



Revista Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
ISSN: 0120-3886
revista.derecho@upb.edu.co
Universidad Pontificia Bolivariana
Colombia

Vivares Porras, Luis Felipe
El juicio de proporcionalidad como garantía del derecho a la prueba
Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 45, núm. 123, julio-diciembre,
2015, pp. 435-452
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151445901005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

El juicio de proporcionalidad como garantía del derecho a la prueba¹

The proportionality test as a guarantee of the right to evidence.

Le jugement de proportionnalité comme garantie du droit à la preuve.

O juízo de proporcionalidade como garantia do direito à prova.

Luis Felipe Vivares Porras²

1 Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La verdad en el proceso y las medidas contraepistémicas: una investigación dirigida a identificar las medidas contraepistémicas existentes en el proceso civil colombiano", aprobado por el CIDI.

2 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia), magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (Colombia), director del Área de procesal de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, investigador adscrito al Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) en la línea Conflicto, proceso y justicia. Correo electrónico: luis.vivares@upb.edu.co <http://orcid.org/0000-0003-2954-5613>

Cómo citar este artículo:

Vivares, L. (2015). El juicio de proporcionalidad como garantía del derecho a la prueba. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), pp. 435-452.

Recibido: 9 de marzo de 2015.

Aprobado: 7 de diciembre de 2015.



Resumen

El autor del presente ensayo se propone encontrar en el juicio de proporcionalidad un mecanismo de control de las intervenciones legislativas del derecho a la prueba. Para tal efecto expone el concepto de *derecho a la prueba* y luego analiza el *principio de proporcionalidad* y hace énfasis en sus bondades para evitar limitaciones irrationales del derecho a probar en los procesos jurisdiccionales.

Palabras clave

Verdad; derecho probatorio; derecho a la prueba; principio de proporcionalidad.

Abstract

The author of this essay seeks to identify in the proportionality test a control mechanism on legislative interventions of the right to evidence. For this purpose the concept of right to evidence is exposed and then the proportionality test is discussed, emphasizing its benefits avoiding unreasonable restrictions on the right to evidence in the judicial processes.

Keywords

Truth; evidence law; right to evidence; proportionality test.

Résumé

L'auteur de cet essai cherche à trouver dans le jugement de proportionnalité, un mécanisme de contrôle des interventions législatives du droit à la preuve. Pour parvenir à cet effet, il expose le concept du droit à la preuve puis, il analyse le *principe de proportionnalité* et met en avant ses avantages pour éviter les limitations irrationnelles du droit à prouver dans les procédures juridictionnelles

Mots clés

Vérité, Le droit probatoire ; Le droit à la preuve ; Principe de proportionnalité.

Resumo

O autor do presente ensaio propõe-se encontrar no juízo de proporcionalidade um mecanismo de controle das intervenções legislativas do direito à prova. Para o efeito expõe o conceito de *direito à prova* e seguidamente analisa o *princípio de proporcionalidade* e da ênfase nas suas bondades para evitar limitações irrationais do direito a provar nos processos jurisdicionais.

Palavras-chave

Verdade; Direito provatório; Direito à prova; Princípio de proporcionalidade.

1. Introducción

Con este texto se pretende ofrecer una manera de ver estas temáticas. Las doctrinas aquí expresadas, bien que convicciones, no buscan ser acogidas por el lector como verdades últimas, incuestionables. No aspiro a decir la última palabra sobre ningún tema pero quiero que el lector ensaye la particular visión que le propongo, que la experimente para determinar su fecundidad y decida, de acuerdo con su experiencia, su verdad o su error.

El problema que me propongo tratar es el siguiente: ¿El juicio de proporcionalidad puede servir de garantía del derecho a la prueba? Yo creo que sí y, para demostrar tal aserto, seguiré este derrotero: expondré el concepto de derecho a la prueba y luego lo contrastaré con una exposición del juicio de proporcionalidad, denominado también *principio de proporcionalidad*, por ser una expresión más común en el ámbito de la ciencia del derecho.

