” se encontraría frente a un problema muy complejo. Puestos a identificar de forma genérica y aproximada la situación o la “porción de experiencia” que nos ocupa, el problema surge cuando se pretende definir analíticamente esta situación y el hecho o los hechos que la componen. En efecto, ninguna proposición descriptiva es apta a priori para captar y agotar el hecho y ni siquiera se puede sostener que este esté descrito completamente por una serie, incluso extensa, de proposiciones.

Resulta intuitivo, en efecto, que cualquier situación fáctica pueda ser sometida a un proceso de descomposición en dos direcciones: cualitativa y cuantitativa. Según TARUFFO, se está frente a una descomposición cualitativa cuando se individualizan aspectos distintos de la situación en cuestión: así, por ejemplo, describiendo un accidente de tránsito se pueden distinguir sucesivamente “pedazos” de la situación: el tipo de coche, la velocidad, la marca, el color, la altura del conductor, el color de su corbata, etc. No es necesario destacar que esta descomposición o multiplicación aumenta si se toman en consideración más puntos de vista, es decir, descripciones de la misma situación de hecho ofrecidas por sujetos distintos o desde perspectivas distintas. Por descomposición cuantitativa se puede entender el procedimiento mediante el que, dada una cierta circunstancia, está es analizada en detalles

---

<sup>2</sup> LA PRUEBA DE LOS HECHOS, Michele Taruffo. Editorial: TROTTA Madrid 2009. Página 93.





cada vez más precisos: así, por ejemplo, la dinámica de un automóvil puede descomponerse pensando únicamente en el funcionamiento del motor, después en el de cada pieza de aquel, después en su composición, más tarde en su estructura molecular, y así sucesivamente, profundizando cada vez en el nivel de análisis de aquella circunstancia.<sup>3</sup>

De lo señalado por TARUFFO, resulta válido afirmar la enorme complejidad en definir el concepto de hecho, dado la gran cantidad de hechos que suceden en el planeta cada segundo, al tratar de definir un concepto que encierre todos y cada uno de estos sucesos, algunos que se originan por la preexistencia de otros hechos y otros que existen por la misma voluntad de quien los origina.

En línea de lo afirmado por TARUFFO, resulta válido afirmar que los hechos están compuestos por otros hechos y que su conocimiento depende de que tanto profundicemos en él, cuando se trate de un estudio o análisis cuantitativo de la existencia de un hecho.

La prueba como institución jurídica reveladora de la verdad, necesariamente debe alimentarse de hechos, considerándose como hecho el nivel de conocimiento de la ocurrencia o no del mismo, valiéndose de todas aquellas circunstancias cualitativas y cuantitativas que hacen parte de los mismos.

Los hechos en principio son extraprocesales, su existencia ocurre fuera de un proceso judicial y la mayoría ocurre sin que se pueda premeditar que algún día vayan a hacerlo, como por ejemplo cuando dos personas acuerdan casarse y consecuentemente producto de esa unión llega un hijo; sin que se prevea por algunos de los conyuges un divorcio o separación judicial.

Los hechos constituyen el principio y origen de todo, así, por ejemplo, hoy todavía nos cuestionamos el origen del hombre o creación de nuestro planeta tierra, y necesariamente existen hipótesis científicas, religiosas y entre otras que suponen la existencia de otros hechos necesarios para que la existencia del ser humano, los animales y la complejidad natural del planeta tierra hoy todavía son hechos en investigación permanente que buscan una sola verdad.

---

<sup>3</sup> LA PRUEBA DE LOS HECHOS, Michele Taruffo. Editorial: TROTTA Madrid 2009. Página 93.





Lo anterior confirma, que, si observamos la ocurrencia de cualquier tipo de hecho, los niveles de conocimiento cuantitativos conllevan necesariamente al estudio de los hechos y la ciencia, veamos:

Por ejemplo, si estamos analizando de la muerte de una persona, lo primero que se analiza en su causa y para ello el hecho necesita auxiliarse de las ciencias forenses, que señalaran otros hechos en un primer nivel de conocimiento que alimentaran el dictamen científico que afirma la posible causa de fallecimiento; todo esto, sin que se prevea que vaya a ser sometido al examen de un proceso judicial.

