

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

PRUEBA JUDICIAL

ANÁLISIS Y VALORACIÓN

República de Colombia



PRUEBA JUDICIAL
ANÁLISIS Y VALORACIÓN

**PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

**JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAUJO
FRANCISCO ESCOBAR ENRÍQUEZ
JESAÉL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ**
Magistrados

**ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO

PRUEBA JUDICIAL
ANÁLISIS Y VALORACIÓN

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN: 978-958-8331-15-7

© JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO, 2008

Profesor Universidad Nacional de Colombia

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7.

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: febrero de 2008

con un tiraje de 3.000 ejemplares

Diseño de cubierta: Autorun

Composición: Universidad Nacional de Colombia, Convenio 090 de 2004

Diagramación electrónica: Olga Lucía Cardozo Herreño

Impresión

Universidad Nacional de Colombia

Unibiblos

dirunibiblo_bog@unal.edu.co

Bogotá, D.C., Colombia

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	1
INTRODUCCIÓN	9
UNIDAD 1	
APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA	17
1.1 Hecho	18
1.2 Objeto de la prueba	21
1.3 Verdad	23
1.4 Conocimiento	26
1.5 Verosimilitud	27
1.6 Comprobación de los hechos	29
1.7 Pertinencia	31
1.8 Conducencia	34
1.9 Eficacia	35
UNIDAD 2	
VALORACIÓN DE LA PRUEBA	43
2.1 Consideraciones previas	44
2.2 Las <i>reglas de la sana crítica</i> como pautas de racionalidad en la valoración de la prueba	51
2.2.1 Ciencia	54
2.2.2 Lógica	57
2.2.3 Máximas de la experiencia	65
UNIDAD 3	
RAZONAMIENTO INDUCTIVO Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA	77
3.1 Inducción probatoria	78
3.2 El <i>defecto fáctico</i> como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales	89

3.3 El <i>error de hecho</i> en la Corte Suprema de Justicia	99
3.4 La probabilidad lógica prevaleciente	109
3.5 La prueba más allá de cualquier duda razonable	110
3.6 Características de la argumentación probatoria	112
UNIDAD 4	
ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.	
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RECIENTES	135
4.1 Documento	135
4.2 Testimonio	153
4.3 Confesión	168
4.4 Inspección Judicial	176
4.5 Peritaje	180
4.6 Indicio	185
UNIDAD 5	
PRINCIPIOS RELACIONADOS	
CON LA PRUEBA JUDICIAL	203
5.1 El <i>debido proceso</i>	204
5.2 Garantías Constitucionales de carácter general	224
5.3 Garantías procesales de carácter probatorio	248
UNIDAD 6	
SITUACIONES ESPECIALES	
DE INICIATIVA PROBATORIA	273
6.1 Carga dinámica de la prueba	274
6.2 Prueba de oficio	289
ANEXO	
CASOS	301
BIBLIOGRAFÍA	
SELECCIONADA Y COMENTADA	317
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	321

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

S

Síntesis

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

PRESENTACIÓN

El Plan Integral de Formación Judicial en Colombia, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo basado en un enfoque curricular integrado e integrador a partir de casos reales de la práctica judicial constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistrados, Jueces y Empleados, la Red de Formadores Judiciales, los Comités Académicos, el Comité Nacional Coordinador y los Grupos Seccionales de Apoyo.

La estructuración del presente módulo fue realizada por parte del Doctor Jairo Iván Peña Ayazo, consultor e integrante de la Red de Formadores de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y responde a las distintas evaluaciones realizadas con Jueces y Magistrados con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas relacionadas con la Prueba Judicial, con el propósito de prestar un mejor servicio a los usuarios de la Administración de Justicia. El texto entregado por el autor fue enviado para su revisión a los Magistrados, Jueces y Empleados que participaron en el proceso, quienes hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Servidores Judiciales.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial tiene un modelo pedagógico que

se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es participativo, más de mil jueces y empleados judiciales participan como formadores e integrantes de los Comités Académicos, Zonales y Nacional, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, los módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores públicos.

Es integral en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados, dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes.

Es sistémico porque nos invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se basa en el respeto a la dignidad humana. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo se orienta al mejoramiento del servicio pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la rama judicial,

se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de núcleos temáticos y problemáticos, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica a la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el mensaje será formativo solamente en el caso de que el participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de su actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (facilitador y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos vinculados al proyecto, expertos en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores Judiciales constituida para este

programa por aproximadamente 60 magistrados y jueces quienes con profundo compromiso y motivados exclusivamente por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora le invitamos a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Fase I. Reunión Inicial. Presentación del programa; afianzamiento de las metodologías; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. Estudio y Análisis Individual. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa (análisis, desarrollo de casos y ejercicios), consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Elaboración y envío de un informe individual.

Fase III. Investigación en Subgrupo. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. Conversatorios. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos.

Fase V. Aplicación a la práctica judicial. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial.

Fase VI. Actividades de refuerzo o complementación. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades comple-

mentarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase VII. Seguimiento y evaluación. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año con la participación de magistrados de las diferentes Cortes y de los Tribunales, de los Jueces de la República y expertos juristas quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada materia, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación. A través de cada contenido, el discente encontrará referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como la constitucionalización del derecho procesal, la remisión a tratados internacio-

nales y la reivindicación del derecho penal sustancial, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías metodológicas del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica adicional, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación en Colombia, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa. Igualmente, el Plan Integral es la oportunidad de avanzar en el proceso de transformación cultural para responder a las cambiantes necesidades de nuestra sociedad.

Además de sus comentarios, le solicitamos el envío de las reflexiones que usted o sus compañeros produzcan en los despachos, que puedan servir para enriquecer el módulo. Nuestra dirección electrónica es escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Finalmente, deseamos expresarle que con nuestros planteamientos pretendemos proponerle un reto, reafirmarle que estamos abiertos a la diferencia o a la contradicción y puntualizar que este módulo busca iniciar la aplicación consciente de conceptos propios de la gestión en su despacho.

INTRODUCCIÓN

Este texto se ocupa del marco epistemológico de la prueba, así como de las condiciones y medios admisibles para probar los hechos relevantes en el proceso, de manera que pueda abordarse el análisis de la prueba, con miras a exponer la valoración, el razonamiento y la argumentación probatoria, temas que se destacan de manera central en el módulo.

Se ha incluido el examen de situaciones probatorias especiales, relativas a la *carga dinámica de la prueba* y a la *prueba de oficio*, al ser considerados temas importantes en los talleres y encuentros académicos realizados con los magistrados y jueces convocados por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Cabe anotar que en dichos eventos se hizo énfasis en la conveniencia de cubrir temas que no resultaran triviales para efectos del tratamiento de la problemática probatoria, de modo que el módulo respondiera a los criterios de interés e importancia para la aplicación del Derecho en los despachos judiciales.

Con esta orientación se planteó incluir un examen detallado de los principios y garantías procesales, en el marco constitucional y legal, con énfasis en el *debido proceso* como criterio regulador de carácter amplio; énfasis sugerido por el Doctor Edgardo Villamil Portilla, Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Además, se estimó de importancia relacionar los criterios jurisprudenciales recientes en materia del análisis y valoración de las pruebas, mediante una presentación organizada con referencia a los diversos medios probatorios, precedida de una caracterización sucinta de los mismos.

Los conceptos, principios e instrumentos analíticos y de valoración que se indican, así como los recientes criterios jurisprudenciales presentados son de aplicación directa al conjunto de casos que se incluyen al final del texto, los cuales revisten diversos grados de

dificultad, y han sido propuestos y discutidos en talleres cuya realización ha precedido a la elaboración de este módulo.

De otra parte, en el texto se asume que conceptualmente no se diferencia la prueba judicial de las pruebas en otros órdenes de la actividad cognoscitiva; y también se asume que tampoco hay una diferencia conceptual respecto de las pruebas civil, penal, administrativa o laboral. Con todo, ha de tenerse presente que las particularidades y condicionamientos especiales de la prueba en el proceso penal son objeto de otros módulos elaborados con fines similares al del presente trabajo.

Vale la pena destacar el especial énfasis en reunir en el texto un número apreciable de pronunciamientos jurisprudenciales muy recientes. Además, se presenta una importante cantidad de casos, gran parte de los cuales fueron propuestos por el Magistrado Edgardo Villamil Portilla. Además, debe tenerse presente que en la mayoría de actividades de taller se plantea ubicar y seleccionar los problemas a los cuales ha de aplicarse lo expuesto a lo largo del texto. Todo ello hace del contenido de este trabajo un conjunto de carácter eminentemente práctico, si bien orientado por consideraciones de orden teórico.

Agradezco los valiosos aportes recibidos para la realización del presente módulo por parte de Magistrados de las Altas Corporaciones quienes gentilmente propusieron temas, referencias bibliográficas y jurisprudenciales esenciales para su estructura y contenido; en igual sentido, a Magistrados de Tribunales, Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes y Jueces de las diversas jurisdicciones que participaron en los talleres de Formación de Formadores, quienes además, contribuyeron de manera decisiva y conjunta, en el diseño de los casos incluidos en el documento, con lo cual se cumple inequívocamente con la intención de darle un énfasis práctico al modelo pedagógico diseñado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Al mismo tiempo, quiero expresar mi gratitud a Angélica Zamora,

Claudia Marcela Duarte, Ingrid Santos y María Vivian Llinás, por su colaboración durante la elaboración del texto con la ubicación, organización y presentación temática de jurisprudencia y de referencias bibliográficas. Por supuesto, los errores en los que se hubiese podido incurrir son de responsabilidad exclusiva del autor.

En la gran mayoría de los casos, la aplicación del Derecho en el proceso judicial se encuentra en relación directa con la determinación de hechos, lo cual remite a lo probado de acuerdo con los principios y reglas previstos para el efecto. Así, la sentencia judicial puede considerarse justificada si se la puede inferir a partir de las normas jurídicas y la descripción de hechos, debidamente probada.

La teoría de la prueba y la teoría del juicio sobre los hechos se fundamentan en la epistemología y la lógica; es decir, en la verdad y en el conocimiento, y en la serie de inferencias propia del razonamiento. La prueba es el instrumento que tienen a su disposición las partes y el juez para determinar en el proceso si se pueden considerar verdaderos los enunciados relativos a hechos relevantes, a partir de considerar que es posible lograr una aproximación (razonablemente aceptable) a la realidad de los hechos, y además que, en el sentido más estricto, una decisión puede ser justa, de manera integral, si se apoya en la determinación de la verdad correspondiente a los hechos (Taruffo 2002: 525).

Usualmente la decisión sobre los hechos en el proceso constituye el eje referencial de la solución de las controversias, estableciéndose una estrecha relación entre los problemas probatorios y la justificación de la decisión en la motivación de las sentencias. La motivación judicial no consiste sólo en consignar los hechos probados sino, sobre todo, en aducir las razones en las cuales el Juez se ha basado para afirmar la existencia de tales hechos, dejándose constancia de los actos de prueba legalmente producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración, como consideraciones previas

a una evaluación del material probatorio en su conjunto (Andrés 2005: 96). Por ello, la motivación fáctica debe ceñirse a una aplicación precisa de criterios y reglas probatorias, de forma que la decisión resulte justificada y controlable.

En sentido amplio la prueba puede ser considerada como el conjunto de procedimientos, razonamientos e informaciones en virtud del cual se corrobora y establece la reconstrucción de los hechos en el proceso. Desde el punto de vista del resultado, la prueba corresponde a la consecuencia de la actividad orientada al aporte de elementos de juicio, en términos de la valoración de los medios de prueba disponibles en el expediente judicial, con respecto a la reconstrucción de los hechos.

En la perspectiva de la relevancia jurídica del hecho, para la decisión judicial los hechos que se deben determinar son aquellos a los cuales se les aplica la norma usada como criterio jurídico de decisión. El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, como punto de referencia de los efectos que ésta tiene previstos; y funciona como criterio de selección, al individualizar los hechos que revisten relevancia para su aplicación. Las normas se aplican con referencia a hechos que se deben identificar y definir para saber si se aplica, y cuándo se aplica una norma. Se trata, entonces, de determinar los hechos jurídicamente relevantes que individualizan una controversia.

Para los efectos aquí previstos, la norma jurídica es una regla que determina las consecuencias que deben seguir a ciertos hechos, bajo el siguiente esquema básico: “si se da el hecho H, entonces se darán las consecuencias C”. La relación “si...entonces” corresponde a la relación normativa impuesta por la norma jurídica. La aplicación del Derecho consiste, desde este punto de vista, en la determinación de consecuencias jurídicas para unos hechos dados, mediante una decisión judicial que determina las consecuencias jurídicas de un hecho cuya existencia es controvertida por las partes en un proceso. El juez tiene que tomar una decisión probatoria afirmando: “el hecho H ha ocurrido

en el tiempo T y en el espacio E” (enunciado empírico o existencial). Estos enunciados en forma de decisiones probatorias son elementos necesarios para una justificación de la decisión judicial; de modo que los problemas relativos a hechos en el Derecho son determinantes para consideraciones acerca de la aplicación del Derecho y de la decisión judicial (Wróblewski 2001: 235).

La referencia a la norma y al supuesto de hecho sirve para determinar cuáles circunstancias fácticas son jurídicamente relevantes en el caso concreto, y para establecer los hechos que constituyen el objeto de las pruebas que se deben producir en un proceso judicial. Así, el hecho relevante es el supuesto de hecho establecido por la norma, y es a partir del criterio de relevancia jurídica derivado de la norma, que se establecen los hechos relevantes que deben ser objeto de fijación judicial, lo cual implica la definición del objeto de la actividad probatoria. Todo lo cual supone una previa interpretación de la norma respectiva.

Las normas no individualizan hechos para indicar que éstos existen sino para establecer que, si se da un hecho de cierto tipo, se pueden producir determinadas consecuencias jurídicas, habida cuenta de la inmensa variedad de supuestos de hecho previstos en las normas. En la decisión judicial de los conflictos jurídicos la premisa fáctica establece que un supuesto de hecho concreto constituye un caso particular del supuesto de hecho abstracto de una norma jurídica. Esta premisa fáctica es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en el cual se deben subsumir; operación que tiene fundamento normativo. La determinación de la premisa fáctica exige conocer, entonces, cuáles son los hechos que dan origen al proceso. Para tales efectos, la fijación judicial de los hechos debe acudir a pautas y consideraciones propias de la epistemología.

Al respecto, resulta pertinente la distinción entre *hechos genéricos* como clases de hechos, y *hechos individuales* como hechos particulares ocurridos en un momento y un espacio determinado. El hecho que debe ser probado en el proceso es un hecho individual. Los hechos descritos en las normas como desencadenantes de una consecuencia jurídica, corresponden a hechos genéricos. Lo que se debe establecer en un proceso judicial, en primer lugar, es si un hecho individual ha tenido lugar y, en segundo lugar, es si se trata del caso de un hecho genérico descrito en la norma respectiva. Al primer paso se le relaciona con la *prueba* de un hecho y al segundo, con la *calificación normativa* (González 2003).

Relevancia jurídica del hecho

Hecho relevante

Supuesto de hecho
establecido en la norma

Definición del objeto de la actividad probatoria

En la **decisión judicial** de los conflictos jurídicos la **premisa fáctica** establece que un **supuesto de hecho concreto** constituye un caso particular del **supuesto de hecho abstracto** de una norma jurídica.

En el Proceso judicial
se debe determinar

Si el hecho individual
ha tenido lugar

Prueba de un hecho

Si se trata del caso de un
hecho genérico descrito en
la norma respectiva

Calificación
normativa

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

El propósito de este módulo de aprendizaje autodirigido se alcanzará con el logro del siguiente objetivo:



Precisar el conjunto de condiciones de posibilidad requerido para llevar a cabo el análisis y valoración judicial de las pruebas. Para ello se indica un sistema conceptual adecuado de manera que pueda contarse con el rigor necesario para disponer de un apropiado punto de partida para las inferencias que se realicen y su correspondiente expresión argumental. Además, se presentan pronunciamientos jurisprudenciales recientes en materia de análisis y valoración probatoria; y se exponen de manera sucinta principios de carácter general, y situaciones judiciales de interés desde el punto de vista de la actividad probatoria.

UNIDAD 1

APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA

En el proceso se tienen en cuenta descripciones acerca de los hechos relevantes para la decisión judicial, con respecto a las cuales se debe determinar la verdad de las mismas, lo que remite a establecer las condiciones y medios que permiten tal determinación de verdad. Este es un problema epistemológico, en tanto se vincula a la naturaleza y modalidades del conocimiento de hechos. Por ello es necesario ocuparse del carácter del conocimiento, de su posibilidad, alcance y fundamentación, de manera que se pueda dar cuenta de interrogantes tales como:

- ¿Cómo se accede al conocimiento?
- ¿Cómo se garantizan o justifican las creencias?
- ¿Qué quiere decir que se sabe o se tienen razones para creer algo?

Para asumir el tema de los actos y resultados cognoscitivos, y la justificación fundamentada de la verdad o falsedad correlativa, debe acudirse a una indispensable precisión conceptual que permita abordar con rigor los problemas probatorios. En este capítulo se puntualiza el alcance de las expresiones utilizadas para establecer el mencionado conocimiento de los hechos, y la evaluación de la prueba relativa a las descripciones de los mismos. Se indican también las características propias del objeto de la prueba, de la comprobación probatoria y de los calificativos de pertinencia, conducencia y eficacia, a efectos de disponer de la estructura conceptual en la cual se inscriben los elementos de juicio que le dan sentido al análisis y valoración de la prueba judicial.

Los objetivos de la presente unidad son:

Og

- Contar con un sistema conceptual que permita abordar con rigor y precisión las diversas manifestaciones de la dimensión fáctica que debe ser objeto de decisión judicial.

Oe

- Disponer de los conceptos claves para asumir el problema epistemológico relativo al conocimiento judicial de los hechos.
- Establecer el carácter del objeto de la prueba y de la comprobación probatoria.
- Precisar los conceptos de pertinencia, conducencia y eficacia de la prueba.

1.1 HECHO

La realidad es todo lo que ocurre o sucede.

La realidad se descompone en hechos.

Lo que ocurre, el hecho, es el darse efectivo de estados de cosas.

El estado de cosas es una conexión o configuración de objetos o asuntos; al igual que no podemos en absoluto representarnos objetos espaciales fuera del espacio, ni temporales fuera del tiempo, tampoco podemos representarnos objeto alguno fuera de la posibilidad de su conexión con otros.

(Wittgenstein 1987: 15,17)

Hecho es todo lo que se sabe o supone que pertenece a la realidad. Comprende *estados de cosas* y *cambios en estados de cosas*; pueden distinguirse, así, dos tipos básicos de hechos: estados de cosas —situaciones— y cambios en estados de cosas —eventos, acontecimientos o acaecimientos—, que pueden ser sucesos y procesos.

El estado en que está una cosa en un momento determinado es la lista de sus propiedades en ese momento. Un evento puede dar lugar a un cambio de estado de una cosa.

Sucesos y procesos son hechos que acontecen. Un *suceso* es el cambio o transición de un estado de cosas, en una situación determinada, a un estado de cosas en la ocasión siguiente; una *ocasión* es una localización espacio-temporal, dos ocasiones son sucesivas (en el tiempo) si la primera ocasión llega a su fin (en el tiempo) en el mismo punto (en el tiempo) en el que la segunda comienza.

El acontecer de un suceso es un *tener lugar*. El acontecer de los procesos es un *continuar*. Un *proceso* es una secuencia temporalmente ordenada de acaecimientos, en la cual cada uno de éstos toma parte en la determinación del siguiente.

Una acción consiste en la producción de un cambio en un estado de cosas por parte de seres humanos que, mediante movimientos corporales, en general cuentan con la intención de producir el cambio. La acción ocurre en un momento y en un lugar determinados, y da lugar a una cadena de resultados o de consecuencias. Por extensión, el término "acción" también es aplicado para designar "actividades mentales" como pensar, premeditar o decidir; y además para mencionar "actos involuntarios", como movimientos reflejos.

Un acto es una intervención en el curso de la naturaleza, se diferencia de un suceso pues requiere un agente que lo lleve a cabo. Saludar es un acto, mientras que una erupción volcánica es un suceso. Los actos tienen una relación intrínseca con un cambio en el mundo, que puede ser el resultado (intencional) o la consecuencia (derivación causal extrínseca) del acto. La actividad se relaciona con la noción de proceso, tiene un principio y un fin, como por ejemplo, pintar un cuadro. Una abstención u omisión no equivale simplemente a "no hacer". Un agente, en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa, si y sólo si, puede hacer esta cosa, pero de hecho no la hace. Se tiene capacidad para realizar algo si en la mayoría de

las ocasiones en la que se intenta llevarlo a cabo se logra hacerlo. No podemos decir que nos abstenemos de caminar en la superficie de la Luna, pero sí podemos decirle a alguien que nos abstenemos de decirle lo que pensamos de él (Bonorino y Peña 2006(a): 45).

De otra parte, un *fenómeno* es un hecho perceptible para un sujeto conocedor, aunque un hecho objetivo puede parecer de diversas maneras a observadores diferentes. Con todo, la ciencia fáctica se ocupa de averiguar y explicar hechos; sin embargo, las leyes generales de la ciencia no se refieren a fenómenos sino a interconexiones de hechos objetivos.

A continuación se presenta una propuesta de clasificación de “hechos en el Derecho” aportada por Daniel González Lagier con fines meramente indicativos, como esquema de la diversidad de tipos de hechos de posible relevancia para la decisión judicial¹.

CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS EN EL DERECHO

Hechos del mundo físico:

- Independientes de la voluntad:
 - Estados de cosas (“La puerta estaba abierta”).
 - Sucesos (“La puerta se cerró”).
 - Acciones involuntarias: actos reflejos (“dio un manotazo dormido”) y omisiones involuntarias (“se quedó dormido y no me despertó”).
- Dependientes de la voluntad:
 - Acciones positivas:
 - Acciones intencionales (“se compró un automóvil”).
 - Acciones no intencionales (“atropelló a un peatón, por conducir excesivamente rápido”).