Procuraré ser claro y breve. La claridad ha de ser la meta de todo ensayista. Sin ella, se le dificulta la comprensión al lector y —en la mayoría de los casos— pone sobre relieve las confusiones conceptuales del autor. La brevedad...bueno, será una ofrenda de cortesía de parte mía para ti, amable lector. El tiempo que tenemos en esta vida es tan escaso y valioso que deberíamos cuidarnos de no desperdiciarlo con lecturas largas pero vacías. Creo que lo importante puede decirse en pocas palabras, de lo contrario, no sería tan importante.

2. Disciplina jurídica de la prueba

Parto de la siguiente premisa: la prueba, concepto previo a la idea de proceso jurisdiccional, es *tomado prestado* para el mundo jurídico por medio de lo que podría llamarse *ordenamiento jurídico probatorio*. La prueba no nace en el proceso ni mucho menos por cuenta del derecho; la prueba nace en otros ámbitos (gnoseológicos, epistemológicos, probabilísticos), pero llega al proceso jurisdiccional mediante el derecho probatorio.

De opinión semejante es Taruffo (2002) cuando afirma que:

[...] en muy diversos sectores de la experiencia se plantea el problema de establecer el fundamento racional de conocimientos que, no perteneciendo al campo de la lógica demostrativa sino al de la experiencia empírica, son por definición “inciertos”, no obstante lo cual están destinados a construir la base para decisiones de diversa naturaleza. En esos sectores surge un

esquema conceptual muy común que se puede denominar de *evidence and inference* y que se vale de aportes provenientes de distintos campos a los efectos de ofrecer instrumentos generales para la formulación y el control racional de las inferencias que fundamentan aserciones sobre hechos. En ese contexto, emerge una noción general de “prueba” como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos. (p. 327)

La prueba, dice el autor, surge en aquellas esferas en las que se hace necesario tomar decisiones sobre aserciones fácticas, es decir: en campos en los que se debe calificar de verdadera o falsa una determinada aseveración. Si bien lo anterior describe lo que típicamente sucede en un proceso, no por ello puede decirse que sea una situación exclusiva de los procesos jurisdiccionales. Resulta evidente, por el contrario, que son muchos los ámbitos en los que se puede estar en la necesidad de decidir la veracidad de una afirmación sobre un hecho.

Con este presupuesto, continúa Taruffo (2002):

[...] no hay razón válida alguna para sostener que la regulación jurídica de las pruebas es “completa” y omnicomprensiva, de forma tal que justifique la conclusión de que sólo puede usarse a los efectos probatorios aquello que una norma califique expresa y específicamente como prueba. Esto es particularmente evidente en los sistemas del *common law*, donde el *law of evidence* tiene, respecto del fenómeno de la prueba comprensivamente considerado, un papel reducido y, en resumidas cuentas, marginal, que se va reduciendo progresivamente a medida que se atenúa el sistema de las *exclusionary rules*. Sin embargo, la misma afirmación es válida, aunque en menor medida, para los sistemas del *civil law*: basta observar que fenómenos como los de las “pruebas científicas” o “tecnológicas” escapan a cualquier tipificación normativa y que —aparte de las discusiones sobre su admisibilidad— el uso tan difundido que en la práctica se hace de las pruebas atípicas muestra como está destinado al fracaso cualquier intento de “cerrar” el catálogo normativo de las pruebas. Además, ningún ordenamiento establece la omnicomprensividad de la regulación de los medios de prueba y no es casualidad que en muchos ordenamientos, también del *civil law*, está admitida la posibilidad de usar pruebas no expresamente previstas por la ley y resulta evidente la naturaleza “incompleta”, si no residual, de las normas en materia de la prueba. (p. 346)

Estas consideraciones llevan a Taruffo a una categórica conclusión: la regulación jurídica de la prueba, tanto la que se presenta en los sistemas del *common law* como los existentes actualmente en ordenamientos del *civil law*, cumplen una función preponderantemente limitativa de la actividad probatoria general, excluidas las *posibilidades probatorias* que cabrían perfectamente en otros espacios epistemológicos. Las palabras exactas del profesor italiano son las siguientes:

[...] parece claro que, en general, la regulación normativa de la prueba tiene esencialmente una función limitada y exclusiva más que una función positiva e inclusiva. Fundamentalmente, esta función se explica más bien en el sentido de limitar el ámbito de las pruebas que puede ser empleadas en el proceso respecto de las que se emplean en la experiencia cotidiana o en otros campos de investigación sobre hechos, excluyendo expresamente ciertos tipos de prueba o privilegiando determinados modos de formación de la prueba [...] Este aspecto ha sido desde siempre evidente, especialmente en los sistemas del *common law*, donde el *law of evidence* está formado principalmente por reglas de exclusión [...] No obstante, ese mismo aspecto también puede encontrarse fácilmente en los sistemas de *civil law* [...] En buena parte, las normas continentales sobre las pruebas son reglas de exclusión, de forma que vale para ellas la misma consideración que vale para las *exclusionary rules* angloamericanas: cambia, en efecto, el contenido de las reglas de exclusión, es decir, los tipos de prueba que se declaran inadmisibles, pero se trata de la misma técnica normativa, consistente en precluir la admisión de un medio de prueba que también sería lógicamente relevante. (Taruffo, 2002, pp. 346-347)

Se perfila así una dicotomía entre lo que en el *common law* se conoce como *free proof principle* y las *exclusionary rules* o, lo que sería lo mismo, para un ordenamiento tipo continental latinoamericano: entre el principio de la *libertad de la prueba* –entendido como la posibilidad de verificar la veracidad de una aserción con el uso de cualquier recurso lógicamente relevante– y las reglas del derecho probatorio, las cuales condicionan el uso de los recursos probatorios, principalmente limitando pruebas (fuentes y medios de prueba) que en contextos ajenos al proceso jurisdiccional serían válidamente utilizados.

¿Qué significa que existan reglas que limiten el uso de recursos probatorios que en plazas distintas al proceso jurisdiccional son considerados idóneos? ¿Qué implica la existencia de esta regulación normativa en aspectos clave como la actividad, los medios y los resultados probatorios? ¿Qué conlleva

admitir que un ordenamiento jurídico probatorio, al regular la prueba en sus diversos significados, termina *limitándola* en comparación con lo que sucede en otros ambientes epistemológicos? La respuesta es sencilla (por lo menos en cuanto a su formulación): significa que la búsqueda de la verdad se encuentra jurídicamente condicionada dentro del proceso jurisdiccional.

Entran así en escena las que Marina Gascón (2004) denomina *medidas institucionales que condicionan la averiguación de la verdad* dentro del proceso:

Las reglas institucionales que gobiernan el procedimiento de prueba y que hacen de la averiguación de la verdad una tarea reglada y no (o no completamente) libre son de muy variado tipo. Sin ningún ánimo de exhaustividad, existen reglas que establecen el *tempus* en que ha de ser averiguada (probada) la verdad sobre los hechos; otras que, bien por dificultades de prueba, bien por garantizar ciertos valores, establecen como probados ciertos hechos; otras que indican qué pruebas son admisibles y cuáles no, como las que prohíben la práctica de ciertas actividades probatorias o las que limitan la admisibilidad o el uso de pruebas lícitamente obtenidas, por ejemplo, excluyendo la declaración de ciertas personas; otras que, de diversas formas, dan relevancia procesal al secreto; otras que instauran formas de justicia negociada; otras en fin, que determinan cuáles son los criterios para la valoración de la prueba, entre ellas las que—frente a la valoración libre—establecen criterios formales de valoración. Tal vez se diga que la institucionalización del proceso contribuye al objetivo de la averiguación de la verdad; o que, por el contrario, nos aleja del mismo. En ambos casos se trataría de afirmaciones apresuradas: para ver qué hay de cierto en estas afirmaciones se precisa una consideración individualizada de cada uno de los tipos de reglas mencionadas, pues no cabe una identificación acrítica de todos ellos [...] (pp. 125-126)

Como lo deja en claro Gascón (2004), no es posible calificar *a priori* la idoneidad de cada una de estas medidas para facilitar la búsqueda de la verdad (sí, por el contrario, para entorpecerla). Es menester, en el marco de un ordenamiento jurídico en particular, identificarlas y proceder luego a enjuiciarlas. Con todo, en este espacio es posible realizar un análisis sobre la caracterización básica de estas medidas, para luego facilitar su ubicación en relación con un orden positivo determinado.