En el mismo sentido, un accidente de tránsito deberá someterse a un dictamen pericial, que equivale a que el hecho debe ser analizado desde la ingeniería mecánica, lo que equivale a la necesaria dependencia de la ciencia de los hechos, como insumo de averiguación de la ocurrencia o no de un hecho.

La ciencia de los hechos no puede confundirse con el derecho como ciencia; según TUZET<sup>4</sup> dice que concebir al derecho como una ciencia pueda parecer sorprendente, lo cierto es que ello no solo ha sucedido, sino que se trata además de iniciativas celebres. Antes de recordarlas debemos aclarar una ambigüedad: hablar de “derecho como ciencia” puede querer decir al menos dos cosas: que el derecho en cuanto tal posee caracteres científicos o que el estudio del derecho tiene esos rasgos.

La ciencia de los hechos corresponde a la caracterización propia misma de la naturaleza de los hechos que asocian su ocurrencia, por ejemplo: cuando una persona comete un homicidio premeditado, implica entonces que nos encontramos a hechos psíquicos y materiales, los primeros se asocian a las ciencias asociadas de la psicología, psiquiatría y perfil criminalístico y los segundos hechos se asocian con las ciencias forenses como balística, ADN, entre otros.

Es decir que, la ciencia de los hechos cualitativos y cuantitativos resulta determinante para la investigación sobre la ocurrencia o no de un hecho; dicha ciencia respecto esta perspectiva de los hechos colabora con su entendimiento, explicación sobre su ocurrencia y del porque algunas particularidades sobre los mismos.

---

4 FILOSOFIA DE LA PRUEBA JURDICA, Giovanni Tuzet. Editorial: MARCIAL PONS, COLECCIÓN FILOSOFIA Y DERECHO, Madrid 2021. Página 61.





De esta tesis se deriva la reconocida prueba pericial o científica en el proceso judicial en la cual mediante expertos las partes y el juez intentan reforzar la hipótesis de la ocurrencia o no de determinados hechos.

Aunque este escrito su objetivo no pretende cuestionar la utilización de este tipo de pruebas dentro del proceso, el artículo 226 del CGP<sup>5</sup>, condiciona su procedencia a si los hechos requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Del texto normativo anotado, se tiene que los hechos y la ciencia no solamente tienen un origen meramente epistémico, todo lo contrario, su aceptación y procedencia dentro del proceso judicial y administrativo resulta coherente con el origen y naturaleza de los hechos.

También del texto normativo, nos surge la pregunta, ¿cuál hecho no requiere un conocimiento especial científico, técnico o artístico?

Si revisamos cuales hechos requieren de la explicación científica, técnica o artística, observamos que todos se deben alguna de estos pilares condicionantes normativos como requisitos de admisibilidad en un proceso judicial, incluso aquellos de fuerza mayor o caso fortuito.

Así que la respuesta a la pregunta, tal vez en circunstancias excepcionales no se requiera el conocimiento científico para su comprensión dentro de un proceso judicial, aunque la relación hecho-ciencia siga existiendo, por ejemplo: si es capturado en flagrancia una persona con contrabando, debido a que ni el momento del operativo exhibió los documentos que acreditaran las mercancías, ni posterior a la ocurrencia de los hechos, seguramente las mercancías tendrán relación con la ciencia, sin embargo, el contrabando por la ausencia de demostración de la legalidad de las mercancías y su flagrancia constituyen el hecho sujeto a controversia, lo cual, corresponde a las propias reglas de los hechos de derecho y no a un hecho de origen de la ciencia.

Lo que quiere decir entonces que el origen de la prueba recae en los hechos naturales y en los hechos jurídicos.

---

<sup>5</sup> CODIGO GENERAL DEL PROCESO. ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

[...]





La mayoría de los doctrinantes como TARUFFO, GASCON, FERRER entre otros al abordar las clasificaciones de los hechos los clasifican como institucionales y brutos, en donde manifiestan que los primeros son los que hacen parte del proceso y los segundos no existen en el dominio jurídico.

De lo anterior, debo manifestar que todo hecho hace parte del derecho y tiene su potencialidad de hacer parte del acervo probatorio de un proceso y no por hacer parte de ese proceso en particular deja de ser un hecho.

