

que todas descansan sobre una sola: la educación. Pero la solución no está en dedicar todos los esfuerzos hacia el aumento matemático de ésta. La educación del campesino debe hacerse casi totalmente distinta a la que se realiza en la ciudad, más si tenemos en cuenta las condiciones anotadas antes en este escrito. Y sin hablar del término educación, como lo entendemos generalmente en estos casos, o sea como desanalfabetización y enseñanza de los principios y conocimientos elementales, pensemos mejor en culturización. Cuando nuestro mestizo vea en su aldea sintetizadas las ventajas de la ciudad, en un pequeño teatro donde pueda divertirse y al tiempo aprenda cosas de utilidad; cuando el buen cine sea proyectado públicamente; cuando reciba folletos bien editados y de fácil lectura, irá abandonando poco a poco todas sus ilícitas diversiones, encauzando ahora sí correctamente esas maravillosas potencias que diariamente tienden a exteriorizarse en él, y si además cuenta con la satisfacción de sus necesidades elementales, (el hombre del campo es sencillo por esencia), de seguro que no abandonará jamás su parcela. Todo ello es apenas natural, lo antinatural y anómalo es el desinterés, el abandono que hoy contemplamos. La aculturación exige naturalmente una gran tarea, pero todas las grandes tareas reportan grandes frutos. El fortalecimiento municipal, base de todo progreso, tiene su síntesis en la descentralización de la cultura.

Logrados estos resultados, ¿habrá que pensar en la necesidad de añadir a nuestra raza sangres extranjeras? Creemos firmemente que si el plan anterior se desarrolla con dedicación y técnica, ello no será necesario y aún más, una masiva inmigración puede ser contraproducente y resentir de nuevo el espíritu del mestizo. "¿Existirán muchos campesinos que amen la naturalueza y el campo en sí? Los hay que se confunden de tal manera con su tierra, cuya vida se conforma tan naturalmente con las costumbres y tradiciones campesinas, que parecen no poder arraigar en otro suelo: viejos raigambres sobre los cuales fracasarán todos los ensayos de novedades, todo lo que sea extranjero a la cultura campesina" (1). En esta forma se expresa Maurice Halbwachs al tratar del amor del campesino por su tierra y del rechazo natural a lo extraño a ella.

El elemento foráneo sólo debe aportar técnicas, métodos modernos, más no sangre, que la mestiza solamente necesita un proceso de orientación para desarrollar en un futuro la tarea que la historia le tiene asignada, desde el descubrimiento del nuevo mundo.

(1) Maurice Halbwachs. *Las clases sociales*. Fondo de Cultura Económica.

## DERECHO

### Desarrollo de una paradójica Teoría de la Carga de la Prueba\*

Por JOSE ANTONIO VILLEGAS LOPEZ

Normalmente, las partes aportan al juicio espontáneamente la prueba de los hechos de que entienden derivar alguna ventaja en el juicio de probar en apoyo de sus alegaciones, y a combatir y contradecir por todos los medios la prueba contraria o las excepciones que puedan ser propuestas por su adversario. El proceso en la administración de esas pruebas se regula naturalmente por el interés de cada parte en demostrar la verdad de sus alegaciones en orden a obtener una decisión favorable y, en consecuencia, toda reglamentación legal de la producción de las pruebas en el juicio parece, en principio, prácticamente superflua.

A pesar, sin embargo, de la diligencia de las partes en la administración de sus propias pruebas, no siempre puede el Juez, en la práctica, formarse un juicio cierto acerca de la veracidad de sus respectivas alegaciones con los solos elementos de convicción aportados espontáneamente por ellas al debate. Ante dos alegaciones imperfectamente demostradas o desvirtuadas por pruebas contradictorias, el Juez tendría, lógicamente, que suspender su juicio por falta de elementos suficientes de convicción para pronunciarse en favor del demandante o en favor del demandado. Pero como, por otra parte, el concepto de justicia exige que toda controversia deba ser decidida, hay entonces necesidad de suministrar al Juez un recurso técnico que le permita fundar una decisión en esa eventualidad.

\* De la obra en preparación: *Ensayo de una Teoría General de la carga de la Prueba*.