Estas medidas se perfilan dentro de cualquier ordenamiento jurídico como un conjunto de límites al *principio de relevancia o pertinencia* de la

fuente de prueba. Este principio, calificado por Taruffo (2010) como “un principio epistémico más bien obvio” (p. 161), se explica así: si el objetivo es definir la verdad de un enunciado, es necesario que se puedan usar todas las informaciones útiles para tal efecto. Se trata, entonces, de establecer si entre un determinado elemento de juicio (fuente de prueba) y la aseveración cuya verdad debe determinarse existe una “relación de relevancia”, esto es, un vínculo por cuenta de la cual del hecho comunicado por la fuente de prueba sea posible inferir el hecho afirmado por la parte del proceso.

A este respecto parece importante recordar las siguientes palabras del siempre vigente Jeremías Bentham (2000):

¿Qué cosa es prueba? En el sentido más lato que puede darse a esta palabra, se entiende por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero, y que se considera como debiendo servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia o no existencia de otro hecho.

Así, pues, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: el uno que puede llamarse el *hecho principal*, que es el que se trata de probar que existe o no existe; y el *hecho probatorio*, que es el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal. (pp. 9-10)

Entre el hecho principal y el hecho probatorio ha de mediar un vínculo, en virtud del cual del hecho probatorio es posible concluir la existencia o inexistencia del hecho principal. La existencia de este vínculo permite concluir que el hecho probatorio (la fuente de prueba) es *relevante* en relación con el hecho principal (la aseveración de la parte objeto de prueba).

Teniendo presente lo dicho, puede definirse así el principio en mención:

La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos. (Taruffo, 2008, p. 38)

Pues bien: que las medidas institucionales que se vienen comentando impliquen principalmente un límite al principio de la relevancia, significa que las mismas, de manera preponderante, restringen el uso en el proceso de fuentes de prueba en principio relevantes.

Esta restricción puede verse como una intervención negativa del legislador para la búsqueda de la verdad, pero también, aunque parezca paradójico, como una intervención positiva. Algunas normas probatorias, al limitar el acceso al proceso de todas las fuentes de verificación relevantes, buscan tutelar valores e intereses distintos a la verdad. En estos casos tales normas podrían tildarse de *contraepistémicas* (o al menos no epistémicas). Por el contrario, hay ocasiones en que tales normas, al restringir pruebas pertinentes, buscan asegurar un mejor resultado probatorio en relación con la búsqueda de la verdad. En estos casos las normas son susceptibles de ser calificadas de *proepistémicas*. No obstante, no es posible dar un ejemplo de cada una de estas normas desde una perspectiva general (independiente de un ordenamiento jurídico en particular). Esto es así pues, como ya se ha dicho, apreciar como contraepistémica o proepistémica una norma determinada requiere de una evaluación previa del ordenamiento jurídico probatorio específico dentro del cual se enmarca dicha norma.