Es decir, si observamos los hechos con el único propósito judicial, entonces entenderemos las perspectivas de los doctrinantes mencionados, y puede considerarse como hecho los que están dentro de un proceso y no lo son lo que no logran su admisibilidad.

El entendimiento que un hecho lo es cuando es considerado en un proceso judicial, dentro del plano de la generalidad de los hechos y el origen de prueba, en mi opinión es un grave error de apreciación respecto del mismo estudio de la prueba, toda vez que, el único usuario de los hechos y pruebas no es el ordenamiento jurídico.

Conforme a lo expuesto, los hechos son analizados en el derecho; perspectiva que es resulta parcialmente cierta toda vez que, todo el ordenamiento jurídico contiene una estructura donde existe un supuesto de hecho del cual se deriva una consecuencia jurídica, y la ocurrencia del supuesto de hecho no es otra cosa que una cuestión probatoria.

Las normas jurídicas, son instrumentos que regulan las conductas, resuelven sus conflictos y ordenan la sociedad, nos preguntamos ¿si los hechos dependen del derecho o es este último que depende de los mismo?

Para que un hecho exista no requiere norma jurídica, por ejemplo: la obsesión de un individuo que se forma por un conjunto de hechos y conductas que llegar hasta dominar la voluntad y la misma conciencia del bien y del mal.

Toda esta situación mental y psíquica del individuo nacen de su interior y de una cadena de hecho que lo colocan en un estado mental, en la que sus hechos siguientes se encuentran a la merced de la obsesión.

El derecho interviene en este caso en concreto cuando, cuando una norma prevea este hecho o que una conducta que deriva de ella conlleve una consecuencia jurídica, bien sea desde las normas que regulan el derecho a la salud o cuando derivado de esta situación mental se contraviene el ordenamiento punitivo.

Conforme a lo expuesto, se puede aseverar que la ocurrencia de los hechos, no dependen del derecho, en cambio, este si depende de ellos, porque no existe consecuencia jurídica sin que el supuesto de hecho ocurra.





### III. HECHOS Y PRUEBAS.

Para aproximarnos a la definición de hecho, es necesario entender que existen hechos que son propios de las normas jurídicas, que, aunque se alejan de la realidad de social y de los hechos mismos, cumplen una función importante dentro del ordenamiento jurídico; como por ejemplo los hechos fictos o ficciones jurídicas en donde el supuesto de hecho solo existe dentro del ordenamiento jurídico, como por ejemplo la persona natural en comparación con la persona jurídica.

La necesidad de abordar el concepto de hecho es fundamental para aproximarnos el concepto de prueba, toda vez que, la actividad probatoria recae principalmente en la demostración en la ocurrencia de un hecho, es así como, el concepto y desarrollo del concepto de prueba está íntimamente ligado al desarrollo de los hechos.

El caso más reciente que demuestra que el motor de desarrollo del derecho son los hechos, como ocurrió con la PANDEMIA originada por el COVID-19, que desencadenó una cantidad de hechos que las normas no tenía prevista y obligo a que en tiempo récord se generaran todo un sistema jurídico que contempló todas las ramas del derecho, como por ejemplo el trabajo en casa, la virtualidad, el derecho a la conectividad, dentro del avance del derecho laboral.

Entonces si los hechos son los que desarrollan el derecho, por el avance de la tecnología, la ciencia, la perspectiva en la forma que cada generación va percibiendo los hechos y las situaciones, es decir, un mismo hecho tres décadas atrás pudiera tener unos efectos jurídicos distintos a los de hoy, como por ejemplo el avance y desarrollo que ha tenido a nivel mundial el hecho que un matrimonio no sea estrictamente como se concebía años atrás que debía ser entre un hombre y una mujer.

Es decir, el hecho sigue siendo el mismo, pero el derecho cambia y modifica las consecuencias jurídicas; lo mismo ha pasado con la penalización al consumo de drogas y el derecho a la dosis mínima.

La complejidad de los hechos hace que podamos confundir en que este lenguaje probatorio pueda llegarse a utilizar la misma palabra para referencia otras o similares acciones como sucede con la palabra “prueba”, en el sentido de la actividad probatoria o a los medios de prueba o al resultado del razonamiento o valoración de prueba.