Con sólo establecer, teóricamente al menos, el orden en que las partes deban intervenir en la producción de sus respectivas pruebas se provee lógicamente a esa necesidad. Con ello se atribuye a una de las partes la obligación de demostrar previamente la verdad de sus alegaciones y, correlativamente, se dispensa a la otra de aportar la prueba contraria mientras la contraparte no haya satisfecho esta obligación. El Juez no podrá entonces encontrarse en ningún caso desprovisto de un fundamento racional para su decisión. En ausencia de pruebas suficientes no tendrá más que establecer a cuál corresponde, en ese estado de la controversia, la carga de la prueba. Si esa parte no cumple su obligación de probar, o lo hace de una manera imperfecta, el Juez, lógicamente, deberá pronunciarse en contra de ella. No habiendo demostrado sus pretendidos derechos, éstos deberán reputarse inexistentes; en tanto que la otra parte debe conservar las ventajas de su posición puesto que, estando en ese momento dispensada de probar, no puede perderlas sino con la justificación de las pretensiones de su adversario.

Si, no obstante la facultad que lógicamente tienen las partes de permanecer inactivas en el debate hasta tanto su adversario no justifique sus pretensiones, el interés de ganar el juicio las induce a sobrepasar sus obligaciones estrictas en la producción de las pruebas. es claro que una reglamentación legal de la carga de la prueba no tiene por objeto incitar alternativamente a las partes a suministrar la prueba de los hechos que ellas por sí mismas tienen interés en demostrar. Esa reglamentación no tendrá más objeto que procurar al Juez un recurso técnico para decidir, en ausencia precisamente de tales pruebas. Si, pues, la determinación de un principio de carga de la prueba presenta algún interés en doctrina y en jurisprudencia no es entonces sino en tanto que ese principio permite responder a esta cuestión fundamental. En ausencia de pruebas suficientes para fundar una decisión judicial ¿a cuál de las partes aprovechará el beneficio de la duda? A aquella de las partes que en virtud de ese orden preestablecido estaba en ese momento dispensada de administrar la prueba.

La solución de esa primera cuestión depende entonces de esta otra cuestión fundamental: ¿En qué orden deben las partes intervenir en la producción de las pruebas? ¿Quién, en fin, está inicialmente obligado a probar? Tal parece la primera cuestión que es preciso establecer en la formulación de un principio general de carga de la prueba.

Es una tradición que remonta al derecho romano que si el demandante no prueba el demandado gana el proceso. “Actore non probante, reus absolvitur.” Mientras esta prueba no sea hecha el demandado no tiene nada que probar. Su condición como tal basta por sí sola para protegerlo contra toda contestación injusta de su derecho. El demandado no tiene más que negar las afirmaciones de su adversario. “Negastis naturali ratione nulla est probatio.”

Pero cuando la prueba del demandante ha sido hecha, si la otra parte alega a su turno, a ella corresponde justificar los hechos que invoca en apoyo de sus alegaciones. “Reus in exceptione actor est.” Si el demandante primitivo replica a su vez, deberá entonces fundar su réplica, y así sucesivamente. En suma “quien alega un hecho nuevo, contrario a la posición adquirida del adversario, debe establecer la verdad de ese hecho”. (Bonnier, *Traité theorique et pratique des preuves*, 5e ed. París, 1888, N° 36.)

El fundamento de tales principios se halla, de acuerdo con la doctrina clásica hoy, por lo demás, unánimemente aceptada, en una presunción ante-judicial de legitimidad de la situación del demandante.

Según esta doctrina, “la necesidad de probar se impone a quién avanza un hecho contrario al estado normal y habitual de las cosas o a una situación adquirida. Nada más racional. Cuando un hecho jurídico es objeto de contestación entre dos personas, antes de que el Juez haya podido verificar sus afirmaciones contradictorias el estado de cosas que la ley considera como ordinario y regular debe presumirse que existe; se puede, sin duda, modificarlo y sustituirle un estado excepcional. Pero la carga de la prueba pesa naturalmente sobre quién formula tal pretensión. Igualmente, cuando se ha demostrado la existencia de una situación cualquiera, se puede todavía destruirla y reemplazarla por otra; pero la situación adquirida debe gozar de las mismas prerrogativas que la situación natural: se presume que continúa existiendo. Es preciso entonces exigir que la parte que pretende innovar, cambiar el statu quo, establezca previamente la modificación que alega”. (Baudry-Lacantiniere, *Precis de droit civil*, París, Sirey, 3e ed. 1905, N° 491.) Así, se atribuye al demandante la obligación de probar previamente la verdad de sus alegaciones. “Y, en efecto, no podría ser de otra manera. El demandante quiere introducir una modificación en la situación presente; se pretende propieta-

rio de una cosa que se halla en posesión de su adversario, acreedor de éste, etc... Ahora bien, hasta prueba de lo contrario es lógico pensar que quien detenta una cosa es su dueño, o que una persona no es deudora." (Colin et Capitant, *Cours Elementaire de Droit Civil Francais*, 8ª ed. T. I. N.º 81.)

