

## LA PRUEBA EN MATERIA ADUANERA

Juan Manuel Camargo G.

### **La importancia del razonamiento en el juicio. Diferencia con la “racionalización”.**

El fundamento último del derecho probatorio radica en la necesidad de que las decisiones judiciales se tomen con base en el **razonamiento**. Framarino decía que el convencimiento judicial “no es más que el convencimiento racional en cuanto es necesario para juzgar”. Ello no implica que desconozcamos la importancia de los sentimientos, de las emociones, de los valores o de cualquier otro factor no racional, pero incluso cuando los jueces se refieren a o toman en consideración estos aspectos su obligación es sopesarlos mediante un ejercicio de orden racional. En nuestra vida diaria podemos tomar decisiones con base en nuestra intuición, nuestro parecer subjetivo o nuestro capricho, pero eso no debería pasar en un proceso judicial. En un proceso, las decisiones siempre se tienen que tomar por medio de inferencias **lógicas**.

Partiendo de esta base, se nos hacen claras muchas de las notas de un derecho probatorio propiamente dicho. Para empezar, para que una inferencia lógica pueda ser considerada firme, se necesita que se apoye en hechos igualmente firmes. El viejo adagio reza: “lo que no existe en el expediente no existe en el mundo”. Salvando la circunstancia de que hay hechos notorios, que el juez debe reconocer, ese adagio condensa bastante bien la exigencia procesal de que hay que probar todo lo que se alega. Por eso dice el **artículo 174 CPC**: “**TODA** decisión judicial **debe** fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Sólo en la medida en que el razonamiento se apoye en pruebas se le puede calificar de objetivo. Si se admitiera que el juez razonara sin pruebas, se correría el riesgo de que haga inferencias lógicas formalmente correctas, pero sobre concepciones equivocadas respecto de los hechos. Tampoco se podría admitir que el juez se limitara a creer lo que las partes le dicen, porque entonces tendría ventaja el que diga más mentiras o el que parezca más creíble (aunque no lo sea). En último término, el derecho probatorio debe su importancia a la necesidad de que el razonamiento judicial se asiente sobre bases firmes y (relativamente) incontrovertibles.

Por otra parte, es entendido que las pruebas —y más los conjuntos de pruebas— deben ser interpretadas y valoradas, con el fin de extraer de ellas su verdadero poder de convicción. Esa interpretación y valoración también debe ser un ejercicio de orden racional. Sería inaceptable, por poner un ejemplo, que un juez descalificara un testigo sólo porque le cayó antipático. Sin embargo, el juez sí puede y debe apreciar si el testigo es vacilante, contradictorio, en suma, sospechoso. Como en el aspecto anterior, el juez ha de tener en cuenta todas las circunstancias de la vida cuando valora las pruebas. Pero a todas esas circunstancias las debe considerar desde un punto de vista racional y lógico, no emocional e intuitivo.

Lo dicho hasta aquí puede parecer obvio y, más aun, forzoso. Es claro que todas las personas, como seres pensantes, tenemos la facultad de razonar. También es claro que las personas razonamos muy a menudo. Pero el que practiquemos algo constantemente no quiere decir que realmente seamos buenos en eso. Tampoco significa que todos nuestros actos sean exactamente racionales. De hecho, lo más común es que las personas tomemos decisiones que son en parte influidas por las emociones y en parte influidas por la razón. Por eso, en nuestra vida diaria, hay siempre dos factores que conspiran contra la racionalidad:

- a) Aunque todos razonamos, no siempre razonamos con rigor o de la mejor manera posible.
- b) Muchas veces, nuestro razonamiento está interrumpido por o mezclado con factores irracionales.

Este proceder, muy humano, no es cuestionable en sí mismo, pero sí lo es en tanto contamine una decisión judicial. La aspiración de todos los sistemas judiciales en el mundo y en la historia ha sido la de un juez objetivo, que decida en función de las causas y no de las personas, de la razón y no de las inclinaciones afectivas. Por eso representamos a la justicia ciega, o al menos vendada.

Sin embargo, puesto que los jueces son humanos, es natural que también ellos son susceptibles a tomar decisiones que no son estrictamente racionales. Para contribuir a evitar este defecto en el juicio, es útil entonces oponer dos conceptos que parecen sinónimos, pero que la psicología ha enseñado a diferenciar, analizando el comportamiento interno de las personas. Esos dos conceptos son los de “razonar” y “racionalizar”.

**Razonar.** Llamamos razonar a un proceso mental que nos permite llegar a una conclusión a partir del análisis de ciertos conocimientos. El razonamiento, en términos generales, se conforma por tres elementos básicos: **(a)** la información disponible, **(b)** los procesos cognitivos y **(c)** las inferencias generadas. En el proceso judicial, la información disponible es la que acreditan las pruebas; el proceso cognitivo es el que realiza el juez para valorar y sopesar pruebas y argumentos; y la inferencia es la decisión.

Para llegar a una inferencia que realmente sea correcta, el razonamiento debe ser **sistemático** y debe **ajustarse a reglas y principios** que se deben aplicar para no caer en el error. Aunque comúnmente se cree que todas las personas razonamos con lógica, la verdad es que normalmente no lo hacemos, y ni siquiera intentamos llegar a conclusiones correctas o ciertas. La mayoría de las veces nos valemos de razonamientos ilógicos, y no para tratar de determinar la verdad sino para confirmar creencias que queremos sostener.

Lo anterior puede ser chocante, pero es aceptado comúnmente entre filósofos y psicólogos. Baste mencionar que los filósofos más importantes de la historia han escrito gruesos tomos sobre la lógica y las reglas que les son aplicables. La inmensa mayoría de las personas no estamos familiarizados con esas reglas. En innumerables ocasiones las aplicamos por instinto, porque nuestra naturaleza racional nos inclina a ellas. Pero, como no poseemos un conocimiento sistemático de la lógica, tampoco es seguro que la apliquemos siempre o que la apliquemos de la mejor manera. En esto de razonar, el común de las personas somos aficionados talentosos, pero no profesionales.

**Racionalizar.** Por oposición al término “razonar” usamos el término “racionalizar”. Aquel sería el ideal a seguir y este sería la distorsión, que parece correcta, pero no lo es.

Llamamos “racionalizar” al hecho de definir de antemano la conclusión y luego buscar qué argumentos apoyan la decisión tomada a priori.

En el proceso judicial, equivale a definir quién debe ganar el juicio basándose en procedimientos no racionales: decidir por intuición, o en conciencia, o por simple capricho, y luego buscar argumentos que apoyen esa decisión.