Así como sucede con el termino prueba, lo mismo puede suceder con la palabra “hechos”, los que necesitan un estudio y clasificación para un mayor entendimiento, bajo el siguiente entendimiento:

- a) Hechos naturales: Son todos aquellos que se originan en el planeta mismo, con o sin la voluntad de los seres vivos incluye todos aquellos materiales o abstractos.
- b) Hechos jurídicos: Son todos aquellos que se originan por el ordenamiento jurídico y que no existe en el mundo real, como por ejemplo la muerte presunta.
- c) Hechos procesales:

Los objetos, son el resultado total o parcial de una cadena de hechos; por ejemplo, si estamos hablando de un fenómeno irresistible como un huracán IOTA, que destruyó gran parte de las islas de providencia y santa catalina el 16 de noviembre del 2020, quien alcanzó la categoría cinco con vientos de 250km/hora, dejando a más de 6 mil familias damnificadas.

El Huracán, se produce por el movimiento del mar, aire cálido convirtiéndole en una especie de máquina de energía, es decir, se forma por otros hechos que lo hacen posible, en el instante que hace daño en su calidad de huracán en el caso de ejemplo este hecho se convierte en el objeto de estudio; así mismo como los mismos hechos en otro territorio del mundo el objeto de estudio se puede denominar tormenta y no huracán.

El objeto de estudio u objeto de prueba corresponde al formación y evolución de los mismos hechos, lo que quiere decir que objeto y hecho pueden ser lo mismo, lo que pasa es que la mayoría de los hechos se transforman en objeto.

Por ejemplo, un martillo existe porque es el producto de un proceso de fabricación que son hechos y ese mismo martillo puede ser el arma letal que utiliza un asesino serial, por tanto, el martillo se convierte en objeto de estudio probatorio, que llegó a existir de un encadenamiento de hecho, y que forman parte del hecho mismo de los homicidios.

Sobre los objetos recaen hechos, pero el objeto no existe por si solo, es decir, los objetos con los mismos hechos pueden representar un instrumento o arma para el caso del ejemplo y va a depender sobre cuales hechos los que desarrollan el contexto objeto de estudio.

La prueba se puede considerar como la ciencia del conocimiento y demostración de los hechos, en cargada de revelarlos ante el juzgador, autoridad o el usuario que lo requiera.





Los hechos y las pruebas cada uno cumple su función dentro del proceso de conocimiento, revelación y demostrar la ocurrencia de un hecho.

#### **IV. EL PROCESO Y LAS PRUEBAS**

Tratándose de las reglas que disciplinan el proceso, el carácter sobre- o infra-incluyente, tiene además el siguiente inconveniente: puede ocurrir que esta propiedad de la regla procesal afecte la correcta aplicación del derecho sustantivo mismo. Esto es lo que, algunos estiman, puede ocurrir con mayor prevalencia con las llamadas “reglas regulatorias de la prueba” (Bentham, 1825; Taruffo, 2010).

En efecto, puesto que ninguna regla probatoria está en condiciones de prever todos los elementos que eventualmente pueden, en un caso particular, servir de criterios para la prueba de las afirmaciones sobre hechos relevantes en el proceso, dichas reglas son potencialmente contrarias tanto a la determinación de la verdad de las proposiciones empíricas como a la correcta aplicación de las normas sustantivas.