Estos principios que no son otra cosa que la razón y el sentido común aplicados al procedimiento, son, sin embargo, el resultado de una larga evolución histórica y han sido objeto de serias controversias antes de instaurarse definitivamente en el derecho positivo. Se ha sostenido incluso que "entre el demandante y el demandado, la presunción ante-judicial debe existir en favor del primero y en perjuicio del segundo". Esta afirmación ha sido, por supuesto, calificada de *simple paradoja*, por la doctrina tradicional. Pero viniendo de un expositor de la autoridad de Jeremías Bentham nos parece que la tesis merece alguna atención. No habiendo Bentham desarrollado su tesis, sino indicado simplemente algunas observaciones en orden a esa conclusión hemos juzgado interesante hacer una exposición sistemática de esa tesis, por estimar que no debe pasar inadvertida en el estudio de una teoría general de la carga de la prueba.

• • •

"Antes de entrar en el examen de una causa, dice Bentham, existen ciertas presunciones en favor y en contra de las cuales un Juez no puede ni debe defenderse. Siendo vagas y generales, esas presunciones tienen poca fuerza; pero pueden servir para guiar en la oscuridad hasta que se hayan podido obtener pruebas particulares, o para inclinar la balanza cuando uno se halla en la duda entre dos pruebas contradictorias."

"El prejuicio contra el demandante ha prevalecido generalmente en el mundo, y la causa es fácil de encontrar. Entre más abusivo y vejatorio ha sido el procedimiento, más se han temido los procesos"; y como el demandado viene siempre al proceso por iniciativa del demandante, nada más natural que se busque protegerlo contra toda eventual contestación injusta de su derecho. Si no, quedaría expuesto a las iniciativas más irrazonables, a las vejaciones más irritantes.

Dado que los efectos de la noción de presunción consisten, de una parte, en dispensar a quien de ellas se prevale de la obligación de administrar la prueba de los hechos objeto de la presunción y, de otra, en imponer al adversario la obligación de administrar la prueba

ba contraria, se comprende que la doctrina haya buscado establecer una presunción general en favor del demandado como presupuesto de toda acción en justicia. Así, en interés de la estabilidad del orden social, se asegura al demandado un papel pasivo en el proceso y se asigna al demandante la obligación de justificar previamente la exactitud de sus alegaciones.

Fundada en el hecho de que el número de situaciones legítimas es, en la práctica, infinitamente superior al número de situaciones ilegítimas, la doctrina tradicional ha formulado una presunción general en favor del demandado conforme a al cual, y hasta tanto no se establezca lo contrario, las situaciones en litigio se reputan jurídicamente regulares. Quien pretende, pues, destruir esa presunción de legitimidad debe aportar la prueba de su alegación. En tal virtud, si el demandante no prueba o lo hace de una manera incompleta, el demandado gana el proceso; aun cuando él no aporte ninguna prueba, aun cuando no haya intentado siquiera probar nada, como quiera que la finalidad perseguida por la presunción en su favor consiste esencialmente en asegurarle, en interés del orden público y de la seguridad social, la facultad de refugiarse en la simple negación formal de las pretensiones de su adversario. "Su posición como tal, dice la doctrina clásica, debe por sí sola bastarle para protegerlo contra la acción de que es objeto."

"El terror a los procesos fundado en los vicios del procedimiento" ha instituido, pues, una presunción general en favor del demandado. Pero si la necesidad de proteger al demandado contra toda contestación injusta de su derecho es, efectivamente, una necesidad imperiosa para la estabilidad del orden social no puede concluirse, de esta sola necesidad, una presunción en favor del demandado; una presunción de hecho al menos.

Del sólo hecho de que el demandado deba estar dispensado de probar no se sigue, en efecto, conforme a un proceso lógico, la veracidad probable de sus alegaciones. Si, pues, con el objeto de asegurarle un papel pasivo en el proceso se presumen verdaderas sus alegaciones, la presunción así construída es una presunción puramente técnica, esencialmente formal, puesto que no tiene en cuenta la realidad de hecho que sus términos expresan.