Pero la profesora Gascón (2004) es de otra opinión, pues sí se anima a dar ejemplos:

Formarían una primera clase de limitaciones de prueba que *coadyuvan a la averiguación de la verdad* rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo, el escrito anónimo, el reconocimiento por fotografía, el testimonio de referencia, etc. [...] Formarían una segunda clase aquellas limitaciones de prueba que claramente entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad (...) Son ejemplos de estas reglas la prohibición de prueba lícitamente obtenida; la prohibición, bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas ciertos documentos que puedan afectar la seguridad del Estado; las que dispensan del deber de declarar por razones de parentesco, o para proteger el secreto de las relaciones abogado-cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos [...] (pp. 131-132)

Esta tipología normativa exige una observación adicional. En un ordenamiento en el que explícita o implícitamente se haya instaurado la verdad como finalidad institucional de la actividad probatoria, una es la manera de analizar la conveniencia de las normas contraepistémicas y otra la idoneidad de una norma proepistémica. Es decir, la crítica de las normas contraepistémicas exige unos criterios distintos a los requeridos para la crítica de las normas proepistémicas, pues la crítica de ambas clases de normas estaría guiada por objetivos disímiles: mientras que en tratándose de las normas contraepistémicas lo que habría que especificar sería la conveniencia (e incluso

la licitud) de una norma que entorpece la averiguación de la verdad, en lo que respecta a las normas que buscan garantizar y facilitar tal búsqueda, el objetivo sería la determinación de la idoneidad de tales normas en relación con el fin perseguido.

En lo que respecta a las instituciones jurídicas contraepistémicas, una herramienta —quizá entre muchas— útil para determinar la conveniencia y utilidad de la misma es el *principio de proporcionalidad* o, como prefiero llamarlo: juicio de proporcionalidad o razonabilidad.

3. El juicio de proporcionalidad

Quizá la mejor manera de tratar el principio de proporcionalidad dentro del marco de los problemas de esta investigación, sea partiendo de un concepto no mencionado hasta el momento: *el derecho a la prueba*. Según Taruffo (2008, pp. 56 y ss.), entre las garantías generales relacionadas con la protección judicial de los derechos subjetivos, existe el derecho de prueba, entendido como el derecho a presentar todas las pruebas relevantes. Puede ampliarse razonablemente esta definición con la afirmación de que este derecho se compone de la facultad de usar todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión y la resistencia a la pretensión, de la legítima expectativa a que las pruebas sean oportunamente practicadas en el proceso, de la posibilidad de exigir al juez una valoración racional de las pruebas practicadas y del deber de éste para justificar sus decisiones respecto de los hechos del litigio y el material probatorio aportado.

Ahora bien, si la regulación jurídica de la prueba es una limitación para la actividad probatoria que, considerada solo desde el punto de vista de la relevancia de las fuentes de prueba, sería posible realizar en un proceso jurisdiccional, debe concluirse que tal limitación implica una restricción al ejercicio del derecho aquí delineado. Se hace evidente pues un conflicto normativo: por un lado, el derecho a la prueba con cada una de sus rúbricas, por otro, la regulación normativa que —insisto una vez más— es limitativa de los recursos probatorios.

Una herramienta con la que es posible *medir* la legitimidad de tal restricción es el llamado *principio de proporcionalidad*. En este sentido debe leerse la siguiente afirmación del profesor Manuel José Cepeda (referida especialmente al ordenamiento jurídico colombiano):

La manera más sencilla de definir el principio de proporcionalidad es como una prohibición de exceso o de defecto. Los derechos sí pueden ser limitados. Pero una limitación a un derecho se convierte en una violación al mismo cuando es una restricción excesiva, así como una medida de protección desconoce el derecho cuando se queda demasiado corta y no alcanza a protegerlo en su núcleo básico. (2008, p. 159)

En sentido análogo, pero desde una perspectiva más amplia, se pronuncia la profesora Laura Clérigo (2007):

Uno de los límites de limitación a los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el *examen de proporcionalidad en sentido amplio*. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que: a. Los derechos actúan como límites a su limitación, y b. Elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción, como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio. (p. 147)

Pero postular al principio de proporcionalidad como un límite a la limitación de derechos exige una mayor reflexión, pues dicha postulación envuelve la adopción de la que podría llamarse teoría de los principios como mandatos de optimización. Se procede a dar explicación a esta afirmación:

Según Alexy (2002, pp. 81 y ss.), máximo exponente de la teoría en comento, las normas que componen un ordenamiento jurídico son susceptibles de ser agrupadas en dos bandos distintos: las reglas y los principios. Las reglas son normas que solo pueden cumplirse o incumplirse, sin que puedan plantearse puntos intermedios. Esto requiere que el mandato derivado de la regla sea cumplible tanto fáctica como jurídicamente, lo que supone, a su vez, una reflexión *ex ante facto* del legislador a este respecto. En cambio, los principios son normas que mandan la realización u omisión de una conducta en la medida de lo posible, dependiendo, para tal efecto, de condiciones jurídicas y fácticas concretas en las que se enmarque el cumplimiento del mandato en cuestión. Más claras son las palabras del jurista alemán:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, caracterizados por el hecho de

que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de la fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (Alexy, 2002, pp. 86-87)

Entre normas es posible que surjan conflictos, antinomias, tanto en lo referente a las normas-regla como en tratándose de las normas-principio. Empero, las soluciones para los conflictos entre las reglas son distintas a las habidas en relación con los principios. Entre reglas, los conflictos solo se solucionan cuando se invalida una de las normas en conflicto o cuando se incluyen cláusulas de excepción. En cambio, la colisión entre principios no genera la necesidad de declarar inválido uno de ellos, pues lo que en realidad sucede es que, dependiendo de las circunstancias, un principio debe ceder ante otro. Glosando al profesor Alexy (2002, pp. 92 y ss.), puede decirse que la solución de los choques que se dan entre principios consiste en que, considerando las circunstancias concretas del caso, se configura entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada se reduce a que, tomando en cuenta las peculiaridades de cada caso, se indican las condiciones en las que un principio precede a otro y ello no es óbice para que en el marco de circunstancias distintas, se presente el supuesto en que la precedencia se dé en forma inversa.

Esta forma de solucionar las colisiones entre principio exige la adopción de un parámetro rector que disciplina la formulación de tales precedencias condicionadas. Este parámetro no es otro que el principio de proporcionalidad. En este punto es enfático Robert Alexy (2003):

La teoría de los principios, expresada en forma de la tesis de la optimización, ha adquirido un lugar propio en la doctrina, sobre todo al postular su equivalencia con el principio de proporcionalidad. La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y éste implica aquéllo.

Que la teoría de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que sus tres subprincipios, es decir, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se siguen lógicamente de ella, o sea, son deducibles de ella en un sentido estricto. Por lo tanto, quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad. Como consecuencia, el debate sobre la teoría de los principios puede reformularse como el debate sobre el principio de proporcionalidad.

La implicación del principio de proporcionalidad se basa en la propia definición de los principios. En cuanto mandatos de optimización, los principios exigen la máxima realización posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. La relación con las posibilidades fácticas conduce a los subprincipios de idoneidad y necesidad [...] En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se origina a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, sobre todo en relación con los principios que juegan en sentido contrario [...] (pp. 101-103)

Queda claro por qué se ha dicho que el principio de proporcionalidad, entendido como un límite a la restricción de derechos, significa la adopción de la teoría de los principios, entendidos como mandatos de optimización: el principio de proporcionalidad aparece cuando se define al principio jurídico como mandato aplicable en la medida de lo posible. En el transcurso de la exposición han surgido dos cuestiones distintas cuyo tratamiento es necesario en este espacio: la primera se traduce en la razón por la cual un concepto que surge en el campo de las colisiones entre las normas-principio, sirve para controlar límites a derechos; la segunda—que se encuentra implícito en la cita anterior—alude a los componentes del principio de proporcionalidad.

La primera cuestión es fácil de abordar. Comiéncese por reflexionar en lo obvio: el derecho, visto desde un punto de vista subjetivo, surge de la norma o, lo que es lo mismo, es el reflejo de la norma de derecho objetivo en situaciones concretas y vistas desde la óptica de los destinatarios de la misma. Claramente lo decía Recasens (2003):

El Derecho en sentido objetivo, es decir, como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas, determina derechos subjetivos y deberes jurídicos en correlación. El derecho subjetivo se opone correlativamente o se articula con el deber jurídico; y los dos en inescindible pareja derivan de la norma.