Desde los tiempos de Bentham en adelante, el derecho probatorio se ha preocupado por el estudio progresivo respecto del compromiso científico con la averiguación de la verdad de las proposiciones empíricas afirmadas en un proceso judicial, a fin de garantizar la realización de la justicia mediante la correcta aplicación del derecho positivo al caso particular; pues, de acuerdo a esta orientación, “la exclusión de toda evidencia podría llegar a ser la negación de toda justicia” (Bentham, 1825, p. 227). Los herederos intelectuales de Bentham, reunidos hoy bajo el rótulo común de “tradición racional del derecho probatorio” (Twining, 2017, pp. 35-98), han identificado, al igual que su maestro, un enemigo común a tan noble empresa: el formalismo jurídico, es decir, la aplicación acrítica del precepto jurídico, aun cuando aquella pueda estar reñida con el sentido común<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Conviene aquí recordar la historia que el propio Bentham usó para ejemplificar aquella “loca erudición” que representaba el formalismo: “Estaba yo presente en el Tribunal del banco del rey, en la sala Westminster, cuando el célebre Wilkes, después de haberse sustraído algún tiempo a la sentencia que esperaba, se presentó de improviso para recibirla. No es fácil imaginar hasta qué punto esta comparecencia inesperada sorprendió y confundió a los jueces. La forma procesal requería, no que se presentase él mismo, sino que apareciese remitido por el sheriff; fallando esta forma, el desconcierto de la justicia era verdaderamente cómico. Al fin se le dijo: ‘señor, particularmente quiero creer que usted se encuentra ahí, ya que usted lo dice y yo lo veo; pero no existe ningún antecedente de que la corte, en situación parecida, haya creído que debía fiarse de sus propios ojos; por tanto, nada tiene que decirnos’. ¿Quién le dirigía ese discurso? Uno de los más grandes genios de Inglaterra; mas ¿de qué sirve el genio cuando se encuentra oprimido por reglas que obligan a que un hombre tenga ojos y no vea y orejas y no oiga?” (Bentham, 1825, p. 6.) El célebre Wilkes es John Wilkes (1725-1797); y el sabio juez al cual se refiere la cita es lord Mansfield (William Murray, 1st Earl of Mansfield, 1705-1793). Véase también, Bentham, J. (1843). *The Works of Jeremy Bentham*. London: published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, Simpkin, Marshall & co., pp. 45-46. Vid. Para una aproximación sintética sobre el formalismo jurídico y su pretendida superación en el ámbito de Common Law, véase: Tamanaha, B. (2014). *The Mounting Evidence Against the ‘Formalist Age*. *Texas Law Review*, 92, 1667-1684.





Bentham no sólo quiere que el sistema procesal permita la rectitud de la decisión, sino que también quiere impedir el fracaso de la justicia, lo que sucede cuando no se adopta una decisión. El punto crucial es que el “fracaso de la justicia” puede ocurrir y normalmente ocurre, según Bentham, cuando se adopta una decisión sin apoyarse en pruebas. El sistema fracasa en proveer la oportunidad para la consideración judicial de la prueba. En otras palabras, el pleito se desestima sólo por razones procesales, y esto constituye, sin duda, un momento anterior a cualquier consideración de la prueba. “la clave del proceso es la prueba” (Betham)

Según TARUFFO<sup>7</sup>, la aceptación de la tesis según la cual existen razones válidas para considerar que en el proceso es *posible* determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia y que, incluso, es necesario se dirija hacia el descubrimiento de la verdad, produce varias consecuencias. Una de esas consecuencias es que nos podemos preguntar si, y eventualmente en qué medida, se puede interpretar el proceso como un instrumento epistemológicamente válido y racional, esto es, si, en sí mismo, el proceso es un instrumento o un método eficaz para el descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión. En efecto, parece sensato discutir acerca de una función epistémica del proceso, considerándolo como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia.

Para KELSEN<sup>8</sup>, la norma procesal no puede ser considerada como una norma primaria, toda vez que no establece un vínculo entre el hecho ilícito y la sanción; es decir, la norma procesal carece de la enunciación de un ilícito como presupuesto condicionante, ni identifica una consecuencia jurídica que incorpore la sanción. Solo su juridicidad la encuentra si se le considera como antecedente de un consecuente en el que se reporte una sanción. Tampoco puede entenderse como norma secundaria toda vez que no regula de forma negativa la condición contemplada en el supuesto normativo de la norma sancionadora, es decir, no regula el deber ser sobre las prestaciones debidas.