Así, en presencia de dos alegaciones contradictorias, esa presunción general en favor del demandado no es apta para obrar sobre la convicción del Juez para inclinar de su lado el peso de las pruebas

respectivamente aportadas por las partes. Indiferente a su contenido material, ella no agrega, en tanto que presunción de hecho, ningún elemento de persuasión en favor de las alegaciones del demandado; ni se impone al Juez por encima de cualquiera otra consideración, pues ella no constituye en sí misma una presunción legal propiamente dicha.

Vanamente se objetaría que el número de situaciones legítimas es, en realidad, infinitamente superior al número de situaciones ilegítimas y que, en consecuencia, la presunción general en favor del demandado expresa una realidad de hecho.

La presunción de legitimidad a favor del demandado descansa, según Bentham, sobre un fundamento ficticio. "El demandado se presenta, en efecto, al espíritu, como un hombre atacado en su derecho de posesión, y el prejuicio debe ser en favor del poseedor porque el número de posesiones legítimas es infinitamente mayor que el número de posesiones ilegítimas." De ahí que se considere que el hecho normal y ordinario es que el derecho pertenezca a quien lo ejerce y que, por consiguiente, en los procesos de reivindicación, el poseedor esté, en principio, naturalmente dispensado de probar su propiedad sobre la cosa objeto de la controversia. De ahí también que se considere que el hecho normal y habitual sea la independencia recíproca de los hombres en lo que concierne a la existencia de obligaciones especiales y, en consecuencia, el demandado esté naturalmente dispensado de probar la inexistencia de la obligación cuya ejecución reclama el demandante.

Empero, hay allí una ilusión que engaña. Si bien es cierto que, en el hecho, el número de situaciones regulares es infinitamente superior al número de situaciones irregulares, es igualmente cierto que no son esas situaciones regulares las que normalmente son materia de controversia judicial. No son, por lo general, ellas las que normalmente suscitan la controversia, "pues para intentar la decisión en justicia de la legitimidad de una posesión, es preciso descubrir en ella algún punto débil que la haga salir de las posesiones ordinarias".

Para fijar un criterio de decisión de las causas dudosas por falta de elementos suficientes de convicción, no interesa, en efecto, saber cuál es la condición jurídica de las situaciones que permanecen ajenas a una controversia; ni la proporción en que las situaciones legítimas existen en relación con las situaciones ilegítimas, en general. Lo que interesa para el caso es saber "si entre las posesiones controverti-

das, el número de demandas justas no sobrepasa por mucho el número de posesiones justas".

Ahora bien, entre estas situaciones controvertidas, tomadas en conjunto, el número de demandas justas es considerablemente mayor que el número de defensas legítimas. Tal es, al menos, el resultado práctico de las causas ganadas y perdidas, conforme al cual "la proporción de causas ganadas por los demandantes es muy superior a la proporción de causas ganadas por los demandados".

Si, pues, el número de situaciones legítimas sobrepasa por mucho el número de situaciones ilegítimas, es esta una realidad extrajudicial. La realidad judicial es, por el contrario, según ese resultado, que las situaciones ilegítimas son las que constituyen la gran mayoría de las situaciones en litigio.

Si ello es así, ¿en ausencia entonces de pruebas suficientes en el proceso no tiene el Juez más probabilidades de hacer justicia reconociendo las pretensiones del demandante? Y, en tal virtud, la presunción tradicional, según la cual las situaciones en litigio se reputan jurídicamente regulares, ¿no debe ser reemplazada por una presunción más conforme con la realidad de las cosas, con la realidad judicial, que determine en los casos dudosos la decisión en favor del demandante?

"Pero esto es desviar la cuestión, argumenta la doctrina clásica. No se trata de saber si en todos los procesos tomados en masa los demandantes no tienen en su mayoría razón, lo cual puede ser cierto. Se trata de examinar si la pretensión de un demandante que no ha establecido suficientemente su derecho puede presumirse fundada. La mayor parte de los demandantes triunfan, sin duda. Es que consiguen probar sus derechos. Pero, ¿hay en ese resultado algo que nos autorice a suponer que aquellos que no han conseguido hacer la prueba tenían en el fondo razón?" (Bonnier, op. cit. N° 51.)

Ese resultado práctico de las causas ganadas y perdidas no es, sin embargo, enteramente casual. Representa la confirmación práctica de una serie de consideraciones generales cuyo valor para la determinación de la veracidad probable de las alegaciones respectivas de las partes no puede desconocerse y constituye, por lo tanto, un fundamento suficiente para formular, con apoyo en él, una presunción general en favor de las alegaciones del demandante.