1 El tratamiento del tema se apoya en la obra de von Wright, ver bibliografía.

- 4 Omisiones

- Omisiones intencionales (“Cosimo decidió no bajarse del árbol y nunca más lo hizo”).
- Omisiones no intencionales (“olvidó cerrar el grifo de la bañera mientras cocinaba”).

Hechos psicológicos:

- Estados mentales
 - Voliciones: deseos (“deseaba ser rico”) e intenciones (“tenía la intención de matarlo para heredar su fortuna”).
 - Creencias (“creía que podría envenenarlo con pequeñas dosis de cianuro”).
 - Emociones (“Sentía una gran animadversión hacia su vecino”).
- Acciones mentales (“calculó mentalmente las consecuencias”, “decidió hacerlo”).

Relaciones de causalidad (“La ingestión de aceite de colza fue la causa del síndrome tóxico”).

Además, los estados de cosas, los sucesos, y las acciones y omisiones pueden ser *naturales*, cuando es posible describirlos sin referirse a reglas o convenciones (como en los ejemplos señalados), o *institucionales* (cuando no es posible su descripción sin acudir a reglas o convenciones, como “estar casado”, “ser mayor de edad” o “jugar ajedrez” (González 2003).

1.2 OBJETO DE LA PRUEBA

La prueba sirve para establecer la verdad respecto de los hechos relevantes para la decisión. El *hecho* es el *objeto de la prueba*; lo que es *probado* en el proceso, en términos del enunciado fáctico al cual se refiere la prueba. En el proceso se demuestran hechos para resolver controversias jurídicas sobre la existencia de derechos u obligaciones,

o la procedencia de sanciones. El hecho se determina en la medida en que es el presupuesto para la aplicación de normas en casos particulares. El objeto de la prueba es, entonces, el hecho respecto del cual la prueba demuestra, confirma o refuta, y se determina con relación al enunciado empírico al cual ha de referirse la prueba.

El Derecho determina lo que es el hecho en el proceso. En éste, es hecho lo que se establece en función de la norma aplicable para dirimir controversias o establecer responsabilidades.

Cualquier situación fáctica es susceptible de un análisis cuantitativo y de un análisis cualitativo. En la perspectiva cuantitativa, las circunstancias pueden considerarse en diversos niveles de detalle, con grados crecientes de profundidad. En la perspectiva cualitativa pueden tenerse en cuenta distintos aspectos de una situación. Al no contarse con límites en ninguno de los dos sentidos, es posible una infinita combinación de enunciados descriptivos, de modo que no existe una única manera de describir una situación de hecho.

Como son posibles distintas descripciones de una misma situación, desde diversos aspectos y niveles de detalle seleccionados, el hecho correspondiente al objeto de la prueba debe determinarse respecto del contexto que muestra un tipo de descripción apropiada del hecho, sin que ninguna determinación apropiada del hecho pueda preverse de antemano, prescindiendo del contexto; algo similar ocurre con el significado de un enunciado normativo.

Aquí cabe anotar que cuando se mencionan los hechos en términos de su identificación (o se individualizan con respecto a su relevancia jurídica), no se alude a los hechos propiamente dichos, sino a enunciados que se refieren a los hechos que existen en la realidad o pertenecen a ella. Se trata, entonces, de enunciados empíricos, descriptivos de la realidad.

Los "enunciados" son expresiones lingüísticas de las que se puede decir que son verdaderas o falsas porque se proponen informar acerca de algo. Este rasgo, que aquello de lo que se predica verdad o falsedad

sean entidades lingüísticas y no entidades mentales, resulta fundamental para la pretensión de lograr cierto grado de control intersubjetivo sobre la forma en la que se justifica la aceptación de una afirmación.

Así, son los enunciados que se refieren a hechos los que pueden calificarse como verdaderos o falsos; en ningún caso los hechos mismos, pues de éstos sólo puede decirse que existen o no, sin que en sí mismos puedan considerarse verdaderos o falsos como tales. La realidad objetiva no es ni verdadera ni falsa, simplemente es, existe. Los objetos y hechos del mundo existen y no tiene ningún sentido aplicarles los adjetivos *verdadero* o *falso*.

Es a determinados enunciados (cuya finalidad consiste en la descripción de la realidad) a los que calificamos como verdaderos o falsos. Hablar de la verdad de los hechos no puede ser otra cosa que una mención abreviada de la verdad que puede predicarse de los enunciados que los describen. Por lo tanto, en sentido estricto, los hechos no pueden ser probados en sí mismos. No puede probarse una mesa, un contrato o una obligación; lo que puede probarse es un enunciado que afirma la existencia de una mesa en un sitio determinado, no la mesa misma; puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato. Así, en el proceso deben probarse los enunciados sobre los hechos, formulados por las partes (Ferrer 2002: 78).

1.3 VERDAD

Muchos procesalistas sostienen que una de las finalidades del proceso es determinar la verdad de los hechos que constituyen el objeto del mismo. Pero cuando definen el concepto de "verdad" que emplean para explicar dicho proceso, así como los criterios valorativos que se deberían utilizar para su control, parten de algunas concepciones del conocimiento, la verdad y la lógica sin discutir explícitamente las razones que los llevan a adoptarlas. Las dificultades que se les presentan al tratar de lograr los objetivos teóricos que se proponen (ofrecer una

mayor comprensión de la actividad probatoria), y también algunas de las consecuencias prácticas que esperan generar con ellos (aumentar el control racional sobre la labor judicial de determinar los hechos en un proceso), tienen su origen en esos presupuestos epistemológicos. No hay ninguna razón para pensar que conceptos tales como verdad, conocimiento, lógica, prueba, justificación, sean distintos en el Derecho que en otras formas de conocimiento humano.

En el ámbito del proceso, para considerar el tema de la verdad de los hechos resulta pertinente y adecuado acudir a la noción de verdad como correspondencia de las afirmaciones que se refieren a los hechos de la realidad fáctica, en virtud de la cual lo afirmado en un enunciado se corresponde con la realidad objetiva. La verdad es una propiedad de los enunciados cuya finalidad consiste en la descripción de la realidad.

Como ya fue mencionado, la verdad como propiedad de ser verdadero, no puede predicarse directamente de objetos o de hechos, sino de enunciados descriptivos o de creencias. La verdad es una propiedad de enunciados o de creencias, que tienen como función transmitir información acerca de la realidad. Este concepto de verdad es conocido con la designación de *teoría de la verdad como correspondencia*.

De las tres teorías fundamentales de la verdad, la más antigua es la de la correspondencia, es decir, la teoría de que la verdad es la correspondencia con los hechos, de modo que un enunciado es verdadero si corresponde a los hechos o los describe adecuadamente. La segunda es la teoría de la coherencia, según la cual un enunciado es verdadero si es coherente con el resto de nuestro conocimiento. Se destacan dos versiones de esta teoría:

- la verdad es coherente con nuestras creencias; un enunciado es verdadero si coincide con el resto de nuestras creencias,

- se acepta como verdadero un enunciado que no sabemos si es o no verdadero, si concuerda con los enunciados que se han aceptado anteriormente.

La tercera teoría afirma que la verdad se define por su utilidad pragmática, en tanto se debe aceptar como verdadera una teoría si en las contrastaciones y otras aplicaciones resulta ser pragmáticamente útil o fecunda. La teoría de la correspondencia no niega la importancia de las teorías de la coherencia y de la utilidad pragmática, pero señala que no son lo suficientemente buenas (Popper 1988: 279-282).

Con todo, en el ámbito de la ciencia empírica, los científicos sólo aspiran a una verdad relativa, aunque la verdad absoluta sea tenida en cuenta como un objetivo ideal, al cual hay que intentar acercarse.

El método científico y el procesal son similares, la tarea del investigador científico que verifica empíricamente la verdad de una afirmación no se diferencia de lo que ocurre en la investigación judicial; en ambos casos, un enunciado es verdadero cuando lo descrito concuerda con la realidad, es decir, se corresponde con los hechos. Cuando se afirma que la reconstrucción judicial de un hecho es verdadera lo que se quiere decir es que se corresponde muy probablemente con lo que realmente ocurrió.

Observa Popper que lo que ordinariamente llamamos “verdad” es la correspondencia con los hechos; llamamos “verdad” a la correspondencia más bien que a la coherencia o a la utilidad práctica. El juez que exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad, no le exhorta a decir lo que considera útil (para sí mismo o para alguien más). El juez exhorta al testigo a decir toda la verdad y nada más que la verdad, pero no dice “Lo que queremos de usted es que no incurra en contradicciones”, que es lo que debiera decir si creyese en la teoría de la coherencia. Es la correspondencia el sentido ordinario de “verdad”, tal como se emplea en el juzgado (Popper 1988: 286).

Respecto de saber cuándo una afirmación se corresponde con la realidad, en el proceso una hipótesis se considera verdadera (corres-

pondiente con la realidad) cuando ha sido probada mediante las inferencias relativas a la valoración probatoria. Aquí los criterios de valoración propios de la prueba judicial son análogos a los criterios de confirmación de hipótesis propios de la ciencia empírica. Los medios de averiguación de la verdad son, en el proceso, los denominados *medios de prueba*, paralelos a los medios de investigación empírica en la ciencia, tales como observaciones y experimentos.

1.4 CONOCIMIENTO

Al concepto de conocimiento se vinculan las nociones de verdad, creencia, justificación, verificación, constatación, etc. Conocimiento y lógica se encuentran entrelazados entre sí porque dependen de la verdad.

De acuerdo con la concepción estándar, se considera al conocimiento como creencia verdadera adecuadamente justificada; creencia verdadera obtenida mediante un método fiable y en cuyo favor pueden aducirse razones intersubjetivamente válidas.

En el ámbito procesal es de aceptación generalizada que el conocimiento empírico es un estado subjetivo que, según el grado de acercamiento a la verdad puede asumir tres formas diversas: certeza, probabilidad y duda; situaciones que se pueden producir en la conciencia del juez a raíz de la actividad probatoria (Bonorino y Peña (b) 2006: 83, 85).

La certeza coincide aproximadamente con la creencia justificada, en tanto se puede caracterizar como un estado supremo de seguridad o firmeza con el cual se acepta la verdad de un enunciado. Es un grado máximo de adhesión respecto de lo afirmado, cuando se ha descartado cualquier género de duda razonable. En otro sentido, es la eliminación o superación de la duda.

Probabilidad es el grado de creencia en la verdad de un enunciado; asumiendo *verdad* en términos de *verdad como correspondencia*. Cuando

se plantea que la probabilidad asignada a un enunciado es alta, con ello se afirma que cuenta con un alto grado de creencia racional. Las pruebas positivas aumentan el grado de creencia, que puede llegar al nivel de la certeza; mientras que las pruebas negativas disminuyen dicho grado; disminución que puede llevar a la certeza en la falsedad de los enunciados respectivos. De este modo, la probabilidad puede asociarse al grado de confirmación o de refutación de una hipótesis.

En el contexto judicial puede considerarse como *probable* un grado elevado o muy elevado de confirmación de una hipótesis fáctica; grado de conocimiento proporcionado por los elementos probatorios respecto de afirmaciones sobre hechos. Antes que de una verdad absoluta (imposible en cualquier ciencia empírica) se hablaría más bien de una *verdad probable*. Aquí entra en juego el concepto de *probabilidad inductiva* como grado de apoyo de una hipótesis; probabilidad fundamentada en pruebas relevantes.

La duda es un estado de indecisión frente a la afirmación o la negación. Salir de la duda frecuentemente se encuentra asociado con la demanda de mayor información o con la reflexión relacionada con ponderar o examinar las razones disponibles. El obstáculo que impide el asentimiento puede considerarse subjetivamente como incertidumbre, u opinión o creencia que no se encuentra suficientemente sustentada en razones.

1.5. VEROSIMILITUD

El término verosimilitud sirve para designar el aspecto de la afirmación sobre un hecho, en función del cual se puede decir que ésta se corresponde con una hipótesis plausible según el orden normal de las cosas (expresable mediante las máximas de la experiencia), en una situación en la cual esa afirmación no ha sido sometida todavía a verificación probatoria. Alude a cierta plausibilidad del hecho alegado, según las nociones de sentido común; hace referencia a la

mera alegación del hecho, sin que tenga que ver con la prueba o con su resultado previsto.

La verosimilitud no expresa grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la afirmación sobre el hecho, mientras que la verosimilitud prescinde de los elementos de prueba y es relevante en momentos anteriores a la adquisición de las pruebas.

La verosimilitud indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto de la realidad. No tiene que ver con la veracidad de una afirmación ni con su probabilidad, pues estas calificaciones no se refieren a la relación de proximidad o de representatividad de una afirmación con respecto a la realidad, sino a la existencia de razones para sostener que la afirmación es verdadera. Puede suceder que una afirmación verosímil no sea en absoluto probable o no sea verdadera. Por ello es necesario distinguir entre grados de similitud a lo verdadero y grados de certeza. Es posible, entonces, que una afirmación inverosímil sea verdadera o probablemente verdadera; esto sucede cuando se cuenta con elementos de juicio suficientes para considerar aceptable la afirmación. Por ello se excluye que la inverosimilitud del hecho justifique la exclusión inicial de pruebas que le afectan: el hecho inverosímil puede resultar verdadero, si las pruebas confirman su existencia.

Existe una diferencia entre la hipótesis del hecho absolutamente imposible y la hipótesis del hecho no verosímil. Se está ante la primera cuando la existencia del hecho queda excluida por leyes naturales o científicas y es, por tanto, indemostrable; se está ante la segunda cuando no se tiene demostración de la existencia o inexistencia del hecho y la hipótesis de que éste sea verificado es simplemente insólita, pero demostrable (Taruffo 2002: 185-189).

En este orden de ideas, deben tomarse en cuenta los criterios con los cuales puede llegarse en el proceso judicial a un conocimiento que se corresponda con la realidad empírica y que genere descripciones que se puedan considerar verdaderas. El conocimiento procesal de

los hechos debe, entonces, aportar una base fundamentada en razones empíricas para la decisión judicial.

En síntesis, existen grados de conocimiento: en un extremo está el desconocimiento y, en el otro, el conocimiento de la verdad absoluta como valor límite teórico que no es factible en la realidad. El conocimiento empírico se sitúa en algún lugar intermedio entre estos dos puntos, y aumenta su aproximación al conocimiento de la verdad absoluta en la medida en que aumenten los elementos de conocimiento en favor de la hipótesis de que una descripción se corresponde con la realidad. En estos términos, en el campo del proceso judicial puede hablarse de verdad relativa de los hechos como aproximación a la realidad. Estas consideraciones permiten afirmar que es posible en un proceso judicial la determinación verdadera de los hechos, siempre que se dé al término *verdadera* un significado aceptable desde el punto de vista epistemológico.

1.6 COMPROBACIÓN DE LOS HECHOS

El criterio central del juicio de hecho es que la prueba sirve para controlar el grado de correspondencia entre la hipótesis fáctica y la realidad empírica. La decisión judicial debe fundamentarse en una reconstrucción de los hechos que corresponda a la realidad empírica de ellos, en tanto esto se encuentre confirmado por las pruebas, de manera individual y en conjunto. El tema básico de la prueba judicial es la conexión entre la prueba y la hipótesis fáctica, lo cual determina el grado de apoyo inferencial respectivo. El aumento de este grado puede lograrse mediante el acopio de elementos de prueba convergentes hacia una conclusión común, y esto conlleva un aumento de la probabilidad de la hipótesis.

En este contexto, *demostrar* es equivalente a mostrar que hay elementos o razones suficientes para considerar debidamente fundamentada la verdad de un enunciado empírico. La prueba sirve,

entonces, como medio o procedimiento para establecer la fundamentación de la verdad de los enunciados referidos a los hechos, en la medida en que conduce tanto a verificar o confirmar, como a refutar las hipótesis objeto de consideración. De esta manera, en el razonamiento judicial la prueba cumple la función de criterio de decisión y elemento de juicio determinante para elegir entre versiones diversas acerca de los hechos, es decir, para elegir racionalmente la hipótesis que ha de ser seleccionada como fundamento empírico de la decisión judicial².

Habida cuenta de la pluralidad de significados (polisemia) del término “prueba”, cabe anotar que con éste se alude frecuentemente a la relación entre el medio de prueba y la verificación o refutación de afirmaciones sobre hechos. En otro sentido, el término “prueba” se utiliza para mencionar inferencias probatorias relativas al razonamiento judicial, en virtud del cual se establece que un hecho resulta probado a partir de los elementos de prueba disponibles³. En un tercer sentido, “probar” corresponde a las actividades de las partes y el juez, orientadas a una consideración procesal de datos empíricos que permita tomarlos como “pruebas”.

En sentido estricto, se considera como prueba al instrumento al cual acuden las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y que es utilizado por el juez para decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados fácticos puestos a su consideración. Con respecto a la decisión judicial, la función de la prueba es suministrar los elementos de juicio requeridos para establecer si los enunciados fácticos aducidos corresponden a la realidad de los hechos relevantes para el proceso. Así, un enunciado fáctico se considera verdadero si es confirmado por

2 En el medio judicial angloamericano se distingue *evidence* como lo que corresponde a una premisa o base para determinar la verdad de la afirmación acerca de un hecho; mientras que con el término *proof* se hace referencia al conocimiento judicial de un hecho, basado en la *evidence* disponible (Twining 1994: 179).

3 De esta manera se considera la relación lógica mediante la cual se fundamenta la prueba-conclusión (*proof*) en la prueba-premisa (*evidence*) (Taruffo 2002: 450).

pruebas; se considera falso si las pruebas lo refutan; y se considera no probado si en el proceso no se cuenta con las pruebas suficientes para la demostración de su verdad o falsedad (Taruffo 2006: 267-268).

1.7 PERTINENCIA

La relevancia o pertinencia de las pruebas corresponde a la relación (directa o indirecta) que tienen los hechos planteados con respecto al objeto del proceso judicial y al *thema decidendi*: el hecho a probar, es decir, el hecho jurídicamente relevante, del cual depende la decisión judicial.

La pertinencia o relevancia consiste en que haya alguna relación entre el medio probatorio y el enunciado fáctico que se pretende someter a prueba, de manera que pueda influir en la decisión correspondiente. La pertinencia es indirecta o mediata, cuando la relación se configura de acuerdo con algún interés, como ocurre con respecto a circunstancias o antecedentes que sean concernientes al tema principal de la prueba. Es relevante lo que resulta útil para la determinación de los hechos objeto de un pronunciamiento judicial y, en principio, todo elemento de prueba relevante debe ser admitido, a menos que haya normas o razones específicas para su exclusión.

Cabe anotar que en el contexto procesal operan, como estándares de selección de la descripción de los hechos que se enuncian, los criterios de relevancia jurídica y de relevancia lógica. La relevancia jurídica se relaciona con los hechos que generan consecuencias previstas en las normas jurídicas aplicables; es la norma la que suministra los criterios de escogencia de los aspectos fácticos que deben ser considerados para determinar la descripción que ha de ajustarse a la calificación jurídica del hecho normativamente previsto. La relevancia lógica vincula a hechos que, si bien no se conectan directamente con consecuencias jurídicas, dan lugar a la derivación de inferencias en virtud de las cuales se pueden establecer conclusiones que sirvan de fundamento

para la comprobación de enunciados fácticos susceptibles de calificarse como jurídicamente relevantes (Taruffo 2006: 256-257).

Es relevante la prueba que recae sobre un hecho secundario respecto del cual puedan derivarse consecuencias probatorias con relación al hecho principal, de forma que resulte posible establecer inferencias que vinculen a los dos tipos de hechos, es decir, que el hecho secundario probado pueda corresponder a una premisa de la inferencia que conduzca a la prueba de la ocurrencia del hecho principal. Así, se consideran pruebas pertinentes todas las que sean útiles para la determinación de los hechos que deben ser procesalmente considerados, es decir, se considera irrelevante o impertinente una prueba inútil para la fijación judicial de los hechos y, por tal razón, no tiene por qué ser admitida en el proceso.

El juicio de relevancia de la prueba sirve en el proceso para establecer, de forma preliminar e hipotética, si un medio de prueba deber ser admitido, dada su posible utilidad para determinar los hechos que deben ser objeto de consideración judicial, a la luz de las relaciones lógicas que puedan tener con tales hechos (Taruffo. 2002: 259). De conformidad con lo estipulado en el art. 187 del C.P.C.: “[...] las pruebas deberán ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas”; para tal efecto debe contarse con plena evidencia del carácter de impertinencia, toda vez que al existir algún margen de duda, es posible que llegue a vulnerarse la garantía del *debido proceso*⁴.

4 El juez debe obrar con prudencia y amplio criterio [...] para no rechazar la prueba solicitada sino cuando sea indudable su impertinencia. [...] Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba. (Devis Echandía 1981: 346).

Sobre el particular se cuenta con claros pronunciamientos jurisprudenciales:

Se [...] impone al investigador el deber de practicar las pruebas solicitadas oportunamente por el investigado cuando estas son conducentes para el esclarecimiento de los hechos. En tal virtud, la negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifestamente superfluas (arts. 178 C.P.C y 250 C.P.P); pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso.

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba.⁵

[...] el imperativo de la investigación integral no obliga al funcionario judicial a practicar todas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales ni a realizar pesquisas o averiguaciones desproporcionadas, innecesarias o inútiles. Como lo ha afirmado en reiterada e importante jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, el funcionario judicial sólo está obligado a practicar aquellas pruebas que objetivamente resulten pertinentes y que puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable. Sin embargo, cualquier decisión judicial en este sentido debe ser motivada suficientemente, pues en este ámbito no existe espacio ninguno para la arbitrariedad judicial.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-393 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

[...] el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa⁶. Sobre este asunto, la jurisprudencia ha sido clara al indicar que la exposición razonada de los argumentos y las pruebas del sindicado no sólo sirven al interés particular de éste, sino también al esclarecimiento de la verdad⁷.