La “Racionalización”, según el psicoanálisis, es un **mecanismo de defensa**, que se utiliza para evitar la frustración mediante la apariencia de un razonamiento. Por eso, la racionalización sirve para justificar prejuicios o fracasos. Según los psicólogos sociales, el hombre tiene una propensión al prejuicio, en la medida que tiende a formar generalizaciones o categorías que le permitan simplificar su mundo de experiencias. Estas categorizaciones, basadas en estereotipos, se convierten en prejuicios siempre que no sean reversibles bajo la acción de conocimientos nuevos.

Para validar sus prejuicios, las personas nos valemos de la racionalización, que consiste en **seguir una línea de pensamiento que se sabe va a confirmar la decisión que previamente decidimos adoptar**. La racionalización conlleva ver sólo los argumentos y hechos que queremos ver, y negar o abstenernos de ver los que no nos convienen. Un racista, por ejemplo, escogerá de la historia todos aquellos sucesos, reales o inventados, que sean desfavorables a la raza odiada. Y ocultará o callará todos los hechos de la historia que favorezcan a esa misma raza que quiere desprestigiar.

Así mismo, como ya dijimos, la racionalización se usa para enmascarar fracasos. Es común que digamos, por ejemplo, que perdimos una oportunidad laboral porque el empleador era sexista, o racista, o tenía algún defecto, que lo haga a él responsable y nos libere a nosotros de culpa. Como se puede ver, la racionalización es un ejercicio muy común en la vida corriente y la vemos todos los días, en nosotros o en los demás.

Si aceptamos estas definiciones, es fácil ver que en la práctica judicial hay que evitar a toda costa la racionalización, porque conduce a una falsa apariencia de proceder racional. Con alguna frecuencia se escucha a los abogados quejarse de que el juez no leyó sus argumentos, que no los estudió, que no los comprendió o que no los rebatió. Esta justificación de los abogados puede ser en sí misma una racionalización. Pero también puede ser cierta, caso en el cual que el juez es el que haya racionalizado en lugar de razonado.

Uno de los métodos más eficaces para evitar la racionalización, por lo tanto, es que los fallos contengan un análisis integral de todos los argumentos y pruebas, tanto aquellos que sostienen la decisión final del juez como aquellos que la controvierten. Con la posible excepción de la Corte Constitucional, este es un proceder que siguen pocos jueces en Colombia. Por lo general, las sentencias son abundantes en el recuento de los hechos y argumentos que llevaron al juez a decidir en un sentido, pero son parcas en la explicación de por qué no se debía adoptar la posición contraria. Ese desequilibrio es el que explica que muchos abogados se quejen de que no los leen.

Es sumamente raro que en un caso todas las pruebas y todos los argumentos apunten en un solo sentido. En la gran mayoría de los juicios se encuentran pruebas que favorecen a cada una de las partes y argumentos que, desde cierto punto de vista, favorecen a una parte o a la otra. En esa situación de equilibrio, o estado cercano al equilibrio, la posición del juez es la de **valorar** y **sopesar**. Eso quiere decir que el juez está en la obligación de considerar todas las pruebas y argumentos, ya sea que favorezcan a uno o al otro. Y **luego** (no antes) debe decidir qué grupo de argumentos y pruebas, considerados en conjunto, alcanza un mayor grado de credibilidad o razonabilidad.

Si el juez simplemente escoge quien debe perder o ganar el juicio, y se limita a mencionar en su fallo los argumentos o pruebas que favorecen a la parte elegida, probablemente no está razonando sino racionalizando. De ello se sigue que el juez no sólo debe justificar su decisión, sino también justificar por qué no tomó la decisión opuesta. El juez no sólo debe explicar porqué considera importantes ciertas pruebas y argumentos, sino también explicar porqué descarta otras. Enfatizamos aquí que el juez no debe limitarse a escoger, porque la escogencia implica elegir una cosa y desechar las demás. El juez **sopesa**, lo que quiere decir que valora todos los argumentos y pruebas y determina cuál tiene más peso o validez. **Por eso a la justicia se la representa también con una balanza**. Una de las tareas más difíciles de hacer es razonar, porque razonar conlleva cuestionarnos a nosotros mismos nuestras primeras impresiones, adoptar transitoriamente la "otra" posición (que acaso no nos simpatiza) y tratar de ver qué grado de razón puede tener. El grado más alto de honestidad intelectual se da cuando decidimos en sana lógica en un sentido distinto al que quisiéramos decidir.

Por otro lado, las sentencias que sólo muestran un lado de la cuestión, además de suscitar sospechas de racionalización, hacen que el derecho sea poco interesante y poco fructífero, cosa que debería perturbar a los abogados más que a nadie. A veces las sentencias dan la impresión de que los asuntos resueltos son sencillos y diáfanos, al punto que, si uno se basa en la sola lectura de la sentencia, surge la pregunta de por qué se llevó a juicio a una cuestión tan evidente. Cuando ello ocurre, es muy posible que la sentencia haya callado o eludido el verdadero punto de discordia.

Para ilustrar este aspecto, voy a mencionar un caso a modo de ejemplo: en alguna ocasión, un cliente fue multado porque la factura no especificaba la cantidad, dato que era obligatorio según una resolución de la aduana. El cliente se defendió diciendo que la cantidad evidentemente no constaba en la factura, pero que sí aparecía en varios documentos anexos que la aduana conoció.

Suscitado el debate judicial, renuncié a todo otro argumento y sólo formulé un cargo, por violación al principio de justicia. Fue el único cargo que postulé y argumenté a lo largo del proceso. En su fallo, el Consejo de Estado se limitó a reiterar lo que ya sabía: que la cantidad es un dato obligatorio porque así lo dice una resolución de la aduana.

Pero ese no era el cargo en realidad. El cargo realmente se podía expresar así: ¿es justo multar a una persona porque un dato no aparece en un documento, aunque sí en otros? Ese era el auténtico punto de discordia. Si la sentencia hubiera explicado por qué era justa la sanción, o hubiera explicado al menos que no cabía considerar la justicia en la cuestión, yo la habría considerado una buena sentencia. Pero lo que pasó fue que se decidió un asunto que yo no había planteado, y por eso me quedó la duda de si realmente leyeron mi demanda, o simplemente decidieron no meterse en temas más espinosos.