JOSEPH RAZ<sup>9</sup>, señala que las normas procesales permiten una actividad que va encaminada finalmente a que se emita una decisión que expresa aplicación de derecho, pero que igualmente resulta vinculante. Se requieren una

---

<sup>7</sup> SIMPLEMENTE LA VERDAD, Michele Taruffo. Editorial MARCIAL PONS, Barcelona / España 2010. Página 155

<sup>8</sup> FILOSOFIA DEL DERECHO PROCESAL, Martin Agudelo Ramírez. Editorial Leyer segunda edición 2006, Pagina 49

<sup>9</sup> FILOSOFIA DEL DERECHO PROCESAL, Martin Agudelo Ramírez. Editorial Leyer segunda edición 2006, Pagina 59





metodología de orden formal para que finalmente se imponga una decisión que aplique en derecho, en la que determina que derecho y deberes determinados tienen los individuos en virtud de las normas preexistentes, sin que para esto se pierda el carácter de vinculante, al no cambiar los derechos y deberes de determinados individuos y salirse del marco de las normas preexistentes. Negar el carácter de vinculante, sería adoptar una postura demasiado restrictiva toda vez que una determinación puede ser vinculante incluso si no cambia la situación normativa, con tal de que hubiera sido vinculante si la hubiera cambiado.

La jurisprudencia constitucional<sup>10</sup> ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:

- (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;
- (ii) El derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;
- (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;
- (iv) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;
- (v) El derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y

---

10 CORTE CONSTITUCIONALCOLOMBIANA, Sentencia C – 341/14





- (vi) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Expuestas los puntos las definiciones de orden epistémico y jurídico se observa claramente que han desarrollado toda la teoría garantista en función de proceso, dentro de los cuales se escrito sobre la el no deber ser que es la verdad procesal Vs la verdad de los hechos.

Según la doctrina, revela que el proceso tiene la posibilidad de determinar la verdad de los hechos, lo cual es un claro reconocimiento de la debilidad del proceso ante la grandeza de los hechos y pruebas al conformarse crear una verdad procesal, la cual no debería existir, puesto, que la misma podría asimilarse a una mentira o un premio a la no verdad.

En el ámbito de estudio de la prueba, Jeremy Bentham es considerado uno de los principales precursores de la denominada tradición racionalista (especialmente en el mundo anglosajón, claro). Es más, se ha considerado, con razón, que la teoría benthamiana “constituye la más ambiciosa y completa teoría de la prueba en la historia del pensamiento jurídico” (Twining, 1994, p.39). Por ello, resulta de gran importancia hacer las cuentas con el pensamiento de Bentham si se quiere abordar el estudio de los problemas probatorios y procesales en el derecho.

La teoría de la prueba propia de la tradición racionalista para el que Bentham puede ser llamado en causa como precursor: la idea de que la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada. Bentham elabora una teoría prescriptiva de la prueba o, aún mejor para lo que nos importa, una teoría prescriptiva del derecho de la prueba, que es una parte más de su teoría general del derecho (Keeton y Marshall, 1948; Twining, 1985; Moreso, 1992)

La premisa básica de la que parte es simple y clara: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido (Bentham, 1827; (Moreso, 1992; Twinnig, 1985-1994). Aunque, por supuesto, esta asunción de partida puede ser y ha sido muy discutida, creo que debe ser admitida salvo que se esté dispuesto a pagar altos costes en la reconstrucción del derecho (Ferrer, 2005).

El objetivo de la averiguación de la verdad deriva, por otro lado, de la asunción por parte de Bentham de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo (Betham, 1827, p.17-19). Finalidad que, a su vez, se divide en la necesidad de una doble garantía: asegurar que





todos los infractores del derecho sean sancionados y que sólo ellos lo sean. Y esto supone, evidentemente, la necesidad de que lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido: esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos y los enunciados falsos no se declaren probados.

Así las cosas, en un sistema de prueba libre, en el cual el criterio rector es la averiguación de la verdad de los hechos, todas aquellas disposiciones que obstaculizan dicha empresa debiesen ser, en principio, suprimidas (Laudan, 2013, p. 292), debido a que constituyen verdaderas “patologías” del procedimiento (Gascón, 2010, p. 111). Dentro de esta categoría patológica e inútil, al parecer, hay que incluir, ahora, a las normas reguladoras de la carga de la prueba.