[...] 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 constitucional⁸.

1.8 CONDUCTENCIA

En tanto que requisito de admisibilidad, es la aptitud o idoneidad jurídica de un medio probatorio para establecer un hecho en el curso de un proceso judicial. Corresponde al contraste entre dicho medio y las normas que establecen la posibilidad de acudir a su utilización para demostrar legalmente la existencia de un hecho. En virtud de la conducencia, respecto de un caso determinado, el medio de prueba debe encontrarse explícitamente autorizado, o no estar excluido expresa o tácitamente.

La conducencia de la prueba no es cuestión de hecho, sino de Derecho, al encontrarse contemplada en la ley o no estar dispuesta restricción para su uso procesal; ya que legalmente puede recibirse o

6 T-055/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-442/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-324/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-329/96 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-654/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

7 Esta ha sido posición reiterada de la Corte desde la sentencia T-436/92 (MP. Ciro Angarita Barón).

8 Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

practicarse. La conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso; así, una prueba puede ser pertinente pero el medio propuesto puede no ser idóneo. Un documento privado o un testimonio no son legalmente idóneos para demostrar la venta de un bien inmueble, pues la ley exige escritura pública para su celebración (Devis 1981: 340; Parra 2007: 153).

1.9 EFICACIA

Prueba eficaz es la que resulta efectivamente útil para llevar a la convicción del juez, derivada de criterios de valoración racionales. La eficacia puede ser establecida como tal después de haberse constatado que tiene algún valor probatorio, es decir, después de la determinación de su valor efectivo; la valoración se plantea, entonces, respecto de la eficacia de la prueba.

La eficacia probatoria es cuestión de grado; y el grado de aceptabilidad de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. La medida en que una hipótesis resulta confirmada define la eficacia de una prueba, la cual corresponde al resultado de una valoración probatoria, e incide en la convicción del juez.

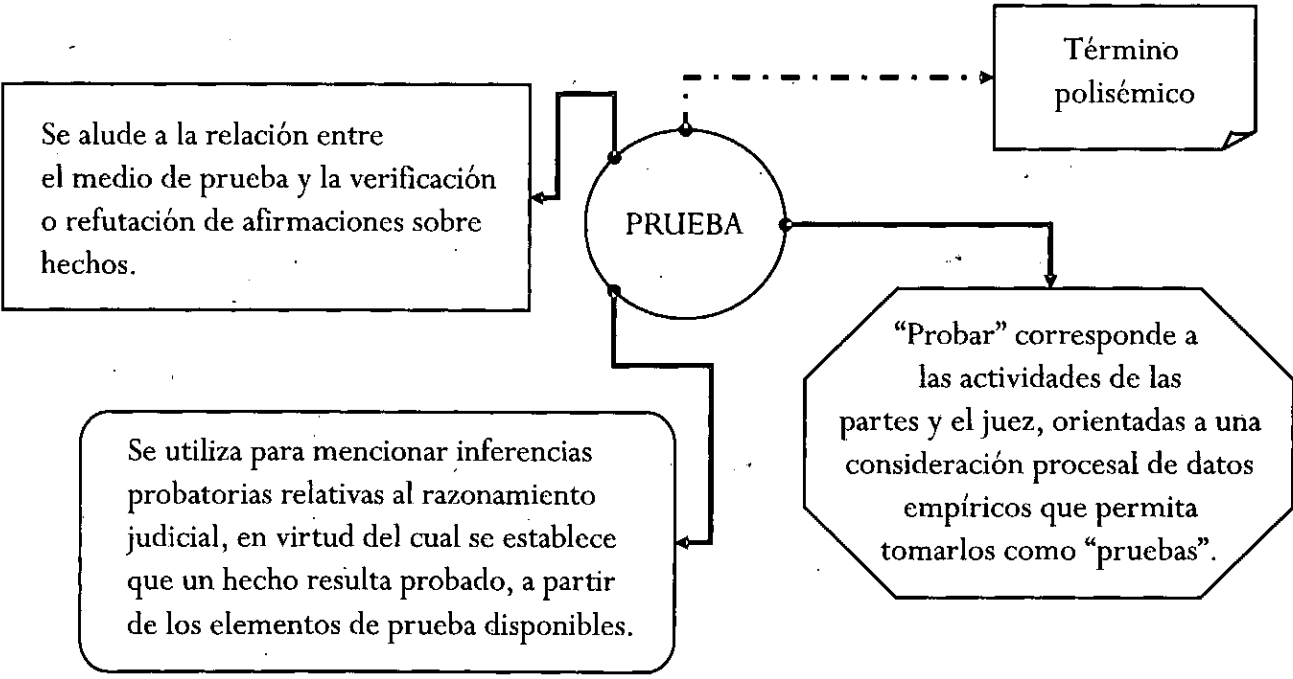
En general, la eficacia de cada prueba, la determinación del valor del resultado que arroja cada medio de prueba para la fijación judicial de hechos se establece, en cada caso, siguiendo criterios racionales de valoración de las pruebas, es decir, de valoración efectiva sobre la eficacia de la prueba, como resultado de la aplicación de criterios racionales para determinar procesalmente los hechos. En suma, la eficacia de la prueba se establece efectuada su valoración o apreciación.

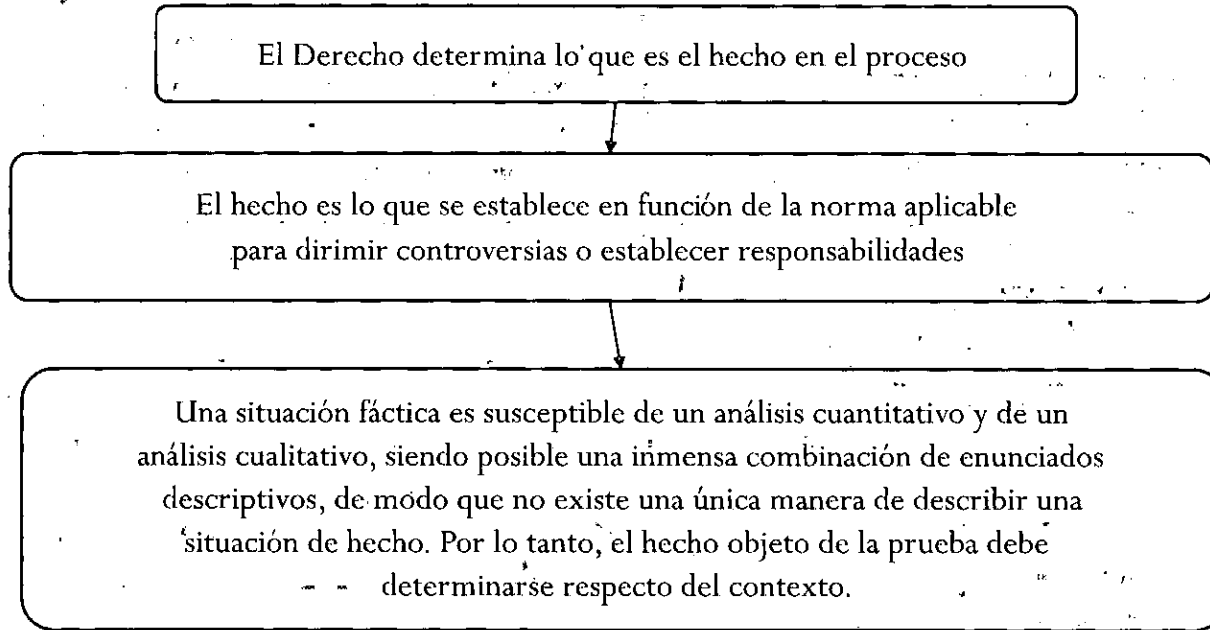
S

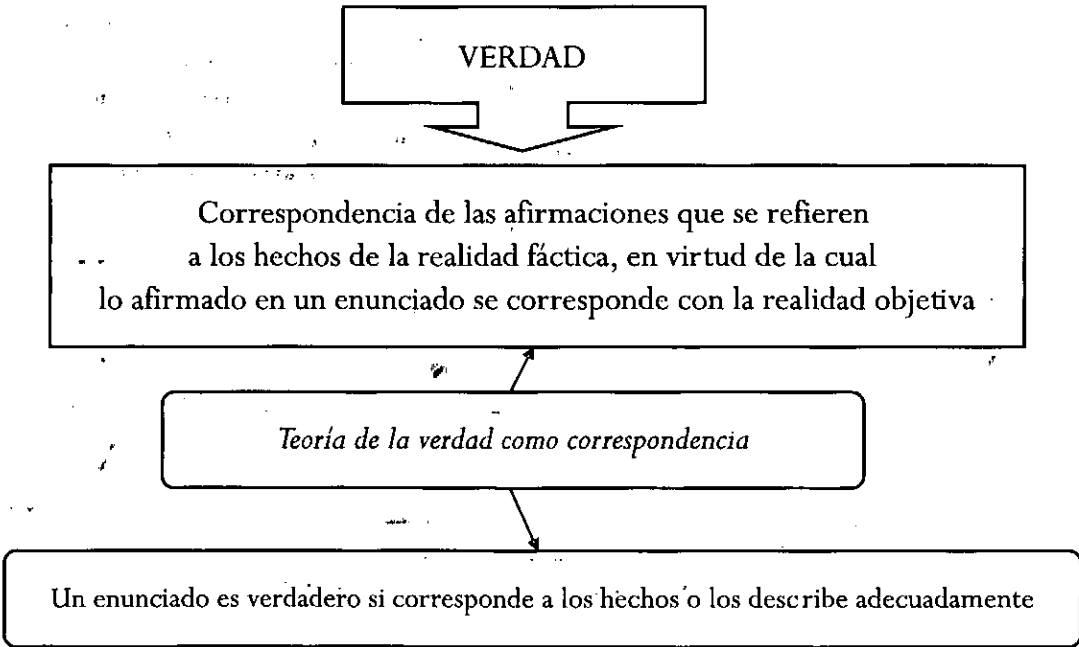
A continuación se presenta la síntesis de esta unidad con el fin de evidenciar que, de conformidad con lo expuesto, se dispone de un sistema conceptual idóneo que permite abordar con rigor y precisión las distintas posibilidades de orden fáctico, objeto de las constataciones judiciales a que hubiere lugar, con miras a determinar las premisas fácticas propias de las argumentaciones judiciales respectivas.

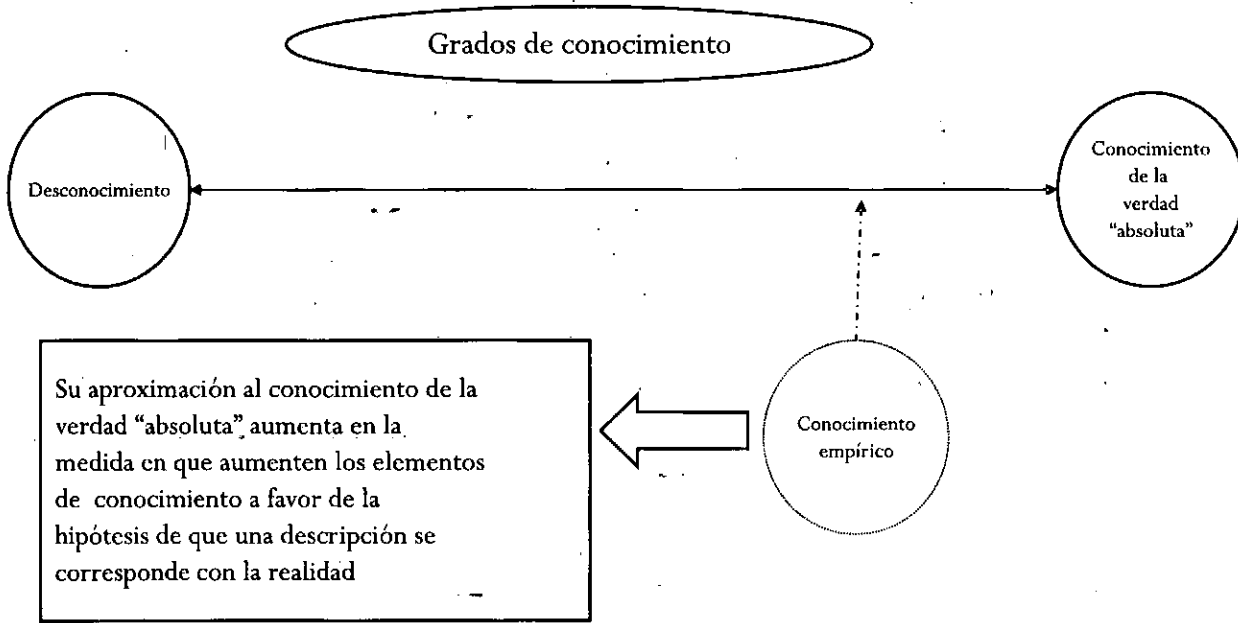
Por supuesto, no hay una única forma de conceptualizar aspectos propios de las características de la realidad. Sin embargo, el esquema conceptual presentado es de generalizada aplicación en esferas propias de la lógica, la filosofía del lenguaje y la filosofía de la ciencia, con resultados ampliamente satisfactorios.

Como pudo apreciarse, existen interconexiones múltiples entre conceptualizaciones relativas a la realidad, a su conocimiento, a su descripción, así como a la verdad que puede resultar predicable de enunciados existenciales que describen a la realidad misma. Otro tanto ocurre con temas tales como la verosimilitud, la certeza, la duda y la probabilidad. Conceptos como los expuestos constituyen, entonces, herramientas analíticas de primordial importancia para dar cuenta de las actividades de fijación fáctica en el proceso judicial. Una adecuada utilización de dichos conceptos facilita en gran medida la construcción y desarrollo de inferencias que van a constituir el soporte lógico y argumental de las decisiones pertinentes.





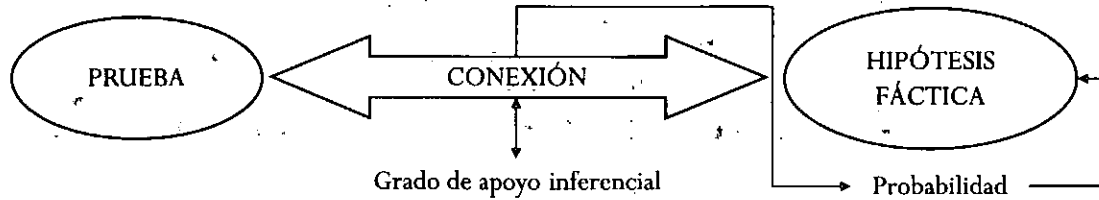




Comprobación de los hechos

El criterio central del juicio de hecho es que la prueba sirve para controlar el grado de correspondencia entre la hipótesis fáctica y la realidad empírica.

La decisión judicial debe fundamentarse en una reconstrucción de los hechos que corresponda a la realidad empírica de ellos, en tanto esto se encuentre confirmado por las pruebas, de manera individual y en conjunto.



A continuación encontrará una serie de preguntas relacionadas con las temáticas de la unidad:

Ca

- Aporte ejemplos para cada uno de los tipos de hechos, de acuerdo con la clasificación propuesta en las páginas 20 y 21.
- En dos casos de su jurisdicción, exponga la descripción fáctica del problema objeto de controversia judicial, acudiendo al esquema conceptual planteado con relación al tema de hechos. Si lo estima pertinente, puede recurrir a un esquema análogo. Aporte ejemplos para cada uno de los tipos de hechos, de acuerdo con la clasificación propuesta en las páginas 20 y 21.
- Establezca la diferencia entre lo verosímil y lo probable.
- En casos de su jurisdicción, ejemplifique las nociones de pertinencia, conducencia y eficacia.
- Seleccione y analice cinco de los casos que se encuentran relacionados al final del módulo, aplicando alguno(s) de los criterios reseñados.
- ¿Qué es un hecho?
- ¿Cuáles tipos básicos de hechos pueden distinguirse? Defina cada tipo de hecho.
- ¿De qué se ocupa la ciencia fáctica?
- En sentido estricto, ¿qué se prueba en el proceso?
- ¿Cómo puede definir la utilidad de la prueba?
- ¿Qué es el hecho en un proceso?
- ¿Desde qué perspectivas puede analizarse una situación fáctica?
- ¿Es posible limitar la combinación de enunciados descriptivos para describir una situación de hecho de una única forma?
- ¿Cuál es la noción de verdad de la que partimos para abordar la verdad de los hechos?
- ¿Qué relaciones hay entre imposibilidad e inverosimilitud?
- En el contexto judicial, ¿qué es probabilidad?
- Mencione los criterios a partir de los cuales en un proceso judicial puede llegarse a 'un conocimiento'.
- En un proceso judicial, ¿qué significa demostrar?

UNIDAD 2

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Con respecto al conjunto de criterios asociados a la valoración probatoria, en este capítulo se dilucida el concepto de “reglas de la sana crítica”, señalando la caracterización de cada uno de sus componentes básicos.

La valoración de las pruebas corresponde al juicio de aceptabilidad de los resultados derivados de los medios de prueba. Consiste en la contrastación de los enunciados fácticos planteados en el proceso, con respecto a lo aportado por los medios de prueba; reconociendo a dichos medios de prueba un peso en la convicción del juzgador sobre los hechos relativos al caso que se juzga. En este sentido, valorar consiste en contrastar enunciados fácticos, para estimar su correspondencia con los hechos que describen; lo cual implica dar cuenta de las razones por las cuales se considera que una alternativa es preferible a otra.

La valoración reviste una importancia primordial toda vez que constituye el eje central alrededor del cual gira el conjunto de actividades probatorias y buena parte de las garantías procesales. La estimación de los elementos de juicio aportados es la plataforma sobre la cual se erige la aplicación de los criterios decisionales. De ninguna manera puede asumirse que ello se proyecte sin contar con, o al margen de, inferencias y argumentaciones correctas, condición para que pueda considerarse que se trata de una decisión judicial razonada, es decir, basada en razones articuladas que sirvan de premisas para las conclusiones que de ellas se deriven.

Los objetivos de la presente unidad son:



- Establecer las condiciones de aplicación de los conceptos centrales y derivados de las *reglas de la sana crítica*, como cánones o patrones para valorar adecuadamente las pruebas.



- Dilucidar conceptualmente la expresión *reglas de la sana crítica*.
- Indicar las pautas de racionalidad de la valoración de la prueba.
- Distinguir y caracterizar ciencia, lógica y experiencia como elementos del criterio de valoración probatoria.
- Señalar la índole propia de la metodología científica, la corrección lógica de las inferencias, y el conocimiento básico propio del *sentido común*.

2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

La valoración es una operación racional, en virtud de la cual resulta razonable considerar verdaderos determinados enunciados fácticos. En la tarifa legal de carácter probatorio la eficacia está predefinida por la ley. La prueba es de libre apreciación si está sujeta a la valoración del juez, aunque la libertad del juez para determinar si han sido probados los hechos se encuentra limitada por pautas de racionalidad.

En este punto, el Consejo de Estado considera que:

[...] entre las reglas probatorias que rigen el proceso judicial, en el tema de la apreciación de las pruebas, impera en su generalidad, salvo contadas excepciones, el sistema de la sana crítica en el cual el juez goza de cierta libertad a la hora de apreciar el mérito probatorio de los medios de convicción, no debiendo sujetarse, como en el sistema de la tarifa legal, a reglas abstractas preestablecidas e

indicadoras de la conclusión a la que se debe arribar, en presencia o en ausencia de determinada prueba.⁹

Por su parte, la Corte Constitucional ha sostenido:

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.

5. El último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el Código de Procedimiento Civil colombiano vigente, que dispone en su Art. 187:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2005, exp. 27946. C. P. María Elena Giraldo Gómez

“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

[...] Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto, respecto de la diferencia entre los sistemas de la sana crítica y de la íntima convicción:

Las normas demandadas no consagran una competencia o facultad arbitraria, sino que las someten a las reglas de la sana crítica, que no son otra cosa que la interdicción de la arbitrariedad y la corrección de lo racional y razonable; de modo que obliga al juez a dar las razones por las cuales, en ese caso concreto y en ese momento determinado, un testigo es inhábil para rendir su declaración¹⁰.

La valoración probatoria implica contar con una metodología racional; disponer de pautas o criterios racionales para analizar y evaluar el peso de las pruebas aportadas, sobre la base de estimar suficiente el grado de probabilidad de los enunciados fácticos correspondientes a los resultados probatorios. La valoración probatoria corresponde a una actividad racional que culmina en la elección de la hipótesis más probable entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos. Se trata, entonces, de la evaluación racional del grado de probabilidad de las hipótesis consideradas, en términos de la lógica inductiva que apunta a establecer la probabilidad de la verdad de un enunciado hipotético, tomando en cuenta el grado de confirmación asociado a los medios de prueba examinados (Gascón 2004: 161).

10 Corte Constitucional, Sentencia C-202 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

Art. 187 C. de P. C.

Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Art. 304 C. de P. C.

Contenido de la sentencia. [...] La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con claridad y precisión...

Art. 216 C. de P. C.

Inhabilidades relativas para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar:

[...]

2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Art. 264 C. de P. C.

Alcance probatorio. Las declaraciones que hagan los interesados en escritura pública, tendrán entre éstos y sus causahabientes el alcance probatorio señalado en el artículo 258; respecto de terceros, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

Art. 278 C. de P. C.

Informes de bancos e instituciones de crédito. Los informes de bancos e instituciones de crédito establecidos en el país, sobre operaciones comprendidas dentro del género de negocios para los cuales estén legalmente autorizados y que aparezcan registradas en sus libros o consten en sus archivos, se considerarán expedidas bajo juramento y se apreciarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Art. 141 Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario)

Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

Art. 168 C. C. A.

Pruebas admisibles. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

Art. 61 C. de P. L.

Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes. ...

En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.

Art. 11 Ley 527/1999 (Comercio Electrónico, Firmas, Mensajes de Datos)

Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en que se ha generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en que se ha ya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Art. 86 Ley 1123 de 2007 (Código disciplinario del abogado)
[...] los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Art. 86 Código disciplinario del abogado

Apreciación integral. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y valorarse razonadamente.