Y, al llegar a este punto, abandono el acápite con una reflexión. Si todo se redujera a lo que dice o no dice una norma, el derecho sería una ciencia muy pobre. A lo largo de **milenios**, el derecho se ha enriquecido por la discusión de temas que parecen resueltos por la legislación positiva. En consecuencia, resulta decepcionante un debate judicial cuando lo único que se ventila es si existe una norma, y qué dice o qué no dice. Como he dicho, el ejercicio del derecho es un ejercicio de razonamiento, no de simple lectura o recopilación de normas.

## **El derecho a probar**

Una primera consecuencia muy importante de lo que ya se ha expuesto es que se debe conceder a las partes el derecho de probar los hechos que les interese probar. Así como se les debe permitir argumentar lo que deseen argumentar.

En torno a la facultad de probar, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2005; exp. 7901), hizo el siguiente pronunciamiento, que merece ser transcrito en extenso y en el que en primera medida destacamos la vehemencia de sus términos (resaltamos fuera de cita):

“El derecho a presentar pruebas y a controvertirlas se traduce, entonces, en un derecho a la prueba, mejor aún, en un derecho a probar los hechos que determinan la consecuencia jurídica a cuyo reconocimiento, en el caso litigado, aspira cada una de las partes. Se trata de una aquilatada garantía de acceso real y efectivo a los diferentes medios probatorios, que le permita a las partes acreditar los hechos alegados y, desde luego, generarle convencimiento al juez en torno a la pretensión o a la excepción. Al fin y al cabo, de antiguo se sabe que el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado (iuxta allegata et probata iudex iudicare debet), razón por la cual, quienes concurren a su estrado deben gozar de la

**sacrosanta** prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que reclaman, la que debe materializarse **en términos reales y no simplemente formales**, lo cual implica, en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del Juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia.

“Desde esta lozana y trascendente perspectiva, la prueba, en la actualidad, no puede ser considerada únicamente como una carga (onus probandi), sino también, según el caso, como un **prototípico y autónomico derecho (derecho a probar)**, por lo demás fundamental, susceptible de acerada tutela y cabal respeto, so pena de que se adopten los correctivos que, in casu, resulten pertinentes, siempre con el propósito de no permitir impunemente que el precitado derecho sea eclipsado y, de paso, lo sean también otros derechos esenciales, de suyo fundantes, como el de acceder a la administración de justicia y a un debido proceso. Por eso afirma con acierto el profesor Fábrega, en su Teoría General de la Prueba, que “El derecho a la acción o a la contradicción, sin derecho a aportar pruebas, carece de sentido y efectividad” (pág. 43), todo lo cual está en estricta consonancia con esta novísima concepción, ampliamente respaldada por decantada y moderna doctrina (Vid: Michele Taruffo. En Diritto alla prova nel processo civile. En Riv. Dir. Proc. I/1984; Joan Picó I Junoy. El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. Ed. Bosch), así como por la jurisprudencia internacional (Tribunal Constitucional de España. Sent. de 17 de enero/94).

“Bajo este entendimiento, es diáfano que tanto el litigante - demandado, como el Juez, se apartan naturalmente de los mandatos constitucionales y legales que hacen efectivo el derecho a probar, de acentuada valía como se acotó, concretamente cuando el primero adopta comportamientos dirigidos a impedir la práctica de la prueba, que el segundo en cierto modo auspicia o consiente al no asumir, a plenitud, el compromiso de velar por el efectivo recaudo de la misma, para lo cual, incluso, fue dotado de poderes que debe emplear de forma razonable, con el fin de “prevenir, remediar y sancionar... los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso” (nums. 3 y 4, art. 37 C.P.C.).

“En estos casos, dichas conductas hacen que la actuación desarrollada se tiña de un vicio de nulidad, específicamente del previsto en el numeral 6º del artículo 140 del C.P.C., pues la oportunidad para practicar la prueba habrá sido simplemente nominal o protocolaria, siendo claro que el debido proceso, a ultranza, reclama la posibilidad cierta y real de hacer efectivos los derechos que le son inherentes”

Pronunciamientos similares se encuentran en la jurisprudencia de otras corporaciones, y particularmente de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en el fallo de tutela T589-99, del 13 de agosto de 1999, la Corte ratificó la gran importancia y trascendencia del derecho a la prueba, abordando una nueva dimensión, porque no sólo se fijó en la necesidad de que se permita a las partes desarrollar su actividad probatoria, sino que además recalca que el juez debe conceder a todas las pruebas practicadas su real valor y eficacia.

Dice el fallo en uno de sus apartes (resaltamos fuera de cita):

“En suma, en aquellos casos en los cuales el implicado, indagado o acusado **es invisible** para el funcionario judicial que, empeñado en encontrar un responsable, no repara en los argumentos y la evidencia que aquel le pretende mostrar, se produce una flagrante vulneración del derecho de defensa y, por contera, del debido proceso constitucional.”

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T555-99 del 2 de agosto de 1999 (resaltamos fuera de cita):

“En relación con el análisis de las pruebas por parte de los jueces, debe decirse que, si bien en principio habrá de ser respetada la autonomía funcional en la valoración probatoria efectuada —garantía que permite al fallador arribar, libre de apremios y según su propio criterio, a las conclusiones con apoyo en las cuales debe estructurar y proferir su decisión—, el absoluto desconocimiento de las pruebas aportadas constituye omisión grave que configura sin duda una **vía de hecho**,...

“(…)

“... el derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que **tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia** dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.”

Los fallos que hemos citado, al igual que muchos otros, son uniformes y enfáticos al enseñar que el derecho a probar es una garantía elemental del debido proceso, que se manifiesta en varios aspectos, todos igualmente importantes. La noción fundamental podría resumirse en la convicción de que el derecho de defensa no puede quedar en letra muerta. Que las personas puedan defenderse no sólo conlleva que puedan escribir sus argumentos, sino que también deben poder pedir pruebas, deben poder aspirar que se decreten y practiquen, y deben poder esperar razonablemente que se tengan en cuenta.

Como dice la Corte Constitucional, no tiene absolutamente ningún sentido que se diserte sobre los medios de prueba si la persona que juzga está determinada a decidir en uno u otro sentido, sin importar las pruebas. El objetivo último del debido proceso apunta —para usar las palabras de la Corte Constitucional— a que el acusado o el particular implicado no sean **invisibles**. Se les debe ver y oír. Pero, además, y eso la Corte lo expresa magistralmente, lo que el particular alegue y pruebe debe tener una “**incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia**” en la decisión judicial. Lo que esta última frase dice es que, si hay alguien que tiene razón y lo demuestra, hay que concederle la razón. Y de ello se deduce que no sólo viola la Constitución el juez que no decreta o practica una prueba válida, sino también el juez que no le da a las pruebas el valor que merecen desde un punto de vista lógico y jurídico.