En primer lugar, el demandante viene siempre al proceso por su propia iniciativa y puede, por consiguiente, escoger entre una buena causa y una mala causa. "¿Cuántas lesiones de propiedad, cuántas in-

justicias, e incluso bastante graves, no se sufren antes de correr los azares de un proceso? ¿Cuántos sacrificios no se hacen para evitarse las dificultades, las molestias, las pérdidas de tiempo y de dinero, que no son nunca compensadas?" Si, a pesar de esto, el demandante se decide a iniciar el proceso se necesita tener muchas razones para resolverse a soportar todos esos inconvenientes. Y, no teniendo más interés en el juicio que el de hacer triunfar sus pretensiones, sólo la probabilidad de obtener una decisión favorable lo decidirá a intentarlo.

El demandado, por el contrario, tenga o no razón, tiene siempre interés en pleitear. Si tiene razón tiene el mayor interés en hacer reconocer su derecho. Si no tiene razón, siempre tiene interés en pleitear. La mayoría de las veces encuentra en el proceso un recurso para retardar la ejecución de una prestación o prolongar el goce injusto de un derecho; las diversas contingencias del procedimiento lo ofrecen, además, considerables oportunidades y "después de todo, si pierde la causa, se encuentra en el mismo punto que si la hubiera abandonado sin pleitear".

Si, pues, de una manera general, las situaciones legítimas no son las que normalmente son materia de controversia judicial; si la posición de quien viene al proceso de su propio movimiento debe naturalmente ser mejor que la posición de quien viene a él contra su voluntad, si, en fin, el interés del demandante presupone una selección previa entre una buena causa y una mala causa, en tanto que el demandado tiene siempre interés en pleitear, parece evidente que antes de que el Juez haya podido verificar las alegaciones contradictorias de las partes, las alegaciones del demandante tengan, en general, más probabilidades de ser verdaderas que las alegaciones del demandado.

A diferencia, pues, de la presunción tradicional, una presunción ante-judicial general en favor del demandante no sería una simple fórmula vacía de contenido material. Fundada sobre la veracidad probable de las alegaciones del demandante, existiría en ella esa adecuación de sus términos y su objeto que constituye el carácter específico de la presunción de hecho.

En ausencia de una disposición especial del legislador no es, entonces, más razonable admitir, con base en un cálculo de probabilidades, que "entre el demandante y el demandado la presunción ante-judicial debe existir en favor del primero, y en perjuicio del segundo".

## La promulgación de la ley en Derecho Colombiano

Por ALVARO COPETE LIZARRALDE

La aun no superada definición de ley dada por Santo Tomás de Aquino enseña que ésta es la "ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad". (S. Th. 1<sup>a</sup> IIas. C. XC. a. IV. Versión Quiles.) . . . Explicando por qué causa la promulgación es esencial a la ley, dice: "Como se ha expuesto, la ley es impuesta a otros por modo de regla y medida. Y la regla y medida se impone en cuanto se aplica a los que son regulados o medidos. Por lo cual *para que la ley tenga fuerza de obligar*, lo cual es propio de ella, es preciso que se aplique a los hombres que deban ser propio de ella, es preciso que se aplique a los hombres que deban ser to que de ella se les transmite por la promulgación. Por lo cual, *la promulgación misma es necesaria para que la ley tenga su fuerza.*" (Op. y loc. cit.) (He destacado.)

Para Suárez la ley es un "precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado". La promulgación es necesaria porque como la ley señala un modo de obrar, "mal puede ser éste cumplido, si no se da la posibilidad de que el obligado pueda conocer el precepto emitido". (Recasens Siches. *La Filosofía del Derecho* de Francisco Suárez. 2<sup>a</sup> ed., pág. 128.)

Hegel dice por su parte que "la obligación de la ley incluye . . . la necesidad de que las leyes sean dadas a conocer universalmente". (*Filosofía del Derecho*. Bs. As. 1944, pág. 189.)

Que la promulgación de la ley es menester para que ella sea obligatoria, es reconocido en forma unánime por todos los filósofos. Y esta nota esencial es aceptada con igual unanimidad por los juristas de todas las latitudes.

En los países en donde se ha distinguido la promulgación de la publicación como en Italia, Francia, Alemania, etc., todos los autores reconocen que la ley sólo puede obligar a partir de su publicación.