Como puede observarse a continuación, este criterio se encuentra consagrado por una tradición que se remonta en Europa continental a la época de la Ilustración, es acogida en España y de allí a nuestro medio judicial. La expresión *sana crítica* aparece por primera vez mencionada por D'Alembert en el Discurso Preliminar de la Enciclopedia Francesa (1751), al aludir a la escolástica, señalando que antes de Descartes “las leyes de la sana crítica eran generalmente ignoradas”. Tal mención es acogida en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real de España de 1846, al indicarse que debían considerarse, según las *reglas de la sana crítica* las circunstancias relacionadas con la fuerza probatoria de testimonios de personas allegadas de diversas maneras a las partes procesales. El artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855 generalizó tal indicación al estipular que “los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de

las declaraciones de testigos”. Y en época reciente, el Modelo Tipo de Código de Procedimiento Civil para Iberoamérica contempla: “*Valoración de la prueba*. Las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto que establezca una regla de apreciación diversa...”.

Cabe anotar que una estipulación en similar sentido puede encontrarse en el art. 33.1 de las denominadas *Reglas de Mallorca*, reglas mínimas de procedimiento penal adoptadas por Naciones Unidas; disposición que contempla: “Los jueces valorarán libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicará el principio *In dubio pro reo*.”.

En la jurisprudencia colombiana reciente pueden encontrarse reiterados pronunciamientos que apuntan a destacar los componentes que constituyen el mencionado criterio evaluador en materia probatoria, al manifestar que corresponden a valoraciones que se basan en principios, leyes, reglas y pautas propias de la lógica, la ciencia y la experiencia; todo ello como un conjunto de elementos de convicción asociados a la apreciación racional del valor de las pruebas disponibles.

A continuación, se cita de manera extensa la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se expone de manera clara y precisa el alcance que, en nuestro medio judicial, tienen las *reglas de la sana crítica*:

En tratándose de la estimación probatoria, la sana crítica apareja aquel modo de apreciar la prueba en el que el juzgador, “teniendo por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que, según su entender, sean aplicables a un determinado caso, goza de libertad para valorarla, cuidándose, claro está, de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. A tal sistema de valoración alude el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil” (casación del 16 de noviembre de 1999).

Dicho sistema de valoración de las pruebas se encuentra estructurado sobre *la libertad y autonomía* del juzgador para determinar el peso de las mismas y obtener su propio convencimiento, bajo el apremio, únicamente, de enjuiciarlas por medio del sentido común, la lógica y

las reglas de la experiencia, entendiendo por estas últimas, aquellos dictámenes hipotéticos de carácter general originados en el saber empírico, a partir de situaciones concretas, pero que, desligándose de éstas, adquieren validez en nuevas circunstancias o, lo que es lo mismo, "aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañe al ser humano y que sirve de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio" (casación del 24 de marzo de 1998). Si bien, como ya se ha dicho, el sistema de la sana crítica se finca sobre la libertad del juzgador, en la actividad intelectual que presupone la valoración de la prueba, éste, al realizar la labor que se le ha confiado no puede descarriarse hacia la arbitrariedad, pues la ponderación de las pruebas se encuentra sometida a la racionalidad nacida de las máximas de la lógica y las reglas de la experiencia.

Estas reglas, hay que decirlo de una vez, son parte de la argumentación del juez y no constituyen en sí mismas prescripciones, pues carecen de vinculación normativa, ya que asumen la apariencia de proposiciones del ser, es decir, de como son las cosas, no prescriptivas de como deberían ser. Son principios de contenido fáctico que se caracterizan por tener valor general, por ser variables, heterogéneas y estar en constante y permanente transformación, cabalmente por encontrarse fincadas en la cotidianidad del ser humano, sometidas, subsecuentemente, al dinamismo propio del acontecer social. De ellas se vale el juzgador para enjuiciar las diversas afirmaciones del proceso, rechazando aquellas que las contraríen y para aceptar y concordar las que se relacionen con la realidad social.

Dada su naturaleza, no es factible que el legislador las plasme en normas jurídicas, desde luego que es imposible que éste condense en un texto legal las reglas de la lógica y las máximas científicas o de la experiencia de las que se pueda valer el juez para valorar las pruebas e, inclusive, de ser ello posible, dejaría de ser un sistema fincado en la libertad del juez para regresarse a uno de tarifa legal. En ese orden de ideas, la sana crítica en la apreciación de las pruebas presupone una abdicación de la soberanía del legislador en la materia, para confiársela la actividad discrecional del juez, no reglada, obviamente, por la ley.

3.2 De ahí que deba decirse que si el sentenciador valoró determinada prueba en forma arbitraria e irracional, es decir, distanciado de toda lógica, o si es manifiestamente absurda su inferencia respecto de ella por haber aplicado una inexistente regla de la experiencia, o

haber dejado de aplicar una que en criterio del censor debió tomarse en cuenta, tal yerro de estimación probatoria constituye un error de hecho que debe demostrarse como tal, no de derecho, cabalmente porque, como ya se dijera, las máximas de la experiencia no son normas jurídicas cuyo quebrantamiento sea el medio que conduzca a la violación de la norma sustancial¹¹.

2.2 LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA COMO PAUTAS DE RACIONALIDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración se encuentra orientada a determinar el grado de eficacia de los elementos de prueba, a efectos de apreciar si resultan suficientes para fundamentar la determinación de los hechos relevantes. En términos de la *sana crítica* como examen o juicio libre de error o vicio, el razonamiento probatorio puede ser considerado como un procedimiento racionalmente controlable, es decir, puede hablarse de un marco de posibilidades en el cual es posible plantear la “racionalidad del razonamiento”, con ajuste a criterios de análisis y valoración de la prueba, fundamentados en principios de racionalidad general. Por esta vía se trata de establecer cómo se realiza la valoración conjunta de medios de prueba individualmente apreciados, los cuales resultan convergentes, en tanto tienden a confluir en un resultado común¹²:

Sobre el particular la Corte Constitucional ha sostenido:

Cabe recordar que en la valoración probatoria efectuada por una autoridad judicial, prima la autonomía e independencia del juez que la realiza. Lo que se rechaza de la misma es el posible exceso en que se pueda llegar a incurrir, por un ejercicio arbitrario de esa discrecionalidad. Esto es lógico, puesto que como director del proceso,

11 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2004, exp. 7549. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

12 Para Devis Echandía “sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso” (Devis 1981: 99).

el juez de la causa es el que está llamado a determinar la utilidad, pertinencia y procedencia del material probatorio, a través de criterios objetivos y razonables, de manera que pueda formar su convencimiento y sustentar la decisión final, utilizando las reglas de la sana crítica (C.P.C., art. 187 y C.P.L., art. 61)^{13, (14)}

Con miras a la utilización racional del material probatorio disponible para la determinación de los hechos, y a efectuar con rigor la valoración de las pruebas (base del juicio acerca de las hipótesis de hecho, en términos de establecer la eficacia de las pruebas), la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia constituyen reglas de la sana crítica como criterios o pautas de control racional respecto de la fundamentación del razonamiento del juez. La aplicación de tales criterios cognoscitivos deben expresarse en los argumentos que, en materia de pruebas, deben hacerse explícitos en la correspondiente motivación de las decisiones judiciales.

Esta enunciación de las *reglas de la sana crítica* corresponde a un conjunto de condiciones de racionalidad para el control de los razonamientos propios de la valoración de las pruebas. Racionalidad basada en la lógica deductiva e inductiva, e inspirada en criterios científicos y de sentido común que, a su vez, se proyecta en criterios racionales para la determinación judicial de los hechos, sobre la base de la utilización racional del material probatorio disponible.

Para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

El acto de apreciación probatoria se erige en la operación mental que tiene por fin conocer el mérito que pueda inferirse del contenido de la prueba. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración probatoria se parte de un estudio crítico individual y de conjunto de los elementos de juicio allegados validamente al proceso, motivo por el cual el funcionario judicial debe examinar la credibilidad, fiabilidad o confianza que le merece la probanza y, posteriormente, examinarla en su conjunto.

13 Vid. Sentencia T-442 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

14 Corte Constitucional, Sentencia SU-132 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis

Dicho de otra manera, en la apreciación de los medios de prueba solamente se deben estimar aquellos en cuyo proceso de aducción y producción se respetaron todos sus ritos, luego se debe verificar su pertinencia, conducencia y utilidad frente al convencimiento del funcionario judicial, para seguidamente proceder a realizar una reconstrucción histórica del acontecer fáctico en discusión, teniendo como únicos parámetros los postulados que informan la sana crítica, formando de esa manera un todo sintético, coherente, lógico y concluyente.

En lo que respecta a la sentencia la ley exige que para dictar fallo de condena se requiere el grado de conocimiento de certeza, grado al que se llega luego de apreciar de manera individual y mancomunada todos los elementos de juicio allegados validamente al proceso.

La certeza implica que el funcionario judicial está fuera de toda duda, es decir, que acepta la existencia de unos hechos con criterio de verdad desde dos planos a saber: (i) Subjetivo. Consistente en la manifestación de aceptar el hecho como cierto y (ii). Objetivo. Son los fundamentos probatorios que se tienen para concluir en la existencia de dicho hecho.

En otras palabras, la certeza no es otra cosa que la convicción del hecho. Conocimiento al que se arriba luego de concluir que éste encuentra cabal correspondencia con lo que revelan los medios de prueba incorporados al trámite, luego de ser examinados de acuerdo con los postulados de la lógica, de la ciencia o de las máximas de la experiencia, excluyéndose de esta manera las ideas contrarias que se tenían de él¹⁵.

La concepción racional de la valoración probatoria permite establecer el juicio sobre el hecho en el sentido de fundamentar una versión verdadera de éste, en términos de la aproximación a la realidad empírica que es posible alcanzar procesalmente. Se trata, así, de la aproximación (justificada racionalmente) a la realidad empírica de los hechos en el proceso, en función de criterios razonablemente rigurosos.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 19 de Octubre de 2006, Proceso 22898. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

2.2.1 CIENCIA

En primer lugar, así como el concepto de verdad usado en el Derecho debe ser el mismo que usan las ciencias empíricas, la valoración de la prueba no puede realizarse por medio de métodos que se encuentren en contradicción con los criterios científicos respecto de lo que debe considerarse como prueba de enunciados empíricos (salvo que existan limitaciones en cuanto al tipo de medios probatorios, relativas a tarifa legal de pruebas); de modo que resulta inadmisibles valorar las pruebas con métodos científicamente calificables de irrelevantes o irracionales, tales como inspiración divina, revelación espiritista, intuición subjetiva, o certeza moral. Se debe procurar que, en general, sean tenidas en cuenta las leyes de carácter científico, y cuando las circunstancias así lo requieran, resulta imperativo acudir a la respectiva peritación científica o técnica. Además, el modelo racional de control empírico de las teorías científicas juega un papel análogo al de la determinación judicial de los hechos; analogía que se extiende a la estructura de los argumentos racionales empleados para justificar decisiones en ambos campos.

Como la ciencia corresponde a una actividad crítica y racional, entonces gradualmente se superan aquellos conocimientos respecto de los cuales su justificación no resulta adecuada con relación a la creencia respectiva, reemplazándose por otros. Las áreas científicas se organizan como sistemas de conocimientos o sistemas cognitivos, a los cuales corresponden sistemas conceptuales. Se trata, entonces, de clasificar y organizar la experiencia para comprender y conocer la realidad mediante sistemas conceptuales.

Cuando se recurre al sistema conceptual en el terreno de la experiencia, se presupone que capta aspectos de la realidad. La ciencia empírica busca obtener relaciones constantes en la naturaleza y la sociedad mediante teorías que den cuenta de explicaciones de lo que sucede en la realidad, en términos de causas y razones suficientes.

Las ciencias fácticas o empíricas dependen de la experiencia, que las legitima. Se clasifican usualmente en dos grupos: ciencias naturales, cuyas grandes ramas son la física, la química y la biología; y ciencias humanas, las cuales se encuentran vinculadas al ser humano y su proyección social y cultural, como la psicología, la economía, la sociología o la antropología.

De otra parte, la tecnología se ocupa de la aplicación de la ciencia para resolver problemas específicos, y de métodos para realizar tareas precisas, por medio de conocimientos y reglas basadas en la ciencia.

El punto central de la racionalidad científica reside en su fundamento conceptual. En cualquier ciencia fáctica se busca comprender la realidad por medio de sistemas conceptuales. Una segunda característica de tal racionalidad nos obliga a proceder de conformidad con un método cuya característica determinante es la crítica, en virtud de la cual todas las hipótesis son sometidas a prueba, analizándolas y remodelándolas, y aceptando muy pocas cosas como definitivas. Esta dimensión crítica se encuentra vinculada al análisis y la dilucidación conceptual. La crítica y las pruebas marcan la trayectoria de la justificación empírica.

En suma, la ciencia consiste, esencialmente, en un sistema de conocimientos alcanzados por vía racional. Su propósito es el conocimiento científico, es decir, una serie de creencias verdaderas y justificadas; dentro de las fronteras de la racionalidad. Y el instrumento en el que ella se basa es la razón, la cual corresponde a la capacidad de conceptualizar, juzgar, criticar e inferir (Da Costa 2000: 41). La razón y la experiencia conducen a las ciencias fácticas, con relación a las cuales la certeza de un conocimiento se mide por su grado de justificación.

Las ciencias fácticas acuden a conceptos adecuados para observar y explicar lo que ocurre; se orientan a la búsqueda de estructuras que permitan sistematizar las observaciones y experiencias correspondientes a la realidad. En las ciencias fácticas se estructuran redes conceptuales originadas y controladas por la experiencia, para adscribirle un

orden a la realidad; las hipótesis, teorías y leyes científicas, al basarse en la observación, revelan rasgos de la realidad de carácter relacional; de modo que al construirse estructuras conceptuales, se trazan mapas de la realidad mediante las configuraciones planteadas.

La racionalidad científica se fundamenta en la lógica deductiva y en la lógica inductiva. La deducción abarca la estructura conceptual y teórica, mientras que la inducción¹⁶ lleva a la justificación en términos de verificación, constatación o corroboración, todo lo cual, en asocio de una actitud crítica contribuyen a superar lo arbitrario y la subjetividad. Sin pruebas y verificación empírica no resulta apropiado hablar de ciencia fáctica.

La metodología general de la ciencia empírica cuenta con instrumentos inductivos básicos, correlacionados con las diversas disciplinas fácticas, las cuales, a su vez, disponen de metodologías específicas que provienen de técnicas particulares, creadas y operadas por especialistas; entendiéndose por método la manera de ordenar de forma adecuada y sistemática las distintas fases que deben cubrirse para la realización de una tarea. Así, los sistemas cognitivos o conceptuales encierran temas lógicos, epistemológicos y metodológicos.

En consideración a lo expuesto, en muchos casos el juez puede valorar de manera adecuada las pruebas, en tanto acude a esquemas racionales análogos a los utilizados en la actividad científica. Al respecto, cabe anotar que el análisis lógico del conocimiento científico se interesa por cuestiones de justificación o validez; sus preguntas son del tipo siguiente: ¿puede justificarse un enunciado? En caso afirmativo, ¿de qué modo?; ¿es contrastable?; ¿depende lógicamente de otros enunciados?; ¿o los contradice quizá? (Popper 1985: 31).

16 Curiosamente, Ferrajoli menciona que la lógica inductiva nace en gran parte en el seno de la experiencia del proceso judicial, como lógica del razonamiento probatorio. Históricamente es la metodología de la investigación empírica la que se modela sobre la inducción judicial —y no a la inversa— a través de la configuración de la técnica de la disputa mediante prueba y error, elaborada para las controversias jurídicas, como lógica o teoría general de la investigación inductiva (Ferrajoli 1995: 137).

La tendencia a la cientifización del razonamiento empírico se orienta, entonces, hacia la utilización de pautas, esquemas y modelos, inspirados en criterios científicos (Taruffo 2006: 314).

2.2.2 LÓGICA

En segundo lugar, con relación al razonamiento requerido para la valoración probatoria, es indispensable la corrección de los pasos inferenciales correspondientes, lo cual debe expresarse en la formulación argumental respectiva. Para ello, la lógica es una herramienta capaz de servir de guía en la valoración de la prueba, porque sirve para evaluar los argumentos con los que se apoyan las afirmaciones sobre los hechos relevantes en una sentencia judicial o en la fundamentación de otro tipo de resoluciones que involucre cuestiones probatorias a lo largo de un proceso judicial.

El juez justifica adecuadamente la adopción de las premisas fácticas que describen los hechos relevantes objeto del proceso, cuando las justifica en su sentencia mediante un argumento *sólido*. La solidez de un argumento requiere la concurrencia de dos aspectos de la valoración: lógico y material. Un argumento es sólido si todas sus premisas son verdaderas y su estructura es lógicamente correcta. Si falla alguno de estos elementos, cualquiera sea, el argumento deja de ser sólido, lo que significa que su conclusión carece de una justificación adecuada. La lógica es un medio importante para evaluar la corrección lógica de los argumentos, pero nada tiene que decir en relación con la verdad de los enunciados que se emplean como premisas.

Muchos procesalistas identifican las leyes de la lógica con las leyes del pensamiento; confusión sumamente grave. Colocar a las leyes de la lógica en el mismo plano que las leyes que rigen el pensamiento humano significa defender una concepción psicologista de la lógica que ya fue abandonada hace más de un siglo. Como señalara oportunamente el profesor Carlos Alchourrón "Sería realmente insensato intentar justificar las leyes de cualquier teoría lógica apoyándose en las

propiedades que pudieran descubrirse observando los procesos psicológicos efectivos de argumentación que los hombres realizan a diario. El resultado de tal investigación, de naturaleza claramente empírica y contingente, que seguramente exhibiría características muy distintas frente a individuos de grupos humanos heterogéneos, sería impotente para dar cuenta del carácter necesario y a priori de las leyes lógicas...” (Alchourrón 1995: 4-5).

La lógica moderna se desarrolla una vez que abandona el enfoque psicologista, que tuvo incidencia principalmente en los siglos XVII a XIX. La lógica no tiene nada que ver con los procesos mentales, pues sus procedimientos de valoración son objetivos y públicos. La lógica, como ciencia formal, enuncia leyes y reglas, pero desde hace más de un siglo ningún lógico de relevancia ha pretendido con ello describir las leyes del pensamiento humano (Cf. Bochenski 1966).

Los términos “ley lógica” o “regla de la lógica” se suelen emplear en el sentido de “regla de inferencia”. Las leyes de la lógica se pueden utilizar para evaluar argumentos, pues sirven para distinguir los argumentos válidos de los que no lo son. En este sentido —y no en el que presuponen los procesalistas aludidos— la lógica puede ser una herramienta fundamental para aumentar el control de racionalidad de la justificación de las premisas fácticas que realizan los jueces en sus sentencias.

Los argumentos probatorios, para que se puedan aplicar las leyes de la lógica tal como se las concibe hoy en día para evaluar su corrección, deben entenderse como fragmentos de discurso y no como procesos mentales (Cf. Haack 1982: 32). Un argumento es un conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados constituye las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina “premisas”, y al enunciado que se pretende apoyar con estas se lo llama “conclusión” (Bonorino y Peña (a) 2006:88-89).

De otra parte, se ha considerado que las condiciones necesarias, y a veces también suficientes, del pensamiento válido pueden

reducirse a tres principios: el de *identidad*, el de *contradicción* y el de *tercero excluido*; principios que se encuentran en la base de la validez lógica de las inferencias deductivas. Tradicionalmente se les ha considerado como presupuestos de todo pensamiento consistente y de su expresión. Cuando razonamos correctamente, lo hacemos de acuerdo con estos principios lógicos, los cuales son afirmaciones relativas a cómo deben pensar los seres humanos si han de pensar racionalmente, de modo que son imprescindibles para el pensamiento consecutivo y la argumentación coherente. Estos principios no bastan, pero todos ellos son esenciales para el razonamiento sano (Stebbing 1985: 193-196).

El objeto de tales principios está constituido por ciertos caracteres generales de todas las cosas, en tanto la lógica ha llegado a ser considerada como el estudio de los caracteres más generales de todo lo que existe y todo lo que puede existir. El primero en mencionar que los principios lógicos expresan la naturaleza más general de las cosas fue Aristóteles, quien admitió al mismo tiempo que, siendo esa naturaleza general de las cosas la base de la corrección o incorrección del razonamiento, se expresa también en los principios de la lógica o de la inferencia. Como principios del ser, los principios lógicos son aplicables universalmente; como principios de la inferencia, deben ser aceptados por todos, so pena de anular todo pensamiento. Por ende, no son independientes de las cuestiones relativas a la verdad, pues cuando extraemos correctamente una conclusión a partir de las premisas, reconocemos de modo tácito la verdad del enunciado —basada en la naturaleza general de las cosas—, según la cual las premisas implican la conclusión.

Los principios lógicos están supuestos en toda prueba, y en ese sentido toda prueba depende de ellos. Se confirman y manifiestan en toda inferencia, en todo análisis y en toda investigación que se desarrolle con éxito. Prescriben las condiciones mínimas para que el razonamiento se lleve a cabo sin confusiones (Nagel 1974: 75). Una persona que hace inferencias es quien encuentra útil la observancia de

las reglas de la lógica, en tanto estas se aplican al procedimiento de extraer inferencias. Debemos evitar las violaciones de las reglas de la lógica si, y sólo si, nos interesa formular o derivar enunciados verdaderos, vale decir, que sean descripciones verdaderas de los hechos (Popper 2001: 252, 253, 255).

Los principios pueden plantearse como propios del carácter más general de la realidad, es decir, en términos ontológicos, y también pueden ser reformulados según tengan que ver con enunciados, implicaciones, y verdad y falsedad de dichos enunciados.

El principio de contradicción puede también llamarse principio de no contradicción; en tanto impide al razonamiento contradecirse.

Nada puede ser A y no-A

Nada puede ser al mismo tiempo A y no A

Una cosa no es dos cosas diferentes

Una cosa no puede al mismo tiempo ser y no ser tal o cual cosa.