(...) La norma jurídica (de imposición inexorable) regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales, de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (el titular del derecho) la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (el obligado), o en varios, un determinado comportamiento positivo o negativo. (pp. 233-234)

Desde este punto de vista y teniendo en consideración lo afirmado al inicio de este apartado, puede concluirse que el derecho a la prueba nace del *principio del debido proceso*, que consagra las garantías fundamentales para la tutela de los derechos por vía judicial. Así, una limitación al derecho de prueba puede reformularse como una limitación al debido proceso surgida de la colisión de este principio con otro principio de mismo rango. Puede que lo anterior no sea necesario. Es posible extraer el principio de proporcionalidad del mundo de las colisiones entre principios, si se postula efectivamente y de manera independiente como una norma-principio controladora de las restricciones que, en el marco de un ordenamiento jurídico concreto, son impuestas a ciertos derechos. Así lo hace el profesor Bernal (2005) siguiendo jurisprudencia alemana:

Toda intervención en los derechos fundamentales que no observe las exigencias de estos subprincipios (del principio de proporcionalidad) es ilegítima y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional. La aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que puede ser adscrita *prima facie* a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido. Si la medida de intervención supera el test de los subprincipios de proporcionalidad, tal medida será válida definitivamente como una restricción del derecho correspondiente. En caso contrario, la norma o la posición de derecho fundamental objeto de la intervención adquiere una validez ya no sólo *prima facie*, sino también definitiva, y por ello la ley que incide negativamente en el derecho debe ser declarada inconstitucional. (pp. 67-68)

Entra en juego otra discusión que no es posible analizar en este espacio: la *fundamentalidad* del derecho a la prueba. El carácter de fundamental de este y cualquier otro derecho solo puede definirse a la luz de un orden normativo específico, lo que corresponderá a un apartado distinto. Lo que sí puede decirse en este punto es la segunda cuestión mencionada: los componentes del principio de proporcionalidad. De las transcripciones realizadas, se

puede concluir que la opinión generalizada entiende que el principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, por considerarse más completas y de fácil comprensión, para el presente trabajo se discurrirá sobre las ideas del profesor Luis Prieto (2007, pp. 99-146), quien en un trabajo reciente desgranó el principio de proporcionalidad en cuatro elementos distintos³.

El primer elemento (y aquí el orden de los factores es necesario tenerlo en cuenta) consta de lo que podría llamarse *subprincipio de finalidad*. Frente a una medida limitadora del derecho a la prueba, lo primero que ha de verificarse es si dicha medida persigue un fin constitucionalmente legítimo pues, de lo contrario, la medida ha de rechazarse no tanto por desproporcionada sino por vulneradora de la Constitución en forma directa. Desde este primer componente y trayendo a colación el problema que nos incumbe, se concluye que sería admisible una limitación al derecho de prueba constitutiva de una medida que buscara un fin inconstitucional.

El segundo elemento está formado por el *subprincipio de adecuación*: la medida perseguidora de un fin constitucionalmente admisible ha de ser conducente, acertada, apta para la consecución de dicho fin. Así las cosas, si se verifica la falta de adecuación entre la medida y el fin perseguido, no encuentra soporte la limitación al derecho a la prueba y, por tanto, dicha limitación se torna ilegítima.

El tercer elemento es el *subprincipio de necesidad*: la medida limitadora de un derecho (como es el derecho a la prueba), cuyo fin sea legítimo y se haya verificado su adecuación, ha de ser la única que, obteniendo los mismos resultados, resulte menos lesiva respecto del derecho limitado.