### Concepto de “prueba”

Para que nos pongamos de acuerdo desde el principio, y para resaltar desde ya que en derecho nada es tan sencillo como podría parecer, hay que aclarar que el concepto de “prueba” ha sido definido de muy variadas maneras, algunas de las cuales son las siguientes:

1. La prueba se puede entender como un **hecho**: justamente, el hecho establecido mediante pruebas.

En este sentido, decimos, por ejemplo, que el hecho de que una persona estuviera en un lugar a determinada hora es prueba de que esa persona pudo haber cometido un delito en ese sitio.

2. La prueba se entiende también como el **medio** que sirve para conocer un hecho.

Aquí la palabra “medio” comprende hechos, objetos y actividades. De un hecho se puede establecer otro hecho; por ejemplo, una construcción levantada en bien de uso público sirve para probar que alguien construyó en bien de uso público. Un objeto puede probar un hecho, como los documentos. Ejemplo de actividades son las inspecciones judiciales, los interrogatorios, etc.

3. Desde un punto de vista subjetivo, se entiende por prueba la **convicción** que aporta en la mente del juez. Por eso decimos que “probar” es hacer conocer al juez ciertos hechos. Y, cuando el juez da algo por probado, se refiere a que se ha formado la convicción de que ese algo es o fue verdadero.
4. Y hay una cuarta acepción, que con frecuencia se olvida, pero que quizás es la más importante. La prueba puede entenderse como el **conjunto de motivos o razones que llevan a concluir un hecho a partir de los medios de prueba aportados al proceso.**

Este enfoque de la prueba es muy importante, porque denota la importancia del raciocinio del que ya hemos hablado. Entre el medio de prueba y la convicción del juez siempre hay un puente; ese puente es el conjunto de razonamientos, discusiones y disquisiciones que llevaron al juez a adoptar una conclusión y no otra. Este significado ha sido acogido por muchos tratadistas ilustres, y se entiende mejor en los casos de valoración compleja de un gran acervo probatorio. Si un juez da por probado algo, no a partir de una prueba única, sino considerando en conjunto muchos indicios o evidencias aisladas, parece obvio que el proceso de seleccionar, desechar, ordenar y valorar las pruebas configura la prueba tanto como el medio mismo.

Al lado de estas acepciones, que podríamos llamar “las correctas”, hay otras que pueden ser comunes, pero que se reputan incorrectas. En particular, a veces se confunde prueba con causa jurídica. Por ejemplo, se afirma que la culpa de una persona prueba su responsabilidad. Me parece pertinente enfatizar esta clase de impropiedad, porque a veces he encontrado en lo aduanero que se hace énfasis en los errores cometidos por los particulares y se quiere deducir de esos errores cualquier consecuencia jurídica, a menudo sanciones. En realidad, el establecer la culpa, la negligencia o el error, requiere una valoración probatoria, pero la definición de si la culpa acarrea responsabilidad exige una valoración jurídica.

#### **Decreto de las pruebas solicitadas. ¿Cuándo se justifica la negativa?**

Las citas anteriores resultan muy pertinentes al tema que nos ocupa, porque los litigantes vemos con preocupación que se ha propagado entre las autoridades aduaneras, y también en algunos despachos judiciales, cierta tendencia a negar pruebas oportunamente solicitadas por los particulares. Para justificar esta negativa, las autoridades aducen por lo general que las pruebas pedidas no son conducentes, superfluas o impertinentes, en su criterio.

Se ha defendido la tesis de que esta postura nace de la ley. El **artículo 178 C.P.C.** ciertamente establece:

“Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos **notoriamente** impertinentes y las **manifiestamente** superfluas”.

A pesar de la existencia de esta norma, la realidad es que los jueces civiles rara vez se rehúsan a decretar las pruebas que han sido solicitadas oportunamente y con las formalidades debidas. Acostumbrados a desarrollar una ingente actividad probatoria, los jueces civiles permiten que el proceso se desarrolle y que las partes desplieguen su creatividad con el fin de demostrar sus alegaciones. Por lo demás, el artículo que comentamos está matizado por términos (“notoriamente”, “manifiestamente”) que indican a las claras que esta potestad del juez debe reservarse a casos extremos. Se trata entonces de una hipótesis excepcional, que de ningún modo debería convertirse en la regla general.

En lo aduanero, y aplicable solamente en la vía gubernativa, artículos **como el 511 y el 519-1** del decreto 2685 de 1999 disponen que la DIAN decretará las “pruebas solicitadas que sean **conducentes, eficaces, pertinentes y necesarias** para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, **se denegarán las que no lo fueren** y se ordenará de oficio la práctica de las que se consideren pertinentes y necesarias”.

Se echan de menos aquí los términos “notoriamente” y “manifiestamente”, que sí incluye el CPC. Sin embargo, consideramos que deben entenderse implícitos en la norma. Volveremos a tocar este punto cuando hablemos del riesgo de prejuzgar cuando se niega una prueba.

Respecto al correcto entendimiento de los artículos transcritos, lo primero que hay que decir es que no se refieren a un mismo concepto con nombres sinónimos. En otras palabras, se debe tener muy claro que no es lo mismo una prueba “inconducente”, que una prueba “ineficaz”, y también son distintas de las pruebas “impertinentes” y de las pruebas “superfluas”. Es común que, para negar una prueba, se haga uso de la frase legal como si fuera un rito sacramental, y muchas veces se acusa a una prueba de ser, al mismo tiempo, “inconducente, ineficaz, impertinente y superflua”. Pero eso sólo esconde la falta de análisis o la ausencia de comprensión de los conceptos. A diferencia de la mayoría de personas, el abogado debe ser extremadamente quisquilloso con el uso del léxico, en especial del léxico jurídico, porque la transposición de palabras implica la transposición de conceptos y ello lleva así mismo a la transposición de efectos jurídicos.

Por otro lado, es cierto que no hay una definición legal de qué debe entenderse por una prueba inconducente o ineficaz o impertinente o superflua. La ausencia de definiciones legales nos hace pensar algunas veces a los abogados que podemos atribuir a una palabra cualquier acepción. Aunque eso puede ser verdadero en el fondo, no olvidemos que una de las fuentes del derecho es la doctrina y la jurisprudencia, y que las opiniones de los intérpretes más autorizados debe prevalecer. Por eso, desde tiempos inmemoriales, tanto los jueces como los litigantes han citado sentencias o tratadistas en el empeño de definir la terminología jurídica, y es un hecho que la ley positiva aporta muy pocas definiciones, pero no por ello se puede decir que el derecho sea una ciencia de léxico indefinido. Todo lo contrario, el léxico del derecho está muy decantado, pero no por la labor de la ley, sino de la doctrina y la jurisprudencia. Por lo tanto, la ausencia de definiciones legales ha de suplirse con definiciones doctrinarias, y estas sólo son convincentes si vienen acompañadas de una explicación que nos parezca documentada, sensata y racional.