Ese es justamente el resultado de mis investigaciones sobre la carga de la prueba. A lo largo del tiempo, tras haber estudiado sus orígenes y desarrollo, así como sus muchas veces funestas consecuencias prácticas, no me ha quedado otro remedio que defender su desaparición de nuestros procesos, igual que ha desaparecido en tantos lugares el juramento, el sistema de prueba legal o la propia ordalía, que tanta seguridad provocaba entre los ignorantes que la observaban. (Nieva, 2019, p. 24)

Si la afirmación precedente es correcta, entonces (sostienen los críticos de tales reglas) la supresión de las normas sobre “*onus probandi*” no debiese tener ninguna incidencia en el diseño de un procedimiento ni en el resultado particular de un proceso (por lo menos, dentro de los sistemas que consagran un régimen de libre valuación de la prueba). Sin embargo, antes de dar por cierta la afirmación, ha de demostrarse que las reglas sobre carga de la prueba no son actualmente “reglas” en un sentido propio, dado que las razones subyacentes (próximas o remotas) para su instanciación se derivan solo de su aptitud para producir un determinado resultado: la averiguación de la verdad de los hechos (es decir, son más bien directrices técnico-instrumentales y no reglas). Por el contrario, si resulta que, a nivel de aplicación, las tales reglas son reglas jurídicas propiamente tales, y que, además, ni siquiera su instanciación (aplicación particular de la regla general) obedece o tributa a un compromiso epistémico con la averiguación de la verdad de las proposiciones empíricas que han de servir de supuesto a la aplicación de la norma; entonces resulta que el argumento empleado por los abolicionistas para desactivar dichas reglas no es adecuado y, por lo mismo, debe ser descartado.

## **V. APROXIMACION AL CONCEPTO DE PRUEBA**

La antesala de los anteriores cometarios, tienen aporte importante en los que vamos a desarrollar una aproximación al concepto de prueba.

Es importante abordar este concepto hoy días después de un sin número de conceptos que vienen desde los inicios de la humanidad hasta hoy, ya que el estudio de la prueba siempre será un tema de interés para las ciencias propias





de cada hecho, así como el principal insumo para el derecho, toda vez que dentro de la principal garantía de investigado y del mismo investigador se encuentra el deber de señalar y defenderse en función a la prueba.

Como ya se explicó, para hablar de prueba debe pensarse en sí mismo de los hechos que serán siempre el núcleo de estudio de la actividad probatoria, así como para el proceso y su decisión los hechos que logran alcanzar su objetivo de prueba.

Los hechos se encuentran por fuera de todo proceso judicial, y representa todo aquello que se puede observar o percibir o incluso aquellos que representan sentimientos, pensamientos, intenciones, motivaciones, así estos no alcancen el nivel de materialización.

Por ejemplo: María se suicidó el pasado viernes 13 de julio del 2022.

Este hecho, necesariamente implica que desde el estudio forense en primer lugar se confirme que los mismos elementos probatorios descarten una hipótesis de homicidio, y confirmen dicha hipótesis.

De confirmarse dicha hipótesis, lo que normalmente sucede, es que detrás de ella, se van acumulando situaciones psíquicas de decepción, depresión, ausencia de amor propio, o la llegada de un problema sin que la persona encuentre una solución distinta a la muerte.

Todos estos hechos, que en psicología y la psiquiatría representan todo un estudio de la salud mental del individuo, se generan por fuera de un contexto jurídico, dentro de la vida de uno o varios individuos, que para el caso de ejemplo terminó en un suicidio, pero que también los mismos hechos también pueden desencadenar en homicidio, lesiones personales, o genocidio.

Razón por la cual, la noción de “prueba” en los términos del presente texto su origen excede el mundo procesal y de lo jurídico; y resulta válido afirmar que la prueba tiene origen desde la universalidad, ya que la misma no solamente es propia del ser humano.

La prueba es un elemento que se encuentra presente en la vida de toda persona, es una noción que camina junto con el ser humano, simplemente que está en todas las manifestaciones del ser humano, desde su nacimiento hasta su muerte y más allá, pues desde el inicio de la vida -humana – se presenta la necesidad de probar, de superar retos, de comprobar y verificar nuestras aptitudes y actitudes, como la respiración, los sentidos, el tacto, el gusto, la vista y cuando el ser humano comienza a crecer, nuestro comportamiento, esas pruebas se van dificultando, pues