No es posible que algo sea y no sea al mismo tiempo

Una misma cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y con relación al mismo aspecto.

Ningún juicio es verdadero y falso al mismo tiempo.

Ningún enunciado puede ser, al mismo tiempo, verdadero y falso.

La conjunción de cualquier enunciado con su negación es siempre falsa.

Este principio afirma que dos enunciados contradictorios nunca pueden ser ambos verdaderos, o que un enunciado formado por la conjunción de dos enunciados contradictorios debe ser considerado falso por razones puramente lógicas (Popper 2001: 381). Como criterio ontológico se enuncia del modo siguiente: "Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo respecto".

Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. Como criterio lógico, el principio es una regla que permite ejecutar inferencias correctas y, desde Aristóteles, es el fundamento de la reducción al absurdo. Un enunciado no puede ser simultáneamente verdadero y falso. Los enunciados inconsistentes no pueden ser simultáneamente verdaderos. Si un testimonio contiene afirmaciones incompatibles o inconsistentes, éstas no pueden ser todas verdaderas, de modo que la credibilidad del testigo queda anulada o, por lo menos, muy debilitada (Copi y Cohen 1997: 401).

Así, el principio de no contradicción puede entenderse como el nombre de una regla que prohíbe la construcción de contradicciones (Waismann 1970: 411). La cosa de la que hablamos no es a la vez ella misma y no ella misma, ni tiene una propiedad y no la tiene.

Hay que distinguir la crítica que declara no veraces a determinadas afirmaciones, de aquella que las declara inconsistentes. En el primer caso criticamos esas afirmaciones en razón de que no corresponden a los hechos; en el segundo caso se los critica en razón de que las afirmaciones no se ajustan unas con otras. El cargo de inconsistencia corresponde a la clase de crítica interna que constituye la estimación lógica de un discurso o de una exposición. La noción de contradicción alude a la inconsistencia y, en tal sentido, a la incoherencia.

La inconsistencia se predica de los enunciados; unos son inconsistentes respecto de otros. Si dos enunciados son inconsistentes, ambos no pueden ser verdaderos a la vez, pues hay incompatibilidad por haberse incurrido en contradicción. Una de las maneras de enunciar una inconsistencia es la de aplicar predicados incompatibles a la misma persona o a la misma cosa, a un mismo tiempo. Se incurre en inconsistencia si se afirma y rechaza una misma cosa. Decir que un enunciado implica a otro equivale a decir que habría inconsistencia al afirmar el primero y negar el segundo (Strawson 1969: 4, 7, 20).

Declarar que dos enunciados son contrarios es declarar que uno es inconsistente para con el otro. Declarar que dos enunciados son

contrarios es declararlos inconsistentes uno respecto del otro. Situación que se proyecta en el análisis de hipótesis sobre hechos incompatibles. Cuando la hipótesis que afirma el hecho X se contrapone a una hipótesis que afirma el hecho Y, incompatible con la existencia de X, esto corresponde a una generalización del esquema de la coartada, el cual se basa en la premisa de que nadie puede estar simultáneamente en dos lugares distintos.

Según el Principio de Identidad, toda cosa es idéntica consigo misma.

A es A

Una cosa es lo que es

Lo que es, es

Todo es lo que es.

Si algo es A, es A

Si un enunciado es verdadero, es verdadero

Todo enunciado es equivalente a sí mismo.

Todo enunciado se implica y es implicado por sí mismo.

La noción de identidad en la lógica es presentado como una ley de la lógica proposicional: $p \rightarrow p$ que se lee: si p, entonces p. Si un enunciado es verdadero, entonces es verdadero. La cosa de la que estamos hablando es ella misma y no otra. No podemos determinar o identificar algo como A, sin contar con el Principio de Identidad, ya que al elegirse una cosa o característica entre todas las cosas que hay, se parte de suponer que es en A en lo que se está pensando, y no en otra cosa.

El principio de tercero excluido (o del tercio excluso o del *tertium non datur*) enuncia que cuando dos enunciados están opuestos contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos. Una cosa es o no es. Un enunciado es verdadero o es falso.

Todo es A o no-A

Una cosa es o no es tal o cual cosa

Todo debe ser A o no A

Todo enunciado debe ser o bien verdadero o bien falso.

Una cosa es o no es, no hay medio

Este principio afirma que de dos enunciados contradictorios, si el uno es verdadero, el otro es necesariamente falso, por razón de que la misma cosa no podría a la vez ser y no ser. Para el principio de tercero excluido toda expresión enunciativa debe ser verdadera o falsa. Este principio excluye un término intermedio entre A y no-A: debe ser lo uno o lo otro, no puede no ser ninguna de las dos cosas. La cosa de la que hablamos tiene una propiedad o no la tiene.

Frente a la existencia de pruebas contradictorias o en conflicto respecto de una hipótesis, se estaría en presencia de dos hipótesis contradictorias acerca del hecho: una de ellas es sostenida por algunos elementos de prueba y afirma que el hecho ha sucedido; la otra sería sostenida por otros elementos de prueba y afirma que el hecho no se ha producido. En este evento, una de las dos hipótesis ha de ser considerada verdadera. Así, la hipótesis acerca de la existencia de una situación no puede ser más que verdadera o falsa en casos como los que se presentan cuando un testigo afirma que una persona estaba en una ciudad a una hora determinada, y otro testigo dice que ese mismo día, a esa misma hora, la persona mencionada estaba en otra ciudad diferente (Taruffo 2002: 288-291).

Hay que tener presentes, además, las reglas que regulan las inferencias válidas o leyes de implicación lógica (*modus ponens*, *modus tollens*, *argumento hipotético*, etc.); y en el caso de las inferencias inductivas, debe considerarse su *probabilidad lógica* o *probabilidad inductiva* (que mide la *fuerza inductiva* de un razonamiento o un argumento), y la utilización adecuada de la *probabilidad estadística*, cuando fuere del caso¹⁷.

17 La frecuencia estadística puede resultar relevante respecto de hechos a probar, relacionados con algunas situaciones relativas a las acciones públicas.

Así, el razonamiento resulta controlable en virtud de los mencionados cánones de validez, coherencia y corrección lógica. Tales pautas son consideradas en las unidades 3 y 4 del texto que desarrolla los temas correspondientes a los argumentos deductivos y los argumentos inductivos en **Argumentación judicial. Construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas**¹⁸.

Por lo tanto, le está vedado al juzgador fundamentar su valoración en razonamientos falaces, toda vez que las falacias constituyen la patología del razonamiento correcto, y esto supone irse en contra de la lógica que debe presidir el encadenamiento inferencial.

En términos de justificación lógica, la motivación de una decisión acredita su racionalidad, en tanto una decisión se considera racional si es inferida de sus premisas, de acuerdo con reglas de inferencia aceptadas. En estos términos debe el juez fundamentar razonadamente las decisiones adoptadas, toda vez que razonamientos lógicamente inválidos se asocian con decisiones injustas

[...] cuando en los fundamentos de un fallo se constaten violaciones de las leyes de la lógica, ello tiene que conducir, por lo general, a la negación de la coherencia de la correspondiente argumentación. En caso de que la falla afecte a un intento de fundamentación que tenga importancia decisiva “básica” para la decisión en cuestión, no es posible entonces sostener esta decisión, a menos que se encuentre otra posibilidad de fundamentación lógicamente correcta. (Klug 1992: 81).

Popper considera a la crítica como el principal medio para promover el desarrollo del conocimiento del mundo de los hechos, y a la lógica como el instrumento de la crítica en la búsqueda de teorías verdaderas y altamente informativas (Popper 2001: 287)¹⁹. Se trata, en suma, de una vía metódica para la correcta investigación de la verdad.

18 Bonorino y Peña (b) 2006.

19 Para Aristóteles la lógica es un instrumento del pensar cuando se refiere a los principios según los cuales se configura la realidad; mediante este instrumento se piensa

2.2.3 MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

Las *máximas de la experiencia* corresponden al conocimiento que tiene el juez de lo usual, es decir, a pautas que provienen de la experiencia general, y que expresan la base de conocimientos generales asociados con el *sentido común* que pertenecen a la cultura promedio de una persona espacio-temporalmente situada en el medio social en el cual se encuentra el despacho judicial. Estas máximas ponen de manifiesto el contexto cultural y los conocimientos del sentido común, que se encuentran a disposición del juez como elementos de juicio para la valoración de las pruebas. Son tesis hipotéticas que indican las consecuencias que cabe esperar a partir de algunos presupuestos; es decir, en ciertas condiciones se repiten, como consecuencia, los mismos fenómenos. Se parte de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos comprobados. Así, las personas que se encuentran en determinada situación se comportan de una manera particular (Stein 1999: 24-25).

Todas las máximas de la experiencia son notorias, y expresan frecuencias de fenómenos (hechos observados), tendencias generales u opiniones; es de este elenco de pautas del sentido común que el juez puede extraer criterios a partir de los cuales es posible plantearse inferencias de carácter probatorio. Tales guías de sentido común se expresan de múltiples maneras y abarcan una gran diversidad de situaciones; es el caso de pautas como las siguientes: “Las personas que, sin tener interés en el proceso, rinden testimonio en éste, dicen la verdad”, “Sólo se admite un hecho que es desfavorable (confesión), si es verdadero”, “Nadie que pretenda alejarse de su residencia por un largo tiempo prescinde de llevar consigo documentos de identificación y dinero”, etc.

sobre lo real, al ser una guía para orientarse en la realidad, en tanto establece una serie de pautas indispensables para que el pensamiento cuente con consistencia interna para referirse a sí mismo y a lo real.

Estas máximas remiten a criterios de inferencia respecto de los pasos entre enunciados relativos a hechos; sin embargo, tales máximas han de ser de carácter general y no se deben limitar a ser únicamente expresión de valoraciones, de suerte que no todo razonamiento basado en dichas máximas resulta aceptable. Tales máximas se encuentran asociadas con lo verosímil, que corresponde a lo normal o habitual. Criterio de normalidad que se expresa en términos de *sentido común*, en tanto corresponde a lo que sucede regularmente o se espera que suceda, sobre la base de presunciones o generalizaciones provenientes de la experiencia común. Estos conocimientos operan como criterios de inferencia para relacionar los elementos de prueba con la hipótesis fáctica sometida a confirmación, proporcionándole algún grado de apoyo inductivo.

Un ejemplo aportado por la jurisprudencia civil, con relación a este punto, es el siguiente:

Es regla de principio, en punto de la liquidación de los perjuicios padecidos por los hijos en razón del fallecimiento accidental del progenitor del que dependían económicamente, que esa ayuda, desde el punto de vista temporal, no es ilimitada o irrestricta, en el entendido que ella resulta necesaria, inicialmente, sólo hasta tanto el hijo se encuentre en condiciones de atender funcionalmente su propia subsistencia, que en el medio nacional, con apoyo en las reglas de la experiencia, ésta Corporación ha estimado, ocurre al arribo de la edad de veinticinco años, siempre y cuando, claro está, se verifiquen los supuestos fácticos por ella descritos.

Sobre el particular, ha dicho la Corte que “la discusión que podría centrarse en torno a la edad límite que se tomó como período de tiempo en que los hijos de las víctimas requerían de sus sustentos, corresponde a la proyección más correcta si se tiene en cuenta que atendiendo a las reglas de la experiencia, es dable deducir que, en principio, a los 25 años, una persona de la zona urbana del país, dedicada al estudio, puede adquirir su completa educación que lo habilita para velar, a partir de entonces, por su propio sostenimiento, desde luego que tampoco obra prueba ninguna que desvirtúe,

para aumentar o disminuir, esa edad tope" (Se subraya; Cas. Civ., sentencia de 18 de octubre de 2001, Exp. 4504).²⁰

El fundamento de la inferencia probatoria está constituido por criterios, estándares o pautas que dan lugar al paso lógico de una enunciación fáctica a otra; fundamento que parte del *sentido común*, a partir del cual el juez llega por inducción a basar el juicio de verdad sobre un enunciado fáctico. En este campo de consideración resulta de gran interés la analogía que puede apreciarse entre las nociones suministradas por el *sentido común* y el conocimiento básico que Karl Popper²¹ señala como trasfondo del progreso del conocimiento científico (Taruffo 2006: 115-116).

Recurrir a formas o estructuras no es exclusivo de la ciencia; en la experiencia cotidiana se recurre muy frecuentemente a formas de actuar o de pensar que se han mostrado como adecuadas, así correspondan a sistemas cognitivos limitados y simples. La ciencia es la prolongación del sentido común, operando metódicamente al tratar de conocer los objetos y hechos de la naturaleza y la sociedad. Los objetos físicos son reconstruidos conceptualmente, toda vez que la mera percepción apenas permite apreciar de manera parcial que tienen ciertas propiedades y relaciones, lo cual posibilita ulteriores explicaciones causales de lo percibido sensorialmente.

Las máximas de la experiencia responden al criterio de inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, de modo que generan sólo conocimiento probable (Andrés 2005: 79). Las reglas o máximas de experiencia, al referirse a regularidades empíricamente

20 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC- 223 del 19 de diciembre de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (subrayado del texto original).

21 En general, damos por supuesta una gran parte de nuestro conocimiento tradicional. La casi totalidad del conocimiento básico (*background knowledge*) que usamos constantemente en cualquier discusión, por razones prácticas, en principio aparece indiscutido; se acepta tentativamente el conjunto de suposiciones que corresponde a nuestro conocimiento de fondo. Esta es la base de la cual parte el desarrollo del conocimiento científico (Popper 2001: 290 y ss).

establecidas, permiten relacionar el hecho conocido con el hecho en averiguación (posesión de un objeto robado y participación en el robo; posesión de droga y balanza de precisión, y la intención de comerciar con ella). Las generalizaciones (máximas de experiencia) que sirven de base a una inferencia inductiva son planteamientos causales del tipo “si sucede A normalmente sucede B”. Ese “normalmente” es lo que lleva a inferir de manera inductiva. Estas generalizaciones no son exactas: habitualmente se cumplen, pero pueden ser refutadas cuando no se presentan las circunstancias que presupone la aplicación de la regla general.

Las máximas de la experiencia utilizadas en la valoración probatoria han de cumplir tres condiciones básicas (Taruffo 2006: 287-291):

- Deben ser aceptadas de manera general en el medio social y cultural del juez. Nociones de *sentido común* ya superadas, refutadas y que ya no son compartidas de manera general no pueden servir para fundamentar juicios de orden fáctico.
- No deben haber sido refutadas por la ciencia contemporánea; para ello no se requiere de un juez científico sino de un juez informado y actualizado que sea capaz de darse cuenta de tal contraposición.
- No deben estar en contradicción o ser incompatibles con otras máximas de un *sentido común* equivalente.

Ha de tenerse presente que el carácter de las máximas de la experiencia supone que deben ser consideradas en términos de *condicionales derrotables*, en tanto admiten excepciones. Otro tanto ocurre con su *peso*, cuando concurren dos máximas incompatibles²². Un caso de incompatibilidad de esta índole se presenta respecto de las declara-

22 Las nociones de *condicional derrotable* y de *peso* son consideradas en el texto de **Filosofía del Derecho** (Bonorino y Peña (b) 2006: 59-61). *Mutatis mutandis*, el tratamiento aquí mencionado resulta análogo al previsto para los “principios”.

ciones de un testigo que no tiene un interés reconocible en el proceso pero que cambia su versión inicial; en esta situación puede contarse con dos máximas incompatibles: “los que no tienen interés en el proceso merecen confianza en sus declaraciones” y “los que se contradicen en sus versiones merecen desconfianza”. En este caso, es necesario ponderar las máximas o acudir a un tercer criterio que resulte más pertinente que los mencionados (Igartúa 2003: 166-167).

Así, en los diversos pasos inferenciales del razonamiento probatorio es a menudo imprescindible recurrir a las máximas de la experiencia, sin que ello implique que tal recurso debe adaptarse a modelos de deducción demostrativa. La selección y empleo de tales máximas puede hacerse de manera racional, si bien no de una manera ajustada a estrictas reglas de lógica deductiva, sino en términos de una racionalidad variable y flexible que se pueda aplicar a nociones no formalizadas o formalizables, y que otorgue confiabilidad al razonamiento del juez.

S

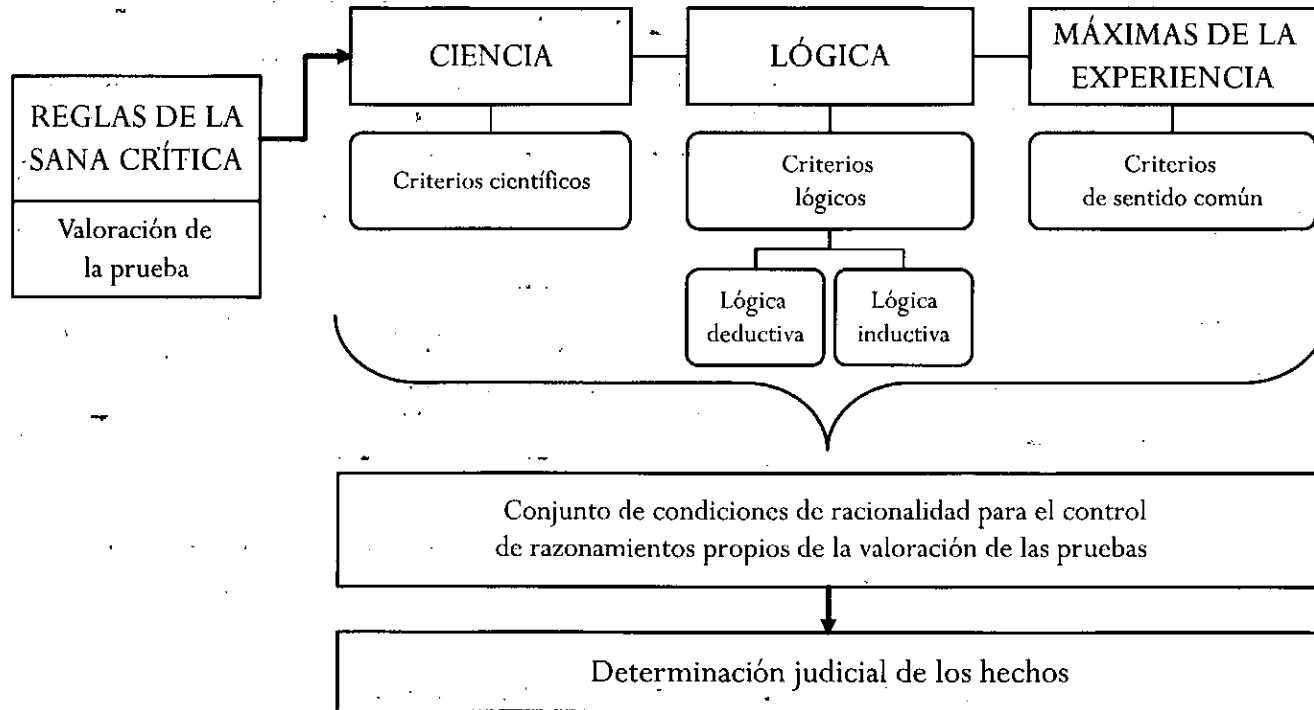
A continuación se presenta la síntesis de esta unidad con el fin de encuadrar el lugar y el papel de cada uno de los componentes de las reglas de la sana crítica, es decir, los criterios científicos, los criterios lógicos y los criterios de base inferencial, fundamentados en las máximas de la experiencia, expresión del denominado sentido común que corresponde al conocimiento básico compartido en la comunidad de la cual hace parte el juez. Se ha expuesto, así, un conjunto de criterios de racionalidad como pautas que se aplican en procesos de justificación, a efectos de constituir buenas razones, de manera que pueda calificarse de racional una creencia, en el marco conceptual en el cual se deben tomar las decisiones de carácter probatorio. Todo ello corresponde a la aplicación de las reglas de la sana crítica, como cánones a ser tenidos en cuenta en las apreciaciones vinculadas a la valoración de la prueba.