Así las cosas, hay que darles a las palabras su significado más correcto. Si un juez habla, por ejemplo de la conducencia de una prueba, es importante que use el término en el sentido más aceptable. Si el juez piensa que una prueba inconducente es una prueba ilegal, y el abogado piensa que una prueba inconducente es una prueba impertinente, es obvio que no se van a entender,

porque ambos están hablando de cosas distintas. En términos generales, el acuerdo es posible, porque hay coincidencia entre la doctrina autorizada sobre el significado de las palabras que vamos a analizar. Sólo habrá discrepancia en las acepciones más sutiles, más refinadas, aunque esa discrepancia hay que saludarla con alegría, porque las diferencias de opinión son las que enriquecen al derecho. A veces pareciera que los jueces y abogados quisiéramos que todo en el derecho tuviera sólo una solución, un único significado, como si habláramos de números y matemáticas. Pero el derecho no es eso. El derecho es cambiante, vivo, polisémico, controversial y variado. Si se le niega ese carácter al derecho, no se le “asciende” a una ciencia exacta; por el contrario, se le rebaja al nivel de la simple técnica.

Sobre la definición de los términos a que nos referimos, voy a guiarme por la obra del maestro Hernando Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”,<sup>1</sup> un libro de los de antaño: grueso, profuso, minucioso, juicioso, exhaustivamente documentado y bien escrito.

### **La prueba conducente**

Esta propiedad se refiere a la prueba entendida como **medio** de prueba.

Prueba conducente es la que es legalmente admisible como medio de prueba, es decir, los medios de prueba que no estén prohibidos. Esta admisibilidad legal tiene dos carices:

- a) Está la prueba prohibida en general. El Dr. Devis Echandía menciona como ejemplos “el tormento, el hipnotismo y el narcoanálisis para la consecución de confesiones o testimonios”.
- b) Y está la prueba que normalmente está permitida, pero que, por disposición expresa, se prohíbe para un caso concreto. Ejemplo de este tipo es la prohibición de que se obtenga la confesión de representantes del Estado (artículo 199 CPC).

Si hablamos con propiedad, y se limita el concepto de “conducencia” a esta definición, se comprende que negar una prueba por “inconducente” son palabras mayores. Si el juez lo hace, tendrá que mencionar la norma legal que prohíbe el medio de prueba. Y la norma legal debe ser expresa. Si tal norma no existe, la prueba es conducente y no podrá ser rechazada por este motivo.

### **La prueba pertinente**

Como ya establecimos, la **pertinencia** es un concepto distinto al de la conducencia. Mientras la conducencia se refiere a la prueba entendida como medio de prueba, la pertinencia se refiere a los hechos que se van a establecer con la prueba.

El concepto de pertinencia se puede entender en la forma de una pregunta:

Asumiendo que se practique la prueba, ¿el hecho que se va a establecer con esa prueba tiene que ver con el litigio que se ha de decidir en el proceso?

El Dr. Devis Echandía lo expresa así:

“... la noción de prueba no pertinente o irrelevante ... no será otra que aquella que se aduce con el fin de llevar al juez el convencimiento sobre **hechos** que **por ningún aspecto** se relacionan con el litigio o la materia del proceso...”

---

<sup>1</sup> Quinta edición, 1981, Víctor de Zavalia – Editor, Buenos Aires, 1981.

Por consiguiente, hay cierta impropiedad en hablar de “prueba impertinente”. Cuando se habla de “pertinencia”, la impertinencia no recae tanto en el medio de prueba como en el hecho que se quiere probar. Por eso el artículo 178 CPC permite rechazar las pruebas “que versen sobre **hechos** notoriamente impertinentes”. El estatuto aduanero es mucho menos técnico y habla de “pruebas pertinentes”.

La distinción es imprescindible porque saca el problema del ámbito procesal probatorio y lo inserta de lleno en la esfera de lo jurídico sustancial. **Cuando se alega que un hecho es “impertinente” no se está tomando sólo una decisión procesal; se está también decidiendo sobre el fondo del asunto.**

Hay que tener mucho cuidado, porque la acusación de “impertinencia” puede usarse sólo como pretexto para negar a alguien el derecho de defensa. Mencionábamos atrás que el CPC sólo permite negar las pruebas “notoriamente” impertinentes. En la cita que transcribimos, el Dr. Devis Echandía sólo considera impertinentes las pruebas que acreditan hechos que “por ningún aspecto” se relacionan con el proceso. El Tribunal Superior de Bogotá en auto de junio 19 de 1978, con ponencia del Dr. Humberto Rodríguez Robayo<sup>2</sup> (subrayo), explicó:

“... ha entendido el Código de Procedimiento Civil por pruebas ... **impertinentes** aquellas que tratan de probar un hecho que **nada** tiene que ver con lo discutido dentro del proceso ...”

Estos adverbios (“notoriamente”, “por ningún aspecto”, “nada”) son tajantes e indican la necesidad de limitar la aplicación del concepto a casos extremos. Sin embargo, la pertinencia debe decidirse caso por caso, analizando los aspectos concretos de cada litigio y sobre todo **dando margen a los abogados a que desarrollen su línea de argumentación**. Cuando un abogado explora un punto de vista, puede ser que esté avanzando en un aspecto que a primera vista puede no parecer pertinente. Pero el juez debe tener mucho cuidado en alegar la impertinencia, porque ya hemos dicho que resolverla implica decidir en parte sobre el fondo del litigio.

De lo anterior se sigue que la pertinencia del hecho a probar no se puede decidir en una etapa temprana del juicio con base en una **proyección** de lo que el juez piensa que va a decidir. El juez debe considerar cualquier posible línea de argumentación y permitir que se pruebe en el sentido de esa línea de argumentación, así le parezca al juez que no va a ser exitosa. **Si es una línea de argumentación posible, la prueba también debe ser posible.**

Tomemos como ejemplo el caso de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionatorio. Se puede pensar que, en lo administrativo, y concretamente en lo aduanero, impera este criterio. Sin embargo, sólo hay un caso de consagración positiva (en lo cambiario), y hay múltiples sentencias de la Corte Constitucional que rechazan la aplicación de la responsabilidad objetiva en lo administrativo. Por lo tanto, el sustento de este criterio sólo se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Y la jurisprudencia puede cambiar.