3 Debe hacerse la siguiente doble advertencia: primero, lo que a continuación se expondrá es la interpretación que el autor de estas páginas ha dado al escrito del profesor Prieto (2007). Este académico, tratando el problema de la ponderación, describió una serie de pasos para realizar esta operación que, en esencia, se compaginan con los componentes que la opinión mayoritaria atribuye al principio de proporcionalidad, de allí que se haya concluido que el catedrático ha propuesto una nueva manera de entender el principio en mención. Segundo, nótese que la reformulación que, con base en las ideas de Prieto, se hace en este trabajo de los componentes del principio de proporcionalidad no choca con la opinión generalizada. Solo se propone una forma *más detallada* de referirse al mismo objeto, pues a los subprincipios tradicionales se les agrega uno más: el de finalidad.

Finalmente, se tiene el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. Este subprincipio implica la exigencia de acreditar una cierta relación de equilibrio entre los beneficios que se han de obtener con la medida limitadora y la lesión propiciada al derecho limitado. Los pro de la limitación han de corresponderse como si estuvieran en una balanza, con los contra de la misma.

Así, se tiene que una medida restrictiva al derecho a la prueba será legítima si pasa satisfactoriamente las exigencias que se derivan de los componentes del principio de proporcionalidad, lo que en definitiva significa que un ordenamiento jurídico civil probatorio encuentra su límite en la conjunción de los subprincipios mencionados. En el fondo, toda discusión sobre la legitimidad de un determinado límite al derecho a la prueba entraña una polémica que se presenta en un plano muy superior: el valor de la verdad, cuya búsqueda puede considerarse un fin constitucionalmente admisible, se ve limitado por la necesidad de tributar otros valores, quizás también lícitos desde una perspectiva constitucional. El principio de proporcionalidad será la herramienta que sirva para resolver tal enfrentamiento.

4. Conclusiones

Con este ensayo me propuse abordar el problema del derecho a la prueba, sus limitaciones institucionales y una de sus garantías: el examen de proporcionalidad. No lo hice en forma exhaustiva pero quise, más bien, colaborar parcialmente en algo que no concibo sino como fruto del esfuerzo colectivo: hacer ciencia. Queda aún mucho por decir al respecto y confío que este texto servirá de acicate para que otras personas, quizás más reflexivas y perspicaces que yo, presenten sus argumentos, discutan mis apreciaciones, descubran mis debilidades conceptuales y, para bien de todos, coadyuven en la dura labor de hacer doctrina jurídica para intentar mejorar la práctica forense.

Quiero enfatizar en la conclusión propuesta en este trabajo. El principio de proporcionalidad es, ante todo, *un límite a la limitación de derechos*, un instrumento de control de la potestad legislativa encaminado a evitar que en ejercicio de este poder, el legislador afecte desproporcionadamente —sin prudencia, sin reflexión, sin razones válidas— situaciones jurídicas de ventaja, entre las cuales se encuentra el derecho a la prueba.

¿Cabe alguna duda en relación con la existencia de este derecho subjetivo? El proceso jurisdiccional ha sido instituido para componer litigios, esto

es, dramas que se presentan en la vida real entre personas concretísimas. Los oficiales jurisdiccionales se entienden con personas de carne y hueso, que traen toda una historia tras de sí y que por un sinfín de motivos se encuentran en conflicto, pues sus voluntades —mejor aún: sus actuaciones, sus comportamientos— contrastan violentamente. Esta expresión de la realidad que es la *litis* no puede ser conocida, comprendida y posteriormente decidida en el seno de un proceso, si a éste no llega el material probatorio suficiente. Ahora bien: no es que el juez *pueda* verificar las aseveraciones que hacen las partes dentro del proceso para luego proponer una solución al conflicto; el juez *debe* verificarlas, porque *debe* decidir el litigio correctamente. Esto supone la existencia de un derecho, radicado en persona distinta al juez, a exigir el cumplimiento de dicho deber. Este derecho no es más que el derecho a la prueba del que hemos estado hablando, garantizado por el juicio de proporcionalidad.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bentham, J. (2000). *Tratado de las pruebas judiciales* (Tomo I). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Bernal, C. (2005). Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes. En C. Bernal, *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Cepeda, M. J. (2008). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Clérigo, L. (2007). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto, L. (2007). El de juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Recasens, L. (2003). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- Taruffo, M. (2002). *La Prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Trotta.