Tal como se ha mencionado en este capítulo, siempre es posible considerar la evaluación probatoria, haciendo

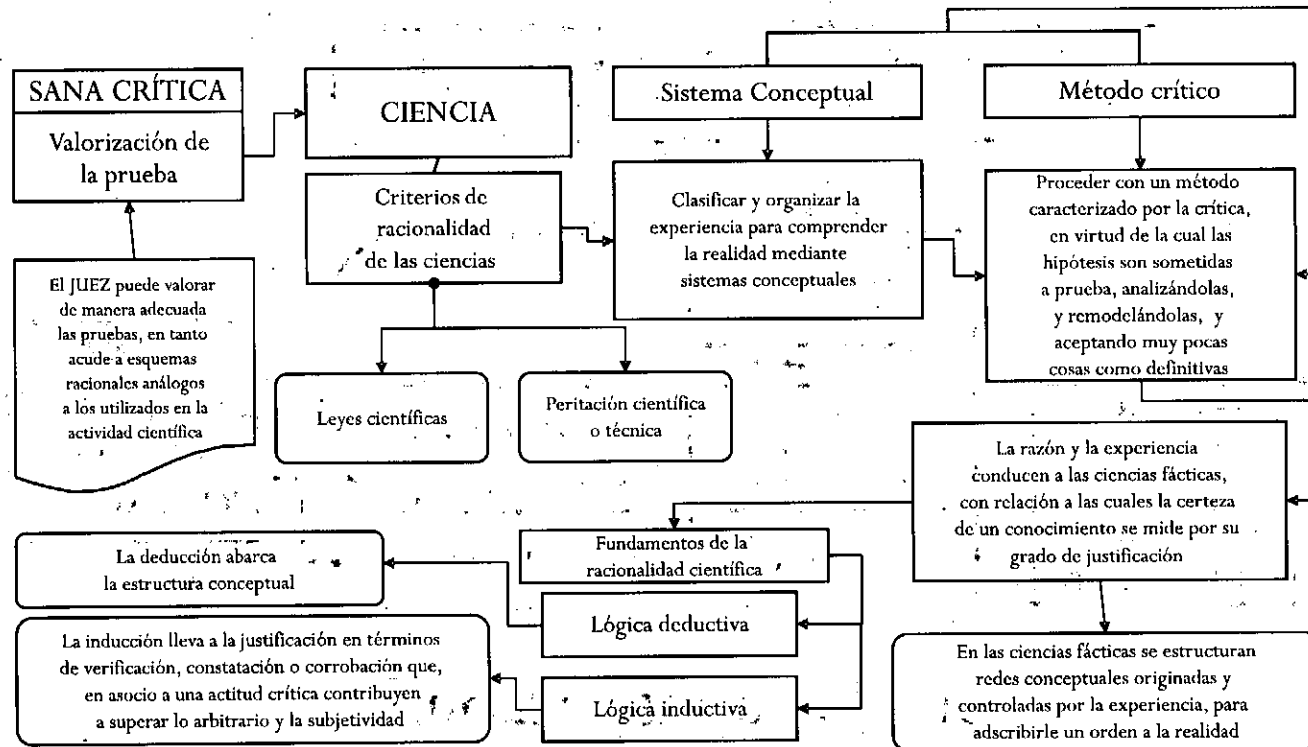
S

referencia a un conjunto de reglas de inferencia y criterios análogos a los empleados en la investigación científica, en función de los marcos conceptuales que pueden permitir la identificación de determinados hechos y el reconocimiento y formulación de problemas de orden probatorio. Este tipo de consideraciones permite disponer de buenas razones, es decir, que sean objetivamente suficientes; objetividad cuya validez no depende del punto de vista particular de una persona sino que cuenta con aspiración de corrección en general, esto es, para cualquier sujeto racional que haga parte del contexto social y cultural en el cual se efectúe la valoración respectiva; de manera que una creencia pase a considerarse como verdadera en tanto resulte racionalmente aceptable. Así, las estimaciones probatorias se encuentran íntimamente ligadas a procedimientos racionales en los cuales las decisiones se toman con base en razones que justifican, fundamentan o dan soporte a dichas decisiones.

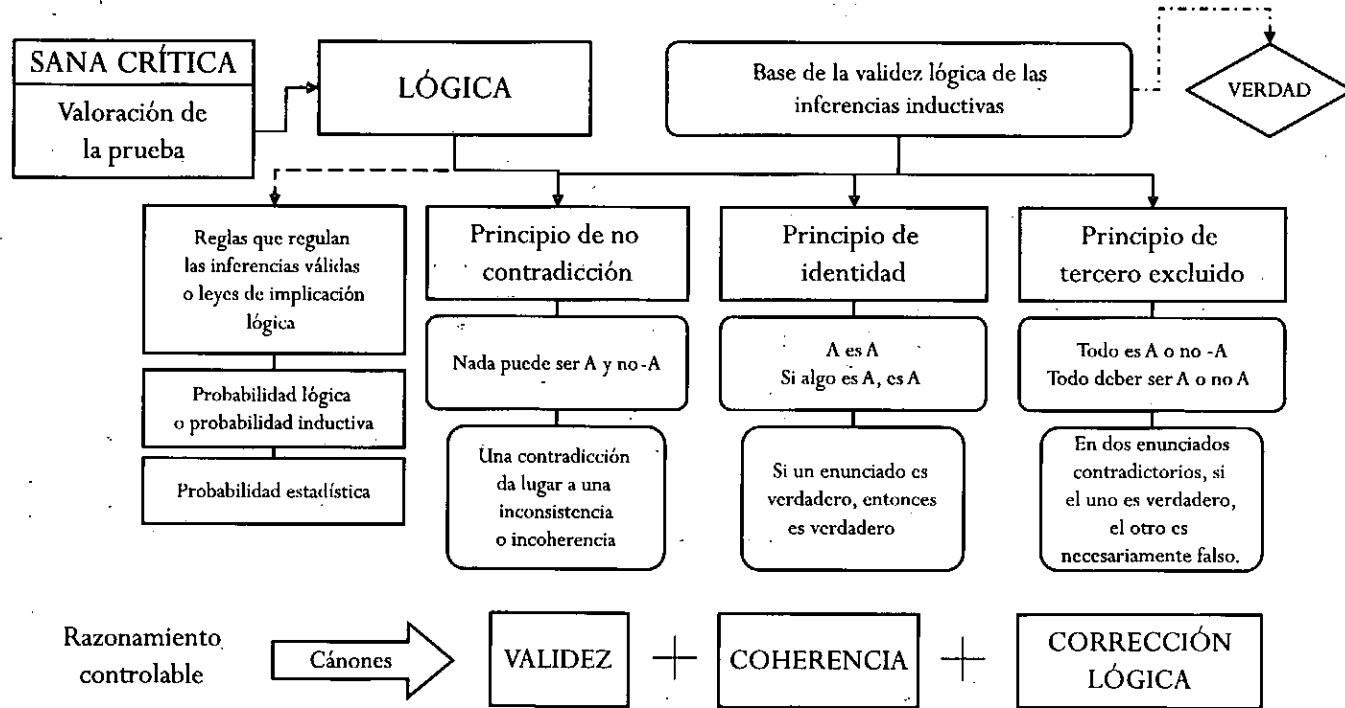
Valoración de la prueba



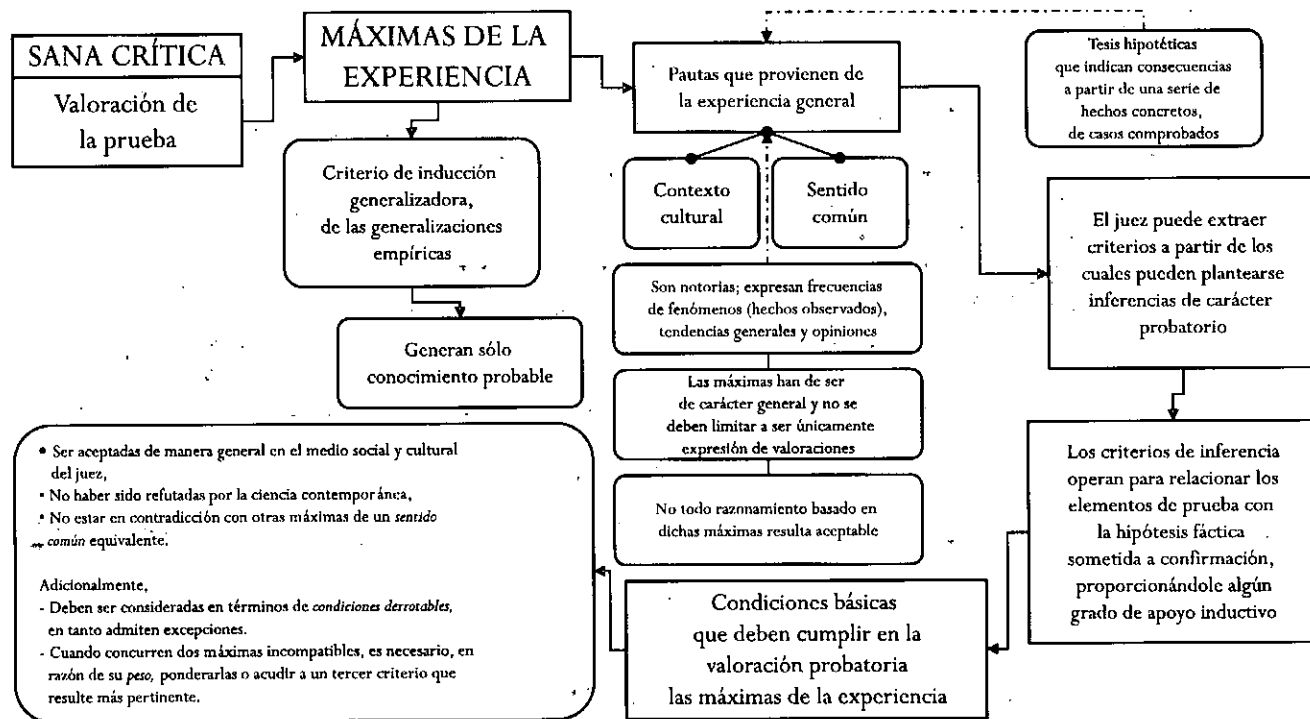
Valoración de la prueba



Valoración de la prueba



Valoración de la prueba



A continuación encontrará una serie de preguntas relacionadas con las temáticas de la unidad:

Ca

- Señale situaciones en las cuales la legislación vigente tiene prevista la aplicación de una tarifa legal probatoria.
- Indique ejemplos de evaluación probatoria que se encuentren reñidos con criterios:
 - a. Científicos
 - b. Lógicos
 - c. De máximas de experiencia
- Proponga casos considerados en su jurisdicción que consulten cada uno de los tres criterios anteriores.
- Exponga y examine la aplicación de tales criterios, en relación con cada uno de los medios de prueba.
- Seleccione y analice cinco de los casos que se encuentran relacionados al final del módulo, aplicando alguno(s) de los criterios reseñados.
- ¿Cuáles son las condiciones que deben cumplirse en relación con las máximas de la experiencia?
- Exponga casos en los cuales se puedan aplicar los principios de no *contradicción*, *identidad* y *tercero excluido*.
- ¿Qué papel y función cumplen los peritajes con relación a los elementos de la sana crítica correspondientes a la ciencia y a la experiencia?
- ¿Qué es la inconsistencia?
- ¿Por qué molestarse en evitar la inconsistencia? ¿Qué hay de malo en contradecirse?
- ¿Qué es aquello que declaramos inconsistente? ¿Qué es lo que hace posible la inconsistencia?

UNIDAD 3

RAZONAMIENTO INDUCTIVO Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA

Para decidir, hay que juzgar; para juzgar,
hay que razonar; para razonar, hay que
decidir sobre qué se razona.

Phillip Johnson-Laird

En el proceso se parte de hipótesis sobre los hechos, y mediante las pruebas se establece qué puede considerarse como la versión verdadera de los hechos, a partir de examinar las diversas hipótesis respecto de la reconstrucción fáctica. Así, la estructura racional de la determinación judicial de los hechos tiene como punto de partida la identificación de las hipótesis propuestas por las partes como descripción de los hechos principales del proceso judicial.

La ruta que se sigue, en tal sentido, parte de inferencias de carácter inductivo que permiten avanzar hacia la comprobación de la verdad de los enunciados descriptivos de los hechos relevantes. Por esta vía se llega, entonces, a la construcción de argumentaciones que, en su seno, disponen de premisas previamente confirmadas según los resultados de la valoración probatoria pertinente.

Los objetivos de la presente unidad son:



- Establecer y articular las fases correspondientes a la formulación de hipótesis fácticas, realización de inferencias inductivas conducentes a la comprobación de la verdad de los enunciados respectivos y la estructuración de argumentaciones empíricas resultantes.



- Trazar el camino que lleva de la fase de inducción, propia de la comprobación de los enunciados fácticos propuestos, hasta el tipo de argumentación que debe ser expuesto en la motivación de la sentencia.
- Discernir el lugar, papel y función del razonamiento inductivo en el examen probatorio.
- Establecer un marco general de pautas mínimas en el cual debe inscribirse el contenido básico de la justificación empírica de la decisión judicial.
- Precisar la ocurrencia del *defecto fáctico* y el *error de hecho* en la jurisprudencia.
- Establecer las características de la argumentación probatoria.

3.1 INDUCCIÓN PROBATORIA

Los planteamientos de las partes, en tanto que hipótesis, se asumen, entonces, como propuestas tentativas de respuesta a las preguntas de la investigación procesal; como intentos de explicación de algo que ha sucedido y constituye un hecho relevante. En este sentido, afirmar que una acción tiene tal causa es una hipótesis (Peña 1994: 37).

En términos generales, una hipótesis es una suposición o expectativa que se refiere a la solución del problema que debe decidirse; se expresa mediante enunciados en los cuales se afirma o se niega algo (como explicación provisional) de lo que se desprenden o se infieren consecuencias. Enunciados que se toman como sugerencias de explicaciones tentativas de carácter preliminar respecto del acaecimiento de hechos, y que se someten a prueba, considerando evidencias a favor o en contra. Por ello, una hipótesis debe formularse de manera que pueda llegarse a una decisión acerca de si explica o no los hechos que se consideran, ofreciendo una respuesta al problema que da origen a la investigación. Hasta no contarse con el enunciado de una hipótesis, no puede saberse qué debe ser objeto de constatación. Además, ha de tenerse presente que una hipótesis fáctica, como conjetura formulada

para dar cuenta de hechos, debe ser contrastable empíricamente, es decir, susceptible de ser sometida a prueba empírica, para ser confirmada o refutada. Así, se formulan hipótesis sobre hechos no percibidos y se contrastan por medio de datos acerca de hechos observables, bajo el supuesto de que éstos son concomitantes o son efectos de aquellos, toda vez que los términos de la hipótesis y la relación planteada entre ellos deben poder ser observados, es decir, deben tener referentes en la realidad.

Las inferencias judiciales correspondientes a los hechos son de carácter inductivo. El razonamiento inductivo se dirige desde lo conocido a lo desconocido, lo cual incluye la inferencia desde hechos observados a hechos inobservados. La verificación empírica tiene la forma de una inferencia inductiva que enlaza hechos “probados” del pasado y hechos “probatorios” del presente; con premisas constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión corresponde a la enunciación del hecho que se considera probado desde las premisas (Ferrajoli 1997: 129).

La prueba es, entonces, el resultado “probatorio” de la actividad que consiste en aportar elementos de juicio a favor de una determinada reconstrucción de los hechos; elementos de juicio delimitados por los medios de prueba admitidos, practicados y valorados en el proceso (Ferrer 2002: 30,38). Un hecho se da por supuesto como verdadero para servir como medio que dé lugar a la credibilidad acerca de la existencia o inexistencia de otro hecho (Bentham 2000: 9, 15).

La inducción se relaciona con las razones para aceptar una hipótesis, para afirmar que es verdadera, en tanto la aplicación del criterio de verificación empírica permite establecer la verdad de estos enunciados, recurriendo a razonamientos inductivos efectuados con base en otros enunciados empíricos, en el marco de pautas institucionales de orden procesal.

El análisis de las estructuras racionales de la determinación judicial de los hechos incluye como eje central el carácter inductivo de las inferencias relativas a establecer los hechos; razonamiento inductivo que se establece en términos de la relación entre hipótesis y elementos de prueba, y derivada de tal relación, la aceptabilidad de la hipótesis con respecto a los elementos de confirmación obtenidos. En este contexto observa Ferrajoli:

Como dijo Leibniz, “toda la forma de los procedimientos de justicia no es efectivamente sino una especie de lógica aplicada a las cuestiones de derecho”. Esta especie de lógica es la lógica inductiva. Es, por tanto, “lógico” antes que jurídico el valor normativo de los principios metodológicos de la necesidad de varias pruebas, de la posibilidad de contraprueba y del valor dirimente de las contrapruebas o de las hipótesis no desmentidas (Ferrajoli 1997: 153).

Es el grado de confirmación lo que permite considerar aceptable el enunciado tomado como hipótesis, el cual se adopta como una descripción aceptable del hecho. Al brindarle respaldo inductivo, la confirmación empírica de una hipótesis la muestra como probablemente cierta. Para ello ha de acudir a los principios de la lógica inductiva²³ que son las herramientas comunes del razonamiento práctico y, por esta razón, son importantes para cualquiera que deba tomar decisiones basadas en datos incompletos (Twining 1998: 105).

En tanto se requiere que las hipótesis sean confirmadas probatoriamente, el grado de confirmación de la hipótesis se establece en la fase de valoración de las pruebas, así como también la cuestión de qué grado de confirmación es necesario y suficiente para decidir sobre la ocurrencia del hecho. Este grado de confirmación de la hipótesis coincide con el grado de aceptabilidad de la prueba, en términos de su credibilidad racional. Si tal grado se aprecia como suficiente, se acepta la hipótesis, la cual puede ser tomada como fundamento para la decisión judicial (Taruffo 2002: 248, 260).

23 Ver Unidad 3. Argumentos inductivos. El ámbito de la probabilidad. (Bonorino y Peña (b) 2006: 69-100).

La valoración del grado de aceptabilidad corresponde, entonces, a un procedimiento mediante el cual se determina con criterios racionales el nivel de confirmación probatoria de los enunciados que expresan la hipótesis considerada; valoración que es el resultado de inferencias basadas en premisas asociadas a las circunstancias o características relativas al medio de prueba examinado, y que se apoyan en criterios científicos o técnicos, en máximas de la experiencia, en análisis de comportamientos, interpretaciones de expresiones lingüísticas, etc. En suma, se trata de la valoración racional derivada del empleo correcto de métodos racionales de análisis inferencial de los medios de prueba (Taruffo 2002: 263).

El grado de aceptabilidad de la prueba está determinado por inferencias fundamentadas en circunstancias fácticas, probadas y en criterios científicos y de experiencia o sentido común. La valoración probatoria es racional en tanto se deriva de una adecuada utilización de métodos de análisis inferencial de los elementos de prueba que lleven a determinar el grado de probabilidad con el cual es aceptable un enunciado que describe un elemento de prueba; es el concepto de probabilidad inductiva el que permite formular esquemas racionales de valoración de la prueba, basados en el grado de confirmación de las hipótesis, las cuales pueden aceptarse con diversos grados de probabilidad, mientras no resulten refutadas en virtud del acervo probatorio disponible.

El concepto de fuerza inductiva está esencialmente ligado a la noción de probabilidad: en un argumento inductivamente fuerte hay una alta probabilidad de que la conclusión resulte verdadera si las premisas son verdaderas. Así, la probabilidad inductiva o probabilidad lógica mide la fuerza inductiva de un argumento, entendida como el grado de apoyo que las premisas otorgan a la conclusión. Se trata de un concepto relativo al fundamento que se aporta en las premisas; con tal concepto se expresa la relación que existe entre las premisas y la conclusión. Cuando aplicamos la expresión “muy probable”, por ejemplo, no

se hace referencia a la conclusión del argumento (entendida como un enunciado aislado) sino a la relación que se establece entre los enunciados que cumplen la función de premisas y el que ocupa el lugar de la conclusión. Se puede tomar como ilustración el siguiente ejemplo:

- (1) El 96 por ciento de las personas nacidas en Italia son amantes de la pasta.
- (2) Sofía es una persona nacida en Italia.
- (C) Sofía es amante de la pasta.

A pesar de que a veces nos expresamos de esta manera, no es correcto decir “es muy probable que Sofía sea una amante de la pasta”, pues puede llevarnos al error de creer que la probabilidad inductiva se predica de ese enunciado por separado. Lo que decimos cuando evaluamos un argumento inductivo como éste, es en realidad: “El enunciado ‘Sofía es amante de la pasta’ es muy probable teniendo en cuenta el soporte o apoyo que aportan las premisas del argumento”. Si cambiamos el conjunto de premisas de referencia, la probabilidad inductiva puede aumentar o disminuir.

Si representamos las premisas de cualquier argumento inductivo con la letra P y su conclusión con la letra C, puede expresarse de manera abreviada: “La probabilidad inductiva de C, dado P, es muy alta”. Es decir,

$$\text{Pr} (C/P) = X$$

Esta fórmula se lee: “La probabilidad inductiva de C -la conclusión del argumento- dado P -sus premisas- es X”. Con “X” representamos el valor que mide el grado de apoyo que las premisas le brindan a la conclusión. “X” puede expresarse en términos cualitativos como “alta”, “baja”, “muy alta”, “muy baja”, o “escasa”. Cabe anotar que este tipo de estimación cualitativa es de empleo generalizado en los asuntos cotidianos, en el ámbito judicial y en las ciencias empíricas.

De otra parte, una cadena de inferencias se puede analizar como una serie de pasos (fundamentados en criterios) que parten de premisas probatoriamente justificadas, es decir, con respecto a las cuales pueda predicarse la confirmación racional de un enunciado referido a un hecho. Es a partir de la cadena o serie de inferencias que el elemento de prueba pasa a ser la premisa o justificación de que resulte aceptable la afirmación sobre un hecho. Todo ello hace que la prueba se ubique en el ámbito de la racionalidad y la lógica.

Un buen ejemplo de lo expuesto es la situación correspondiente a la prueba de enunciados que hacen referencia a la intención de un sujeto; como no se puede observar la intención, ésta debe inferirse de otros elementos observables que aparezcan acreditados en el proceso judicial. Una exposición que se detiene a considerar diversos aspectos y fases relacionados con la correspondiente cadena inferencial inductiva como puede ser consultado en el texto de Filosofía del Derecho (Bonorino y Peña (a) 2006: 93-100).

Una hipótesis se considera confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas, de modo que se configure una razón para su aceptación. La confirmación corresponde a una inferencia en virtud de la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que las conecta con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de ésta. El grado de confirmación de una hipótesis es equivalente a su probabilidad inductiva.

La probabilidad inductiva de una hipótesis aumenta o disminuye con:

- el grado de probabilidad de las regularidades, generalizaciones empíricas o máximas de experiencia de las cuales se parte;
- la cantidad y variedad de las pruebas confirmatorias (ver Bonorino y Peña (b) 2006: 95);
- la extensión de la cadena inferencial seguida, en la cadena de confirmación; debe tenerse presente el número de pasos inferenciales, como pasos intermedios que separan la hipótesis de las

- pruebas que la confirman; el número de eslabones intermedios de la cadena debe ser considerado a efectos de establecer la fuerza probatoria de la relación entre los hechos vinculados probatoriamente (Bentham 2000: 244);
- la calidad de las pruebas que la confirman; la calidad puede establecerse, por ejemplo, cuando varios testigos que no se conocen entre sí, y sin interés presumible en el proceso, coinciden en afirmar que fueron proferidas amenazas de muerte dirigidas a la víctima, por parte del inculpado. (Gascón 2004: 179-181).