Si la jurisprudencia puede cambiar, es válido que un abogado explore una línea de defensa que se base en la prueba de circunstancias eximentes de responsabilidad. Y aquí inserto una reflexión que vale la pena que tengamos en cuenta: **todos los cambios jurisprudenciales de importancia histórica empezaron por alegatos de abogados que se referían a hechos impertinentes**. La desigualdad de negros y blancos estaba consagrada por varias leyes en los Estados Unidos, y sin embargo abogados tozudos se empeñaron en desafiarla, vez tras vez, hasta que el tiempo les dio

---

<sup>2</sup> Citado en el Código de Procedimiento Civil de Legis, numeral 0972.

la razón. Años pasaron los abogados pidiendo beneficios pensionales para las parejas homosexuales, y hace poco tuvieron éxito. También las compañías de seguros pasaron décadas pidiendo que se reconociera indexación en los montos subrogados, hasta que hace un par de años por fin se les aceptó su argumentación.

Si tenemos en claro lo anterior, podemos tener en claro esto: al negar una prueba impertinente, no se niega una prueba: **se niega un hecho y, más aun, un argumento de fondo.**

Si el juez no accede a decretar pruebas so pretexto de la pertinencia, evidentemente puede estar evitando que el proceso se dilate en cuestiones ajenas a lo que se discute. Pero también podría estar simplemente defendiendo un capricho, un prejuicio o una posición jurisprudencial e impidiendo que se argumente en contra de ellos. En el ejemplo que estamos analizando subyace una identificación muy clara entre medio de prueba, hecho y argumentación. Porque, para que alguien sea exonerado por una causal de ausencia de culpa se necesitan dos cosas:

- a) Que el juez admita conceptualmente esa causal.
- b) Que se pruebe que la causal realmente se presentó.

Si el juez no admite la prueba **porque no admite el concepto**, está haciendo dos cosas indebidas:

- a) Está decidiendo en una etapa muy temprana si admite o no el concepto.
- b) Esta negando la prueba con base en un prejuzgamiento.
- c) Si más adelante cambiara de opinión, o se presentara un cambio jurisprudencial, ya no habría posibilidad de probar la presencia de la causal y el demandante perdería el caso.

Ha pasado, por ejemplo, que un juez o tribunal niega pruebas pedidas por una agencia de aduanas que buscan acreditar la responsabilidad de su cliente en la comisión de un error. La razón que se aduce al negar la prueba es que es impertinente (aunque muchas veces no se usa el término apropiado) porque se afirma que, según la ley, la responsabilidad es de la agencia de aduanas y no del cliente. Se ve aquí que se está resolviendo sobre un punto de derecho al decretar un auto de pruebas. El juez o tribunal están **prejuzgando**, y, además de cometer una posible violación al debido proceso, se exponen a ser recusados, porque expusieron su criterio de antemano y ya el actor sabe que con ellos el proceso está decidido.

En nuestro concepto, la alegación de impertinencia sólo se justifica cuando las partes abusan de su derecho a la prueba de una manera tan grave que puede conducir a la parálisis del proceso, o a un entorpecimiento inaceptable del mismo. Pero no se justifica apelar a estas disposiciones para negar (como sucede a veces) una o dos pruebas de fácil realización y sencillo trámite. Lo que se ve en la práctica es que hay litigios aduaneros, tanto administrativos como judiciales, en los que no se concede ninguna prueba. Evidentemente ahí nos situamos en la hipótesis contraria, es decir, aquella en la que es la autoridad la que abusa de sus facultades para impedir la normal evolución de la controversia.

No podemos aquí extendernos en el análisis de este problema, pero sí vale la pena advertir que el abuso de este método puede conducir a una violación material del derecho fundamental de acceso a la justicia, porque se le impide a los particulares probar sus argumentos. Quisiera anotar adicionalmente que son las partes (demandante y demandado) los que establecen cuáles son los hechos y los puntos de derecho a discutir. Por eso dice el **artículo 305 CPC**: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (...) y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley”.

Un juez puede pensar que un hecho **nada** tiene que ver con lo discutido dentro del proceso, pero, en nuestro parecer, la decisión al momento de decretar las pruebas tiene por fuerza que ser una decisión preliminar y muy laxa, ojalá benévola hacia las partes. Hay que tener en cuenta que estamos en una etapa muy temprana del proceso, prácticamente en sus inicios. Puede ser que la conexión del hecho alegado por la parte le parezca al juez en esta etapa muy lejana e indirecta; pero el juez no ha consolidado su criterio y debe darle la oportunidad a las partes de consolidar sus alegatos. Por eso se recomienda no **abortar** la discusión jurídica negando la práctica de pruebas. A la hora de proferir sentencia, con todas las pruebas a su alcance, podrá el juez válidamente decidir si en verdad los hechos alegados por las partes son sustantivos o no. Pero tomar esa decisión en una etapa inicial es prematuro, puede constituir un prejuzgamiento y ciertamente restringe de manera inconveniente (y posiblemente inconstitucional) el derecho de las partes al debido proceso y a acceder a la justicia.

Finalmente, cabe anotar que, cuando el rechazo de la prueba ha ocurrido en la vía gubernativa, los jueces deberían examinar de manera autónoma el cargo de violación al debido proceso que ello implica, y, si es del caso, anular por esta sola causa la actuación. Acaso esta solución parezca radical, pero sólo si los jueces actúan de esa forma se sentirá la autoridad presionada para desarrollar en el trámite gubernativo una adecuada labor de recopilación de pruebas.

### **Las pruebas eficaces**

La **eficacia** de la prueba no hace relación ni al medio de prueba ni al hecho que se pretende probar, sino a una valoración jurídica preestablecida. Así, el artículo 215 CPC prohíbe el testimonio de menores de 12 años, y el artículo 232 ibídem establece que el testimonio no puede suplir escritos exigidos por la ley “como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato”. Esas pruebas, en tanto **hechos**, puede que tengan relación con el asunto a decidir. El testimonio puede ser de personas o niños que tengan conocimientos que sean pertinentes. Pero la prueba es ineficaz como **medio** de prueba por mandato legal.

### **Las pruebas innecesarias o superfluas**

Muchas veces se confunde la prueba “innecesaria” o “superflua” con la prueba “impertinente”.

Ya dijimos que “prueba impertinente” es una prueba que se refiere a un hecho “impertinente”, es decir, un hecho que no tiene nada que ver con el proceso.