empezamos a tener contacto con otras personas, comenzamos con la vida social, el aprendizaje, los estudios, las alegrías, las molestias y en fin, se acrecienta la necesidad de probar ante a la sociedad y ante nosotros mismos, y es que a través de estas comprobaciones es que podemos obtener información radiográfica de la vida de cada ser humano, insistimos, su nacimiento, el nombre de nuestros padres y demás familiares, el nombre que se les impuso, las amistades que tuvo, a la escuela que acudió, la universidad y los estudios de cuarto nivel, las calificaciones que tuvo, la capacidad intelectual y económica, lo bienes que adquirió, los eventos que participó e incluso el día en que murió, actos todos que requieren de esa “prueba” – verificación o comprobación – de conductas, actitudes y aptitudes de las personas para con los demás y para consigo mismo, comprobación de la posibilidad o no de superar los retos, de ahí que en general el termino propio de la ciencia jurídica; y es que si queremos ser más específicos respecto de lo que indicarnos, desde el mismo momento de la gestación, se tiene que comprobar la posibilidad de nacer, al producirse el evento la capacidad para sobrevivir, luego la capacidad de aprender, para relacionarnos, para crecer, para enfrentar responsabilidades, para estudiar, para trabajar, para casarse, para procrear y responder ante y por los hijos, para formar nuevas generaciones y en definitiva hasta llegar a nuestro ocaso, siendo esta una noción vulgar de lo que puede considerarse como “prueba”.<sup>11</sup>

Con la perspectiva anotada, deseo que cada lector empiece a relacionar el concepto de prueba, desde la no exclusividad del derecho como el único escenario donde solo quien es abogado puede hablar desde este tema.

Comparto parcialmente la tesis del concepto de prueba toda vez que, en este concepto la prueba se relaciona desde el campo extraprocesal, sin embargo, considero que limitarla únicamente a la vida del ser humano deja por fuera un sin número de hechos que también son prueba; pero que no necesariamente se relacionan directamente con el ser humano; como por ejemplo algunos hechos de fuerza mayor o caso fortuito como aquellos provenientes de la naturaleza como un tornado, terremoto, inundación que no en todas ocasiones afecta a los seres humanos, pero si podría afectar otros seres vivos.

De igual manera, la teoría anota no contempla la gran cantidad de hechos que suceden por fuera de nuestro planeta, que no involucra seres humanos y que hoy día son objeto de investigación por los países más poderosos de mundo,

---

<sup>11</sup> Tratado de derecho probatorio. Humberto Enrique Tercero Bello Tabares. Editorial Ibañez tomo 1 2016. Páginas 46 y 47.





como lo son nuestro origen, el origen de la vida y de nuestro planeta tierra, así como la existencia de otros mundos y otras vidas.

La prueba es una ciencia autónoma que:

1. Estudia su origen desde los hechos.
2. Estudia la secuencia de los hechos.
3. Estudio la capacidad demostrativa de un medio de prueba.
4. Estudia la capacidad del sujeto sobre quien recae el hecho o prueba
5. Es una ciencia demostrativa que estudia el medio más eficaz y eficiente de reflejar los hechos en un escenario demostrativo, y que investiga si los hechos ocurrieron o no-
6. Es la clave del proceso
7. Es la motivación de cualquier decisión, judicial, personal o administrativa.
8. Es la voz de quien presenta cargo o quien se defiende.
9. Es la esencia del derecho
10. Es quien le da explicación a la ciencia.
11. Es infinita, cuando profundizamos a su origen.
12. Esta en todas partes y se producen miles de hechos y pruebas cada segundo

## **VI. CONCLUSIONES**

En conclusión, la definición que propongo para seguir estudiando y profundizando es:

Prueba, es el conjunto de hechos allegados a un escenario de demostración, que apoyados en la ciencia y

los requisitos de idoneidad determinaran en este segundo escenario si un hecho ocurrió o no en el pasado, en consecuencia, se puede llamar a la acción de probar como un arte, en el sentido que cada hecho puede tener sus individualidades y particularidades propias en función a las circunstancias de modo, tiempo, lugar, creencias, en la ciencia de la demostración de hecho.

En suma, probar es el arte de demostrar la existencia o no de un hecho, en el cual es necesario complementar el conocimiento con la ciencia que profundiza el estudio de cada hecho en particular.

Los hechos existen por si mismos, que se producen de forma voluntaria y espontánea y deberán ser probados en otro escenario a interés de uno o varios sujetos que requerirán de la ciencia de la demostración.