Ahora bien, para que una hipótesis se acepte es necesario que no sea refutada por las pruebas disponibles. El sometimiento a refutación de las hipótesis es la “prueba de fuego” para poder aceptarlas (Gascón 2004: 184). Es de advertir que la refutación empírica de una hipótesis puede lograrse mediante la regla deductiva del *modus tollens*, mediante la cual se puede inferir válidamente la falsedad de la premisa desde la falsedad comprobada de la conclusión (Bonorino y Peña (b) 2006: 52-53).

- (Premisa 1) Si la hipótesis es verdadera, entonces hay una consecuencia determinada.
- (Premisa 2) No se da tal consecuencia.
- (Conclusión) La hipótesis no es verdadera

En consecuencia, una hipótesis no ha sido refutada en tanto las pruebas disponibles no la contradicen, es decir, no se cuente con “contrapruebas”, o éstas ya han sido, a su vez, rebatidas. Este criterio general de refutabilidad corresponde procesalmente al principio de contradicción, en virtud del cual las pruebas deben siempre ser susceptibles de ser controvertidas por las partes:

Identificadas las hipótesis fácticas a considerar y el acervo probatorio disponible, se distinguen tres fases:

- Comprobación de las hipótesis, en la cual se procede a examinar las pruebas que se aducen para sustentar las tesis de la demanda o de la acusación²⁴. Si no hay prueba alguna que confirme la hipótesis, ésta se descarta y no hay necesidad de proseguir.
 - Cuando hay pruebas que apoyan la hipótesis se pasa a la fase de falsación, que consiste en analizar las pruebas aducidas para refutar la hipótesis. Si se establece la refutación, se prescinde de la hipótesis evaluada.
 - Si la hipótesis supera el intento de falsación, pero se cuenta con una hipótesis alternativa que no ha sido refutada, puede considerarse admisible la hipótesis más probable.
- (Igartúa 2003: 146)

En todo caso, la decisión sobre los hechos debe partir de un análisis de lo aportado por cada uno de los medios de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las inferencias que se fundamentan en cada medio de prueba (Taruffo 2002: 307). Así, es ineludible un análisis que consiste en la valoración individualizada de todas las pruebas practicadas, la cual debe incluir los criterios de valoración utilizados, las inferencias correspondientes y el resultado de la valoración. Todo ello ha de comprender tanto las pruebas referidas a un hecho principal, como las referidas a la comprobación de un hecho secundario, cuando corresponda a una premisa respecto de una inferencia orientada a establecer la ocurrencia de un hecho principal (Gascón 2004: 225-227).

El análisis de cada uno de los medios probatorios supone la identificación y descripción de las pruebas que van a valorarse, lo cual se debe expresar en la argumentación probatoria de la motivación, a efectos de que las partes puedan saber (y otras instancias controlar) si se tienen en cuenta pruebas no admitidas por la Ley, si se consideran pruebas que no constan en el proceso, si se altera una prueba (por ejemplo al cambiar el sentido de un testimonio), si se asume como

24 *Actori vel accusatori incumbit probanda*

válida una prueba no sometida a contradicción, si se omiten pruebas decisivas, etc. (Igartúa 2003: 152-153). Además, la individualización de las fuentes y los medios de prueba es requisito indispensable para el examen valorativo.

El artículo 187 del C. de P. C. exige contar con razones para la asignación del mérito que se le asigne a cada prueba. Tal exigencia también incluye, por supuesto, a las pruebas que no respaldan la reconstrucción de los hechos que termina siendo aceptada en la decisión judicial, es decir, también debe contarse con el examen razonado de las pruebas que han sido propuestas como fundamento de la hipótesis que resulta derrotada, lo cual no puede ignorarse en la argumentación probatoria.

El art. 187 del C. de P. C. dispone que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de modo que, a partir del análisis y valoración de cada medio probatorio, la decisión final se configura como el resultado de una combinación basada en las pruebas concretas, en una valoración conjunta que opera como síntesis de los resultados de las valoraciones individuales, los cuales deben articularse en un contexto unitario que, al ser globalmente valorado, determina la decisión final (Taruffo 2002: 307, 308).

La valoración conjunta no viene en lugar, sino después de la evaluación singularizada de los medios de prueba, con el objeto de ponderar el valor probatorio de todas las pruebas consideradas globalmente. La valoración individualizada de las pruebas y la valoración conjunta se necesitan recíprocamente. No tiene sentido una síntesis en materia de evaluación probatoria si previamente no se parte del análisis de cada uno de los distintos elementos que forman el conjunto²⁵, como tampoco se puede otorgar una fiabilidad definitiva a cada fuente

25 En contraste con lo mencionado, señala Igartúa “[...] todavía hoy nos sorprenden sentencias en las que la declaración de «hechos probados» se fundamenta en que “así resulta de la prueba practicada... en relación a las demás diligencias obrantes en autos”, sin que sepamos en que ha consistido la prueba ni las diligencias de referencia. Del mismo troquel salen sentencias con un único fundamento como éste: «Que

de prueba con independencia de la atribuida a las demás. Una vez asignada a cada prueba su grado de probabilidad, es la coordinación de las pruebas lo que lleva a establecer si se cuenta con una versión o reconstrucción fáctica que sea compatible, en términos de consistencia y congruencia probatoria, respecto de los hechos.

Sobre este tema, la Corte Constitucional se pronunció en el sentido que se destaca en seguida:

Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.

La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificada-mente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual -contra su misma esencia- no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.

La Corte debe reiterar:

“...el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circuns-

por el conjunto de la prueba practicada ha quedado plenamente acreditado que...»
(Igartúa 2003: 149)

tancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Tal irregularidad implica violación del debido proceso (artículo 29 C.P.) e impide que la parte afectada acceda materialmente a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Lo que se tiene entonces es un acto judicial arbitrario que, en caso de dolo, podría configurar prevaricato.

[...]La vía de hecho resulta patente, pues no solo dejaron de ser apreciadas las pruebas -y de manera absoluta- sino que el fallador, olvidando su propio y ostensible descuido al declarar subsanadas las inconsistencias iniciales de la demanda, desconoció que la parte pasiva del litigio aportó los certificados que acreditaban el parentesco de XXX y sus hijas, según consta en el escrito de contestación de la demanda, y convirtió en trascendental un requisito que, para los fines del Derecho sustancial -la definición acerca de la paternidad de YYY respecto de ZZZ- era totalmente formal e irrelevante.

Abiertamente vulneró el Juez el mandato contenido en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 1º, mod. 134, del Decreto 2282 de 1989, a cuyo tenor en la sentencia deberá efectuarse el examen crítico de las pruebas, de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones²⁶.

26 Corte Constitucional, Sentencia T-329 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

3.2 EL DEFECTO FÁCTICO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La Corte Constitucional ha determinado la procedibilidad excepcional de la acción de tutela por desbordamientos en la actuación judicial, postura que viene siendo reiterada como puede verse, entre otras, en la Sentencia T-183 de 2006:

Recientemente, en sentencia C-490 (sic) de 2005²⁷, la Corte Constitucional consideró que como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales. Lo anterior, en virtud del hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; por el valor de cosa juzgada, por la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, por el principio de la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático. Sin embargo, para la Corte, lo anterior no se opone a que en ciertos y excepcionales casos, cuando se presentan los requisitos de procedencia y procedibilidad de la tutela, que la misma Corporación ha establecido, sea posible la interposición y estudio de fondo de la acción de amparo contra una decisión judicial.

Dentro de estos requisitos la Corte Constitucional ha distinguido unos de procedencia de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de procedibilidad de carácter específico, que tocan con el análisis del fondo mismo del amparo.²⁸

Para esta Corporación, al examinar un fallo por alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela, el juez constitucional

27 El número correcto de sentencia es C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que establecía la improcedencia de recursos frente a las sentencias de casación.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-183 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. También puede consultarse la Sentencia T-066 de 2005.

debe limitarse a constatar la existencia de la situación irregular, que en el tema que nos ocupa debe estar referida a un *defecto fáctico*, y adoptar las medidas tendientes a la protección de los derechos fundamentales por medio de las cuales se ordena al fallador enmendar el error en el que incurrió, sin que con ello se pretenda sustituir al juez de la causa con una definición de fondo sobre el litigio, como pretender hacer una valoración de la pruebas o convertirse en una instancia adicional de decisión. Al respecto, resulta pertinente destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que señala los límites de competencia del juez de tutela para corregir una vía de hecho, aplicable a situaciones en que se detecte un *defecto fáctico*:

[...] escapa de la órbita de la competencia del juez de tutela, no obstante la argumentación de la violación de derechos fundamentales de las personas, ejercer una valoración de los medios de prueba tal y como le correspondería efectuar al juez de la causa. El análisis que debe realizarse en la sede de tutela, no se compara con los alcances de las potestades de los jueces para la práctica y valoración de los medios de prueba dentro de un proceso en especial, ni para concluir sobre la conducencia de los mismos para la demostración de los hechos en discusión. El juez de tutela cumple con la función de verificar si en la decisión pertinente se evidencia una irregularidad protuberante con las características de una vía de hecho. De advertirla, emite las órdenes con los parámetros constitucionales que sean necesarios para que el juez natural enmiende el error en que se incurrió con violación del ordenamiento superior. Pero asumir la causa por cuenta propia, practicar las pruebas y definir la cuestión litigiosa mediante un análisis a fondo de cada hecho debatido en los procesos ordinarios o especiales, se muestra más bien como un acto igualmente arbitrario e invasivo de la competencia de otras autoridades, que quebranta el ordenamiento superior, que aquel que se examina y enjuicia...²⁹.

29 Corte Constitucional, Sentencia SU-132 de 2002, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Luego de los criterios que se han destacado en las citas jurisprudenciales anteriores, resulta pertinente advertir que la Corte Constitucional ha tenido un importante desarrollo de reglas jurisprudenciales en torno a las *causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*³⁰, dentro de las cuales se cuenta el **defecto fáctico** como un requisito especial de procedibilidad; cuyo examen por parte del juez de tutela es posible si se cumplen una serie de condiciones³¹ dentro de las cuales se mencionan las siguientes:

- Si se trata de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la decisión judicial que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. Sin embargo, *“de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591 de 2005, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio”*³²,

30 La Corte Constitucional, aunque en sus inicios se refería a la expresión vía de hecho, en Sentencias T-016 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-958 de 2005 (M.P.: Humberto Sierra Porto) y T-902 de 2005 (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra) destaca como evolución jurisprudencial hablar de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando se configure por lo menos uno de los eventos que se mencionan a continuación: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto; (iii) **defecto fáctico**; (iv) defecto sustantivo o material; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución. Sobre requisitos y causales de procedibilidad de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales, pueden consultarse entre otras las Sentencias C-590 de 2005, T-958 de 2005, T-462 de 2003, T-949 de 2003 y T-774 de 2004; T-902 de 2005, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-774 de 2004, T-1031 de 2001, T-949 de 2003. En relación con la vía de hecho judicial se recomienda la lectura del texto *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano*, en especial el apartado dedicado a la Tutela contra actos u omisiones de carácter judicial (Botero 2006: 59-82).

31 Corte Constitucional, Sentencias T-958 de 2005, y C-590 de 2005.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

- Debe identificarse la existencia del defecto fáctico que incidió en la decisión judicial atacada.

Ante la presencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, para la Corte Constitucional procede la acción de tutela por violación de la Constitución y afectación de derechos fundamentales, en virtud de evidentes y determinantes problemas relacionados con el soporte fáctico de la decisión judicial; los cuales pueden consistir en alguna de las siguientes situaciones:

- (i) un medio probatorio que determina el sentido de un fallo no ha sido considerado en la decisión; (ii) se presenta una ausencia absoluta y definitiva de pruebas; [o] (iii) la providencia está afectada por una incongruencia evidente e incuestionable entre los hechos probados y el supuesto jurídico o de la violación considerable del procedimiento³³.

El defecto fáctico se presenta “...cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión [...]”³⁴, con lo cual resulta evidente y manifiesto que la decisión judicial constituye una vía de hecho. Este tipo de falla judicial puede provenir de un acto voluntario del juez o por negligencia, descuido o desidia que signifique una clara desviación de normas constitucionales y legales, dando lugar a una violación del debido proceso³⁵ y del acceso a la administración de justicia, entre otros derechos fundamentales que puedan resultar conculcados. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-902 de 2005 en el siguiente sentido:

33 Corte Constitucional, Sentencia T-109 de 2005, M. P. Ver además, Sentencias T-235 de 2004, T-461 de 2003, T-960 de 2003, T-996 de 2003, SU 132 de 2002, SU 159 de 2002, T-550 de 2002, T-450 de 2001, T-526 de 2001, T-1001 de 2001, T-213 de 2000.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

35 Corte Constitucional, Sentencia T-564 de 2005. M. P. Jaime Araujo Rentería.

Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, “*inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)*”³⁶, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “*la adopción de criterios objetivos*”³⁷, no simplemente supuestos por el juez, *racionales*³⁸, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y *rigurosos*³⁹, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.^{40 (41)}

En el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se han identificado dos *dimensiones* del defecto fáctico, así:

1. *Lá dimensión negativa* del defecto fáctico “...ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa”⁴²

36 Cfr. Sentencia T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

37 Cfr. Sentencia SU-1300 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

38 Cfr. Sentencia T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

39 Cfr. Sentencia T-538 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

40 Corte Constitucional, SU-157-2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

41 Cita tomada de la Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra (negritas y cursivas del texto).

42 Corte Constitucional, Sentencias T-567 de 1998 y T-442 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

*u omite su valoración⁴³ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.⁴⁴ Esta dimensión comprende las **omisiones en la valoración de pruebas determinantes** para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez⁴⁵.” (46).*

El juez tan sólo está autorizado para negar la práctica o la valoración de pruebas cuando éstas resulten de manera evidente ineficaces, inconducentes, impertinentes, superfluas o ilícitas, negativa que debe sustentarse en un análisis objetivo que sea de conocimiento de las partes procesales⁴⁷.

2. El defecto fáctico en su **dimensión positiva** “...se presenta generalmente cuando el juez **aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.**^{48”} (49)

43 Cfr. Sentencia T-239 de 1996 M. P. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

44 Ver Sentencia T-576 de 1993.

45 Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

46 Corte Constitucional, Sentencias T-958 de 2005 y T-902 de 2005 (negrilla fuera del texto original).

47 Corte Constitucional, Sentencias SU-132 de 2002, T-393 de 1994.

48 Corte Constitucional, Sentencia T-538 de 1994.

49 Corte Constitucional, Sentencia T-958 de 2005. M .P. Humberto Antonio Sierra Porto (negrillas fuera del texto original).

De otra forma, el mismo juez constitucional ha clasificado *tres tipos de defecto fáctico* que convierten una providencia judicial en una vía de hecho, los cuales comparten la condición de que las *pruebas* respecto de las cuales se predique el *defecto fáctico*, deben ser *determinantes* o tener la capacidad inequívoca de sustentar o modificar la decisión judicial:

1. **Defecto fáctico por la omisión en el decreto y práctica de pruebas.** Se presenta cuando “...el funcionario judicial omite decretar y practicar las pruebas conducentes y pertinentes para adoptar la decisión, teniendo como consecuencia impedir la adecuada conducción del proceso, respecto de algunos hechos demostrables para la solución del asunto que se debate.”⁵⁰
2. **Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.** Consiste en que “...el funcionario judicial cuenta con los elementos probatorios, pero omite considerarlos, no los tiene en cuenta para fundar la decisión respectiva y, analizado el caso concreto, el juez de tutela concluye que de haberse realizado su valoración, la determinación variaría sustancialmente”⁵¹
3. **Defecto fáctico por la valoración defectuosa del material probatorio.** En este caso “...la autoridad pública actúa en contra de la evidencia probatoria, se separa de los hechos probados y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico que se debate.”⁵² En esta hipótesis cabe la incongruencia entre lo probado y lo decidido, la inaplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita o la valoración de la prueba nula de pleno derecho obtenida con violación del debido

50 Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 2003. Sobre esta clase de defecto pueden verse, entre otras, las Sentencias T-958 de 2005, SU-132 de 2002, T-526 de 2001, T-488 de 1999.

51 Ibidem. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este tipo de defecto fáctico en las Sentencias T-902 de 2005, T-199 de 2005, T-039 de 2005, T-814 de 1999, T-239 de 1996, T-442 de 1994.

52 Ibidem.

proceso, cuando éstas han incidido directamente en el fallo judicial que se ataca.⁵³

Como complemento de lo anterior, debe tenerse en cuenta lo sostenido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-183 de 2006:

[...] la Corte ha fijado los parámetros dentro de los cuales puede hablarse de defecto fáctico, toda vez que no constituye una vía de hecho la simple divergencia sobre la apreciación probatoria.

En este sentido, tratándose de la vía de hecho por defecto fáctico, esta Corporación ha reconocido que tanto la Constitución como la ley, le reconocen al juez la libertad para valorar las pruebas de acuerdo con la lógica, el sentido común y, fundamentalmente, las reglas de la experiencia⁵⁴. Sin embargo, dicha apreciación debe ser razonada, razonable y proporcional, en aras de evitar un análisis caprichoso, arbitrario y subjetivo, contrario al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Para esta Corporación, si la interpretación del fallador no resulta irrazonable, ni pugna con la lógica jurídica, ni es abiertamente contraria a la realidad fáctica, no podría hablarse de vía de hecho por defecto fáctico. En sentencia T-639 de 2003⁵⁵ la Corte Constitucional afirmó:

“Uno de los yerros en que puede incurrir una providencia judicial es el defecto fáctico. Tal vicio se configura cuando no existe el sustento probatorio necesario para adoptar la decisión, por la falta de apreciación del material probatorio anexado al expediente o, simplemente, por un error grave en su valoración otorgándole una legalidad de la

53 Sobre este tipo de defecto fáctico pueden consultarse, entre otras, las Sentencias SU-159 de 2002, T-450 de 2001, T-567 de 1998, T- 538 de 1994, T-576 de 1993.

54 Dispone la norma en cita: “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de dichos actos.// El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”. (C.P.C. art. 187)

55 M. P. Clara Inés Vargas. En esta oportunidad la Corte declaró una vía de hecho en proceso ordinario de nulidad de promesa de compraventa, por considerar y valorar documentos que se allegaron con el recurso de apelación y habían sido desestimados en auto anterior.

cual no está revestida. Sobre este punto la Corte aclara que la jurisdicción constitucional, por vía de tutela, no es competente para resolver la controversia litigiosa de los procesos, por lo que en materia probatoria la revisión que efectúa el juez de tutela es muy limitada: su valoración se restringe a encontrar el error que alega el accionante y disponer los correctivos pertinentes. Cuando se pretende aducir un posible vicio fáctico a una decisión judicial, ya sea por inexistencia, insuficiencia o irrelevancia en el material probatorio que la sustenta, se debe acreditar que dicha decisión es ostensiblemente irregular, donde el fallador antepuso el error por encima de los criterios que objetiva y razonablemente arrojan los medios de prueba para el asunto en concreto. En consecuencia, el comportamiento del juez que incurre en un defecto fáctico da lugar a una violación del derecho al debido proceso, a la igualdad de las partes ante la ley procesal, al acceso efectivo a la administración de justicia, así como a obtener un trato imparcial de quien dirige el proceso”.

Esta posición fue reiterada sentencia T-673 de 2004⁵⁶ en donde se señaló:

“Para la prosperidad de la acción de tutela por vulneración del debido proceso en materia probatoria la equivocación judicial debe ser protuberante, ostensible, de tal magnitud que para establecerla sea suficiente la simple observación del expediente sin necesidad de esforzados razonamientos para llegar a tal conclusión. [...]

En este orden de ideas, esta Corporación ha sostenido que el ejercicio de la sana crítica es razonable cuando se ajusta a los fines, valores, principios y derechos que emanan de la Carta Fundamental⁵⁷, razón por la cual, el sistema de libre apreciación no puede conducir: (i) ni al exceso de formalismo; (ii) ni a la falta de valoración de las pruebas desconociendo su obligación de apreciarlas en conjunto, verbi gracia, (a) ignorando la existencia de alguna, (b) omitiendo su

56 M. P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad el actor alegaba vía de hecho por ausencia de material probatorio en la condena impuesta por peculado.

57 Sentencia T-974 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil. En esta oportunidad se declaró la existencia de una vía de hecho por ignorar manifiesta y ostensiblemente una prueba, cuya valoración tenía la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo, al otorgarle a la oponibilidad mercantil un efecto sancionatorio no previsto en el ordenamiento procesal.

valoración o (c) no dando por probado un hecho o circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente. Lo anterior, conduciría a un desconocimiento de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

Conforme a esta argumentación, es posible concluir que para que se produzca una vía de hecho por error fáctico, (i) debe tratarse de errores manifiestos u ostensibles de valoración y; además, (ii) dicha prueba debe tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo⁵⁸.

La intervención excepcional del juez constitucional contra providencias judiciales por alguna de las causales de procedibilidad definidas por línea jurisprudencial, ha puesto de presente la tensión que resulta entre el principio de *autonomía e independencia de las decisiones judiciales* previsto en el artículo 228 de la Constitución, la *seguridad jurídica* que presupone la cosa juzgada y, la *protección y eficacia de los derechos fundamentales*, frente a lo cual la Corte Constitucional ha resuelto mantener el criterio de que el juez de tutela debe intervenir en la revisión de la actuación de hecho de la autoridad judicial para hacer efectivo el respeto de los derechos fundamentales y del derecho sustancial (Carta Política, art. 228), para evitar o corregir los eventuales desbordamientos de la actividad jurisdiccional del Estado, como sucede ante la evidencia de un defecto fáctico en el fallo judicial. Para la Corte Constitucional, la protección de los derechos fundamentales es una manifestación inequívoca de defensa de la Constitución; ya que el ejercicio de la actividad judicial, en particular, la discrecionalidad en la dirección del proceso y la *libertad de apreciación probatoria* de las que goza el juez no supone ni puede pasar por alto en modo alguno el quebrantamiento del orden jurídico constitucional ni legal, pues en sí mismos éstos representan el límite de la autonomía judicial⁵⁹.