La prueba **superflua** o **innecesaria**, por el contrario, puede referirse a un hecho muy pertinente. Aquí el calificativo no se refiere al hecho que se quiere probar sino a la necesidad de probarlo. En el fallo que mencionamos atrás, el Tribunal Superior de Bogotá definió como pruebas superfluas

“...aquellas que se hacen innecesarias en virtud de haberse practicado ya dentro del proceso suficientes pruebas para darle la plena certeza sobre un hecho determinado.”

En otras palabras, las pruebas superfluas o innecesarias son las que se obvian porque ya hay suficientes pruebas que acreditan el mismo hecho en el mismo sentido. Así, por ejemplo, si obran en el proceso tres testimonios coincidentes que señalan que una persona le entregó una suma de dinero a otra, el juez puede estimar que es superfluo recabar un cuarto testimonio que diga exactamente lo mismo. En este sentido, **superfluo es sinónimo de redundante**.

Sin embargo, **y esto es sumamente importante**, no se puede llamar superflua a una prueba que está dirigida a contradecir otras pruebas. Si las pruebas existentes convence al juez de que un hecho

sí sucedió, una prueba que pretende probar lo contrario (que el hecho no sucedió) no puede llamarse superflua. Por ejemplo, si en el proceso penal el implicado confesó el hecho, no es de ningún modo superfluo practicar pruebas que apunten a que la confesión es falsa. Todo lo contrario, esas pruebas son muy necesarias para establecer la verdad.

Si un juez no decreta una prueba que apunta a contradecir otras, sencillamente porque piensa que la prueba no va a hacerle cambiar de opinión, comete al menos tres violaciones graves al debido proceso:

- a) Valora antes de la sentencia las pruebas que ya se han practicado.
- b) Valora intuitivamente la prueba que no se ha practicado.
- c) Toma una decisión de fondo anticipadamente, y con un acervo probatorio abortado.

### **Motivación del rechazo de la prueba.**

En la práctica normal, es común que la DIAN, y a veces también los jueces, se limiten a afirmar escuetamente que la prueba no es conducente, eficaz, pertinente o necesaria, pero no se toman el trabajo de explicar en qué consiste el defecto. Ni siquiera con ocasión del recurso se aclara el razonamiento de la autoridad. De esta manera se consume el perjuicio para la parte y se le impide ejercer el elemental derecho de contradicción, vulnerando así su derecho a la defensa.

Para acabar con esta práctica, hay que empezar recalando que ninguna actuación de la autoridad puede ser caprichosa o inmotivada. En ese sentido, la autoridad (judicial o administrativa) está obligada a explicar las razones por las que tacha un aprueba de inconducente o ineficaz o impertinente o innecesaria. La simple mención de la tacha no puede servir de motivación, porque el término que se emplea es simplemente un calificativo, no un razonamiento. Como decíamos arriba, decir que una prueba es inconducente no es motivar la decisión; es simplemente anunciarla. Lo que el juez está obligado a hacer es señalar las normas legales que prohíben la prueba y la hacen inconducente. Es ese raciocinio previo el que se debe exponer. Si no se expone, hay que concluir que la decisión de la autoridad es simplemente intuitiva, que la adoptó porque **le pareció obvia**, pero ello también indica que se tomó una decisión apresurada y poco meditada.

Por otra parte, ya hemos visto que la ley permite negar la prueba por conceptos distintos. Es un error de bulto aducir al mismo tiempo que una prueba es “inconducente, impertinente, ineficaz y superflua”. Como hemos explicado, cada concepto va asociado a una manera de entender la prueba. La existencia de conceptos distintos es una garantía para los particulares. La prueba debe ser negada por el concepto que le corresponde, porque el juez debe sustentar ese preciso concepto y dar a la parte la oportunidad de controvertir la decisión. Si se mezclan las nociones, se crea confusión y se tiende a la arbitrariedad.

### **Carga de la prueba**

El concepto de “carga de la prueba” puede parecer sencillo. Se dirá comúnmente que se refiere a quién tiene la responsabilidad de probar o no probar algo. En lo aduanero, el tema se simplifica aún más y comúnmente se piensa que es únicamente el particular el que tiene la carga de la prueba; que al Estado le basta afirmar o acusar, y es el interesado el que debe demostrar que la autoridad no tiene la razón.

Sin embargo, la naturaleza de la carga de la prueba ha sido objeto de variada discusión durante muchas décadas. Así, se ha dicho que la “carga de la prueba” es una “obligación” (Azcarelli), un

“vínculo jurídico para la protección del interés público” (Resta), un “deber libre” (Brunetti), un “interés propio” (Rocco), un “acto jurídicamente necesario” (Carnelutti), un “imperativo del propio interés” (Couture y Eisner), etc.

La discusión de la naturaleza la carga de la prueba puede parecer bizantina, pero no lo es. Se hace necesario especular sobre ella para diferenciarla de la simple obligación, porque no es cierto que la persona que tenga la carga de la prueba tenga la obligación de aportar o al menos pedir la prueba. Es distinto tener la “carga de la prueba” a tener la “obligación de probar”. Los que simplifican el asunto hasta esos extremos piensan que el no “cumple” con la carga de la prueba debe ser sancionado con una condena, como si hubiera incumplido una obligación clara y la sanción (igualmente clara) fuera perder el proceso. Por el contrario, la doctrina moderna ha concluido que la “carga de la prueba” es un poder que se puede ejercer o no en interés propio, y que la parte que se abstiene de ejercerlo no es propiamente sancionada por esta abstención sino que simplemente asume las consecuencias que se deriven **estrictamente** de su falta de acción.

La discusión se nos hará tanto más relevante al examinar las pocas normas que imponen la carga de la prueba a los particulares. De paso, enfatizamos este punto: no es cierto que la carga de la prueba recaiga siempre sobre el particular. Hay algunas normas que así lo dicen, pero versan sobre temas específicos y no se les puede generalizar.

El artículo 256 del decreto 2685 de 1999 establece: “Corresponde al importador la carga de la prueba, cuando la autoridad aduanera le solicite los documentos e información necesarios para establecer que el valor en aduana declarado, corresponde al valor real de la transacción y a las condiciones previstas en el acuerdo”. El artículo, sin embargo, nos parece inexacto. Lo que realmente dice el artículo es que la autoridad aduanera tiene la carga de la prueba si quiere afirmar que el valor declarado en la factura no es el valor real de transacción. Puede parecer sorprendente, pero eso es lo que sucede en la realidad. El artículo 256 impone a la DIAN el deber de pedir primero los documentos, y ante esa orden el particular tiene la obligación correlativa de aportarlos, no porque sea suya la carga de la prueba, sino porque existe el deber general de atender las órdenes de las autoridades. Aunque esta actividad puede parecer una carga probatoria para el particular, en verdad lo es para la autoridad, que debe desplegar su actividad en ese sentido antes de siquiera afirmar la falsedad de la factura.

La Decisión 571 de la CAN, por su parte, establece: “**Artículo 18.- Carga de la prueba.** En la determinación del valor en aduana, así como en las comprobaciones e investigaciones que emprendan las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina, en relación con la valoración, la carga de la prueba le corresponderá, **en principio**, al importador o comprador de la mercancía.

“Cuando el importador y el comprador no sean la misma persona, la carga de la prueba corresponderá tanto al importador como al comprador de la mercancía importada; y cuando el importador o comprador sea una persona jurídica su representante legal o por quien esté autorizado para hacerlo en su nombre.”

Estas son normas particulares, porque ni el convenio de Kyoto ni el acuerdo del valor del GATT establecen esta regla de a quién corresponde la carga de la prueba.

En realidad, la carga de la prueba se sostiene sobre una base de presunción. Se parte de un status quo, y el que tiene la carga de la prueba es el que tiene interés en cambiar ese status quo. Si se establece que el importador debe sustentar el valor declarado, y se asumiera que la falta de prueba

ocasiona como consecuencia ineludible descartar ese valor declarado, parece obvio que se parte de la base de que el valor declarado es mentiroso.

Es bueno recalcar esta situación, para hacer comprender su importancia. Si existiera la presunción de que el valor declarado es auténtico, para desvirtuar la presunción, la autoridad aduanera debería probar que no lo es. Pero, si la situación es al revés: si el importador debe probar que el valor es auténtico, y si se puede descartar el valor declarado ante la falta de prueba, habrá que concluir que la situación de base es la presunción de que el valor no es auténtico.

Este planteamiento a veces no se entiende, porque se parte de la idea de una especie de culpabilidad manifiesta derivada del silencio. Muchas personas considerarán que es lógico que se descarte el valor declarado si, ante una pregunta de la autoridad, el importador no puede sustentarlo.

Pero supongamos un ejemplo alterno. Supongamos que un policía de tránsito nos detiene en la mitad de la noche y nos pide acreditar la propiedad del vehículo que conducimos. Si no tenemos esa prueba a la mano, ¿se justifica que nos condenen por ladrones? Mucha gente dirá que no, pero algunos sostendrán que ello se debe simplemente a que es preciso conceder más tiempo para aportar la prueba. De modo que situémonos en una nueva hipótesis: un día recibimos un oficio de una autoridad penal, diciendo que, si no probamos la propiedad de nuestro vehículo en un plazo de seis meses, seremos detenidos por ladrones. ¿Nos parece esa situación razonable? Supongo que coincidiremos en que no, al menos en principio, porque la falta de prueba de que somos los dueños del vehículo no nos convierte automáticamente en ladrones. En un estado de derecho, uno esperaría que el Estado tuviera aunque sea un poco cantidad de pruebas, al menos que haya otra persona que sostenga y pruebe que es la dueña del carro, porque, ¿cómo puedo ser condenado por ladrón si no se sabe a quién robé?

El hecho de que yo no pueda ser condenado sólo porque no aporte pruebas es señal de que hay una presunción de inocencia que me favorece. Como esta situación no le gusta siempre a los Estados, se han inventado delitos como el del enriquecimiento ilícito, que se asientan sobre la presunción contraria, así no se exprese: todo enriquecimiento es ilícito, a menos que se pruebe lo contrario.

Sucede algo equivalente con la teoría de la DIAN colombiana sobre el levante. Sostiene la entidad que ella puede revisar cualquier levante, en cualquier tiempo, y revocarlo si encuentra que se otorgó en contravención a alguna norma (norma que, muchas veces, no es ni siquiera una ley: puede ser un concepto, una política, incluso una creencia difundida). El levante vive así en permanente tela de juicio. Si siempre hay que probar que el levante fue bien otorgado, y esa prueba se debe aportar tantas veces como se le ocurra a la aduana, es obvio que se parte de la presunción de que el levante es ilegal. A eso no hay que darle más vueltas. Pero esa presunción no está contemplada expresamente en la ley, nace de una posición eminentemente subjetiva de la DIAN y además contradice la presunción de legalidad del acto administrativo. Lo que pasa es que el mundo moderno, sobre todo en nuestros países, nos ha situado en un plano de culpabilidad inmanente. Por eso aceptamos ya con facilidad que, si no podemos probar nuestra inocencia, somos culpables.

No nos podemos extender sobre este aspecto, pero hagamos aquí un planteamiento general sobre lo que debe ser la carga de la prueba bien entendida. En este sentido, hay que recordar la regla básica, que está incluida en el **Artículo 177 CPC** colombiano:

**“Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

El problema más claro de la falta de prueba surge cuando no hay pruebas, o no hay suficientes pruebas. ¿Qué sucede, por ejemplo, si una persona circula en un automóvil “de vieja data”, registrado a su nombre, pero sin tener la declaración de importación original? En casos similares, para establecer la carga de la prueba hay que responder estas preguntas:

- 1) ¿Quién “perderá” si no se aclaran los hechos?
- 2) ¿En favor de quién se debe fallar si las pruebas disponibles no permiten establecer si el particular ha violado o no alguna ley?
- 3) ¿Qué nivel de prueba es suficiente para establecer un hecho?

En el ejemplo que proponemos, la aduana colombiana diría que el dueño del vehículo ha de perderlo, porque no puede probar que fue introducido legalmente al país. Como hemos dicho, eso significa que se parte de la presunción de que el vehículo está ilegalmente en el país. Si hubiera una presunción subyacente, la falta de prueba debería favorecer al particular.

En lo tocante al nivel requerido de la prueba, la aduana puede ser tan exigente o laxa como quiera. Podría exigir un original sellado y rubricado, caso en el cual hace las cosas más difíciles al afectado. O podría contentarse con una fotocopia.

Situado el problema en este contexto, se ve que la política de la aduana sólo se sostiene si se acepta previamente ese estado de “culpabilidad inmanente” de que se ha hablado. Perjudicar al particular ante la ausencia de pruebas implica hacerlo víctima de una presunción de mala fe. Esa es una verdad que comúnmente no se reconoce, por ser políticamente incorrecta, pero es la única lógica, dado el estado actual de la práctica del derecho.