58 Corte Constitucional, Sentencia T-183 de 2006, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

59 Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005 y T-315 de 2005.

3.3 EL ERROR DE HECHO EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sobre la consideración inadecuada u omisión en la valoración de pruebas, resultan de gran interés las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia que a continuación se citan.

De una parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al *error de hecho* y al *de derecho* en los siguientes términos:

[...] en materia de casación laboral ... si bien ambas modalidades de yerro se caracterizan por tener que ver con el aspecto probatorio del proceso, cada una de ellas constituye un medio autónomo e independiente a través del cual se puede infringir la ley sustancial, con significado, características y tratamiento totalmente disímiles.

Así, el numeral 1° del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, los define y diferencia claramente al decir que hay "*error de derecho* en la casación del trabajo, cuando se haya por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo", al paso que el *error de hecho* consiste en un equivocado juicio, producto de la apreciación o falta de apreciación de las pruebas⁶⁰.

La Sala Laboral de la Corte, en otro pronunciamiento, diferencia conceptualmente tales errores, así:

(El) *error de hecho*... (en) casación laboral, (...) ocurre por un razonamiento equivocado del juzgador en su actividad probatoria, que lo lleva a encontrar probado lo que no está demostrado y a no dar por acreditado lo que sí está establecido en el expediente, y ello como consecuencia de la falta de apreciación o la valoración errónea de una prueba calificada; en cambio el *error de derecho* se configura cuando el fallador da por comprobado un hecho con un medio de

60 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 13 de febrero de 2004, proceso 21946. M. P. Eduardo López Villegas (negritas fuera del texto original).

convicción cualquiera a pesar que el legislador exige para su demostración una prueba solemne, o cuando no ha apreciado, debiendo hacerlo, un elemento probatorio de esa naturaleza, que es condición para la validez sustancial del acto que contiene⁶¹.

No sobra advertir que la Sala Laboral establece que se daría el error de hecho *“solo si de los medios probatorios que tuvieron fuerza de persuasión en el sentenciador o de las dejadas de apreciar, surgiera incontra-blemente que la verdad del proceso es distinta a la que entendió el juez.”*⁶²

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia plantea la diferenciación entre el *error de hecho* y el *error de derecho* en el pronunciamiento que citamos a continuación:

[...] la violación de una norma de derecho sustancial también puede ocurrir como consecuencia de un *yerro de hecho* manifiesto en la apreciación de ... determinada prueba o por *error de derecho* por quebranto de una norma probatoria, es claro que cada una de tales falencias tiene sus propios perfiles absolutamente definidos [...] pues en tanto que el *dislate fáctico* tiene lugar cuando el juzgador da por establecido un hecho sin que exista prueba del mismo –suposición-, o no lo da por evidenciado no obstante obrar en el proceso probanza idónea de él –preterición-, el *yerro de jure* se tipifica en aquellos eventos en que pese a haber examinado la prueba en su materialidad exacta, quebranta las pautas de disciplina probatoria que regulan su admisión, práctica, eficacia o apreciación, es decir, al “paso que el de hecho atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho, el error de derecho parte de la presencia indiscutible de la probanza en autos y concierne al mérito legal que el juzgador le atribuye o le

61 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 19 de mayo de 2004, proceso 22040. M. P. Fernando Vásquez Botero (negrillas fuera del texto original). Para consultar definición del error de hecho, ver la Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Rad. 27116.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 9 de septiembre de 2004, proceso 23142. M. P. Luis Javier Osorio López.

niega, en contravención a los preceptos de la ley sobre pruebas”(G. J., t. LXXVIII, pag.313).⁶³

En relación con el *error de hecho*, la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, expresa de manera sucinta que:

[...] la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos, o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición), y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica que la prueba muestra y que el Tribunal, contra lo que era de esperarse, no vio⁶⁴.

En otro fallo, al referirse a esta modalidad de valoración inadecuada de pruebas, la misma Sala de la Corte señala:

Mientras la conclusión de la sentencia no se torne en ilógica o abruptamente contradictoria con la realidad procesal, ni sea arbitraria o atentatoria del sentido común, aquella se impone y debe mantenerse, no obstante que la apreciación conceptual respecto de los hechos y su prueba pueda ser mejorada en un juicio más severo o de mayor contenido jurídico, pues éste en sí mismo no es suficiente para los efectos de la casación pretendida.

Sobre el particular ha expresado la Corte que, “como es sabido, el yerro de hecho en la ponderación probatoria ha de ser manifiesto o evidente, según lo exige el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, lo cual significa que en orden a demostrarlo debe surgir de modo palmario, al punto que, por ser tan claro, a simple vista mues-

63 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC-075 del 14 de junio de 2006. M. P. Cesar Julio Valencia Copete (negrillas fuera del texto original). Sobre el *error de derecho* también puede consultarse la Sentencia SC-057 del 13 de abril de 2005, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

64 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC-083 del 20 de junio de 2006. M. P. Edgardo Villamil Portilla. En el mismo sentido puede se consultar la Sentencia SC-080 de 2006, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

tre un enorme desacierto que repugne al sentido común, de suerte que no surgirá o no tendrá incidencia el que para llegar a ubicarlo sea menester emplear ‘esforzados o complicados razonamientos’ (G.J. t, CXLII, pag. 245; CXLVII, pag 37; CXXXIV, pag 146). Por tanto, no sería dable invalidar la apreciación del Tribunal, aun cuando el impugnante ensaye una distinta interpretación en torno a la manera como debió ser ponderada la prueba, y ni siquiera en el evento en que la Corte alcance a tener un criterio diverso al del sentenciador, debido a que en esta hipótesis, al admitir determinado suceso varias apreciaciones que no riñen con la razón, en nada se afecta la conclusión de hecho deducida en el fallo” (Sentencia de 24 de febrero de 2003, no publicada aún oficialmente).

En cuanto hace a la apreciación probatoria, y de acuerdo con los principios generales reseñados, debe entenderse que *el error de hecho proveniente de la indebida apreciación de los medios de convicción por suposición de su contenido*, que parece ser el fundamento de las acusaciones aquí consignadas, exclusivamente logra configurarse si se demuestra que el único sentido interpretativo que permite el elemento de juicio atacado es el que plantea el recurrente. Contrariamente, si la conclusión fáctica respaldada en las pruebas analizadas en la sentencia corresponde a una argumentación lógica, razonada y posible, no se estructura el error de hecho denunciado, ya que en tal evento no aflora la certeza del desacierto que se le atribuye por el recurrente a la providencia que combate⁶⁵.

Con posterioridad, la Sala Civil de la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

Establece el inciso 2°, numeral 1°, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil que la violación de una norma de derecho sustancial también puede ocurrir como consecuencia de un error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba, y el artículo 374 ibídem exige para tal evento que el recurrente lo demuestre, en orden a lo cual ha de verse que el yerro de ese talante tiene lugar cuando el sentenciador da por establecido un hecho sin que

65 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: Sentencia del 14 de agosto de 2003, exp. 6899. M. P. César Julio Valencia Copete.

exista prueba del mismo -suposición-, o no lo-da por evidenciado no obstante obrar en el proceso prueba idónea de él -preterición-, comprendiendo el primer evento los casos de adición, o sea cuando se le hacen agregados al contenido material de la prueba, y el segundo, el cercenamiento, las mutilaciones de su contenido objetivo. Como en forma reiterada lo ha precisado la Corte, el error de facto tiene como punto de referencia la objetividad del medio de prueba, por lo que desde la perspectiva técnica el cargo planteado debe poner de presente, "por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por otro, el texto concreto del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entrambos y que esa disparidad es evidente"(casación de 13 de octubre de 1995, no publicada aún oficialmente), toda vez que, como ya se precisó, esta especie de error debe ser manifiesto, es decir, protuberante, de forma tal que aparezca a simple vista, para cuya determinación no resulte menester realizar complicados esfuerzos analíticos, y además debe ser trascendente, esto es, determinante de la decisión ilegal.

(...)ha de recordarse cómo, por el sólo hecho de no estudiar algunas pruebas o no citarlas, esta preterición per se no viene a constituir error manifiesto de hecho, salvo, por supuesto, cuando de haberla visto su percepción condujera a una determinación final que fuera diferente a la tomada por el fallador; contrario sensu, si pese a esa pretermisión la decisión adoptada en la sentencia continúa siendo la misma, no hay lugar a predicar falencia determinante del fallo. En este preciso sentido ha pregonado la Corte que "la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haber apreciado tal medio la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta de la adoptada por el sentenciador. (...)"(G. J., t. CXXIV, pag.448).

Asimismo, ha precisado la Corte cómo la aproximación que el sentenciador haga acerca de los hechos sometidos a su estudio deviene del ejercicio de la función soberana que le compete, de modo que, en principio, no puede ser motivo de enjuiciamiento en la senda extraordinaria, a menos, claro está, en el evento en que su raciocinio sea contraevidente, cosa que, como se anticipó, aquí no ocurre. De este modo, es palmar entonces que por valederos que sean los argu-

mentos expuestos en casación, esa sola situación no viene a significar que la posición asumida por el ad-quem adolezca de lógica o de una adecuada motivación, habida cuenta que si la sentencia se mantiene dentro de los límites de lo sensato y razonable, como ciertamente aquí acontece; ha de respetarse la autonomía probatoria, de suerte que aquélla seguirá arropada por la presunción de legalidad y acierto con que llega a la Corte.⁶⁶

De otro lado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido diferencias conceptuales en cuanto a los errores fácticos en los que podría incurrir en la valoración de pruebas:

[...] no constituye yerro demandable en casación la discrepancia de criterios en torno a la valoración de las pruebas, puesto que, además de que el fallo llega a esta sede precedido por la doble presunción de acierto y legalidad, es decir, que los hechos y las pruebas fueron correctamente apreciadas y el derecho estrictamente discernido, el juzgador goza de libertad para justipreciar los medios de convicción, salvo que se incurra en una falencia en la actividad probatoria (de hecho o de derecho), caso en el cual así se debe denunciar y fundar el reproche con la debida técnica estatuida en la ley y decantada por la jurisprudencia.

[...] el contenido y alcance del error de hecho, En primer término dígase que dicho yerro consiste en la incongruencia entre la prueba que existe y no existe y la idea contraria del juez. En otros términos, el error de hecho en materia probatoria subyace una actitud frente a lo descriptivo, en el sentido de que se transgrede la información suministrada por la prueba o se finge la que ella pueda suministrar.

El error de hecho lo generan tres falsos juicios, a saber:

a) *Falso juicio de existencia*, según el cual, el juzgador, al momento de valorar conjunta y mancomunadamente las pruebas, supone un medio de convicción que no obra en el diligenciamiento o excluye uno, los que tenían la capacidad de probar circunstancias que eliminan, disminuyen o modifican la decisión absolutoria o de condena.

66 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: Sentencia del 14 de febrero de 2005, exp. 7095. M. P. César Julio Valencia Copete.

b) *Falso juicio de identidad*, en el que incurre el juzgador cuando en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión por parte del contenido material del medio probatorio, bien por que se le coloca a decir lo que su texto no encierra u haciéndole expresar lo que objetivamente no demuestra.

c) *Falso raciocinio*, cuando el juzgador se aparta, al momento de apreciar los medios de convicción, de los postulados de la sana crítica, es decir, de las leyes de la lógica, de la ciencia o de las máximas de la experiencia⁶⁷.

En relación con el *falso juicio de identidad* y el *falso raciocinio*, la Sala Penal de la Corte, en otro fallo de casación, se refirió en estos términos:

En materia casacional no es lo mismo tergiversar el contenido material de una prueba, que errar en la valoración de su mérito persuasivo o determinación del grado de credibilidad por desconocimiento de las reglas de la sana crítica. Se trata de supuestos diversos, que dan origen a errores diferentes, y exigen formas y métodos de demostración totalmente distintas. Cuando se presenta el primer supuesto, el error es de identidad; cuando se está frente al segundo, es de raciocinio. El primero, ha sido dicho por la Corte, es de carácter objetivo contemplativo; el segundo, es valorativo, como quiera que implica un juicio de valor, una operación mental de carácter inferencial.

Con el fin de ahondar un poco más en la naturaleza y características de estas modalidades de error, y la forma como deben ser alegados en casación, háganse las siguientes precisiones: El *error de identidad* implica el desconocimiento del contenido material de la prueba, bien porque se le hacen agregados a su contenido real (*tergiversación por adición*), porque se lo recorta (*tergiversación por cercenamiento*), o porque se trastoca su literalidad (*tergiversación por transmutación*). En todos los casos, se repite, el error recae sobre el contenido material de la prueba, no sobre los factores de la sana crítica que sirven de referentes a su valoración.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 6 de julio de 2005, proceso 23728. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés (negrillas fuera del texto original).

Conocida la estructura y contenido de este error, no cuesta trabajo precaver su forma de demostración. Si el yerro consiste, como se deja visto, en distorsionar el contenido material de la prueba, la forma de demostrarlo no puede ser otra que confrontando lo que la prueba materialmente dice, con lo que los juzgadores afirman que ella dice, para mostrarle a la Corte que lo afirmado por los juzgadores no coincide con el texto de la prueba. Adicionalmente, debe asumirse la labor de acreditación de su trascendencia, ejercicio que presupone evidenciar que la conclusión habría sido distinta de no haberse incurrido en el error.

El *error de raciocinio* implica, por su parte, el desconocimiento de las reglas de la sana crítica. Se presenta, no en la contemplación material de la prueba, como ocurre con el de identidad, sino en su valoración, o proceso mental que debe preceder las conclusiones sobre el mérito persuasivo del medio, o las conclusiones probatorias de carácter inferencial. Dado que el error surge del desconocimiento de las reglas de la sana crítica, la forma de demostración no puede ser otra que explicando, en forma clara y precisa, cuáles reglas de la lógica, cuáles máximas de la experiencia, o cuáles leyes de la ciencia fueron desconocidas por los juzgadores en dicho proceso, y qué incidencia cierta tuvo el error en las conclusiones del fallo⁶⁸

En otra sentencia de casación, esta Sala advirtió, en relación con el *falso raciocinio*, que:

[...] el Juez goza de cierta libertad en la apreciación de las pruebas y que el corolario de ello es que las conclusiones que derive del examen de las mismas, en cuanto no se aparten de la sana crítica, son indiscutibles en casación. La crítica entonces a la valoración probatoria efectuada por los falladores debe basarse necesariamente en la demostración de un desbordamiento de la sana crítica, o *error de hecho por falso raciocinio*, que le impone al casacionista la obligación de señalar la regla transgredida (de ciencia, lógica o expe-

68 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 10 de agosto de 2005, proceso 21809. M. P. Mauro Solarte Portilla (negrillas fuera del texto original). Sobre estos tipos de errores también pueden consultarse, entre otras, las Sentencias del 26 de enero de 2005, con ponencia del mismo Magistrado; y del 8 de junio de 2005, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

riencia) y su trascendencia, es decir la diferente orientación de la sentencia de no haber tenido ocurrencia la irracionalidad objeto del planteamiento.⁶⁹

En cuanto al *error por falso juicio de existencia*, la Sala Penal de la Corte considera que:

[...] el error de hecho por *falso juicio de existencia* no consiste en una ausencia de invocación formal de la prueba que se alega como omitida en la sentencia, sino en el desconocimiento absoluto de los contenidos probatorios que ellas suministran, porque puede ser que, como en el caso analizado, dicho material de información haya sido traído a colación, sin identificar formalmente la fuente⁷⁰.

Respecto de las modalidades en que puede presentarse el *error de hecho por falso juicio de existencia*, la Sala Penal precisó que:

El error de hecho por *falso juicio de existencia por suposición*, según lo tiene dicho en forma unánime y reiterada la Sala, tiene lugar cuando la providencia judicial se edifica con fundamento en un medio probatorio trascendente en el sentido de la decisión que nunca fue allegada durante el trámite investigativo, esto es, porque sin figurar en la actuación el funcionario judicial supone que allí aparece y lo tiene en cuenta en el proceso de valoración probatoria con efectos jurídicos en su proveído,

(...)el *falso juicio de existencia por omisión* se presenta cuando la decisión se estructura con total marginación de un medio de prueba que ha sido allegado al proceso legal y oportunamente, esto es, con observancia del debido proceso probatorio, que resulta trascendente en el sentido de la decisión⁷¹.

69 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 3 de julio de 2003, proceso 16801. M. P. Edgar Lombana Trujillo.

70 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 8 de junio de 2005, proceso 20990. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez (negrillas fuera del texto original).

71 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 26 de enero de 2005, proceso 22177. M. P. Marina Pulido de Barón (negrillas fuera del texto original). Sobre este punto puede consultarse entre otras, la Sentencia del 3 de agosto de 2005, proceso 22290, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Así mismo, en relación con otros yerros relacionados con la apreciación de pruebas, la Sala Penal de la Corte ha planteado que se incurre en ***error de derecho por falso juicio de legalidad***:

[...] cuando el fallador aprecia una prueba irregularmente aducida a la actuación o cuando la misma adolece de irregularidades que afectan su validez; también se presenta cuando el funcionario desecha por ilegal una prueba que no ostenta tal irregularidad. [Se debe] ... acreditar la trascendencia del yerro en las conclusiones del fallo, esto es, demostrar que con la marginación de la prueba que se dice ilegal, las restantes pruebas conducen a un fallo sustancialmente diverso del atacado, o bien, que con la incorporación del medio de prueba que el actor estima legal, las conclusiones son distintas de las contenidas en la decisión atacada⁷².

La Sala Penal de la Corte sostiene que también puede darse el ***error de derecho por falso juicio de convicción***, el cual “se presenta cuando el juzgador desconoce las normas que tasan el valor de la prueba, o determinan su eficacia probatoria, o introducen límites al principio de libertad probatoria⁷³, ”(⁷⁴). A este yerro se ha referido en los siguientes términos:

El ***falso juicio de convicción*** se produce cuando el juzgador le concede al medio probatorio un valor que la ley no le asigna, o le niega el mérito que expresamente se ha dispuesto en ella. En consecuencia sólo se da cuando se trata de medios de convicción sometidos en su valoración al método de la tarifa legal, desconociéndose el precepto que regula su eficacia probatoria, por eso el yerro es de derecho y no de hecho. En estos casos se debe establecer el alcance asignado por la ley a un determinado medio de prueba, la evidencia apreciada equivocadamente por el juzgador en razón a lo dispuesto por el or-

72 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 17 de julio de 2003, proceso 16096. M. P. Marina Pulido de Barón.

73 Fallo de casación del 6 de febrero del 2001, Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll.

74 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 6 de abril de 2005, proceso 23154. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

denamiento jurídico y la incidencia irrefutable del yerro en el fallo para cambiar su sentido⁷⁵.

3.4 LA PROBABILIDAD LÓGICA PREVALECIENTE

En presencia de diversas hipótesis fácticas que son contradictorias o incompatibles, cada una con su respectivo grado de probabilidad lógica con respecto al fundamento probatorio, debe escogerse la hipótesis que reciba el apoyo relativamente mayor de parte del conjunto de los medios de prueba disponibles en el proceso. Así, la elección de la hipótesis se realiza mediante la aplicación del criterio de la *probabilidad lógica prevaleciente*. Es racional, entonces, optar por la hipótesis más probable, aunque la diferencia no sea muy grande con relación a otras hipótesis.

Al respecto cabe anotar que la lógica inductiva puede definirse como concepto clasificatorio, en términos de hipótesis muy probables, bastante probables, probables, poco probables, improbables, etc. También puede definirse como concepto comparativo para indicar un orden en la probabilidad de las hipótesis, es decir, cuál de las hipótesis es más probable, con relación a las pruebas aportadas (Aísa 1997: 29).

Como la verdad procesal de un enunciado de hecho está determinada por las pruebas que lo confirman (puede considerarse como verdadero lo que está probado), si está probado el enunciado fundado en un grado prevaleciente de probabilidad lógica, entonces puede considerarse verdadero el enunciado que es más probable sobre la base del conjunto de los elementos de prueba disponibles.⁷⁶

75 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 26 de enero de 2005, proceso 21371. M. P. Herman Galán Castellanos (negrilla fuera del texto original).

76 En el procedimiento civil angloamericano normalmente se requiere que se prueben los hechos de la causa según la preponderancia de la evidencia o según el balance de la probabilidad, de modo que el grado de evidencia de la parte ganadora sea mayor que el de la perdedora (Aísa 1997: 273).

De modo que si se considera que el libre convencimiento del juez se orienta hacia la investigación de la verdad sobre los hechos, el criterio del “más probable que no” es la pauta que se debe seguir al tomarse la decisión respectiva, en tanto resulta más razonable elegir como verdadera la hipótesis más probable, en lugar de la hipótesis menos probable (Taruffo 2005; 2002: 298-300).

Así, teniendo en cuenta a la *verdad* como la mejor aproximación posible (con base en las pruebas) a la realidad empírica de los hechos relevantes para la decisión, se puede considerar que se ha establecido la verdad de los hechos cuando los enunciados que los describen cuentan con un grado de probabilidad lógica prevaleciente sobre otra hipótesis fáctica. A partir del conocimiento aportado por las pruebas y por las inferencias basadas en éstas, es racional elegir dichos enunciados como descripción verdadera de los hechos; de esta manera, la verdad del enunciado se encuentra determinada por la confirmación lógica que se deriva de las pruebas referidas a tales enunciados.

De otra parte, el régimen procesal puede establecer criterios de elección más exigentes que el de la probabilidad prevaleciente, como sucede cuando se requiere que el hecho esté probado *más allá de cualquier duda razonable*.

3.5 LA PRUEBA MÁS ALLÁ DE CUALQUIER DUDA RAZONABLE

Es el estándar de prueba típico del proceso penal (y que no se adopta en el proceso civil). Tiene su origen en la historia del proceso penal inglés, y constituye una regla fundamental del proceso penal estadounidense. Se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos tendencialmente) la “certeza” de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá

quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente⁷⁷.

En cuanto al carácter de la *duda razonable*, debe tenerse presente que no basta con la posibilidad lógica de dudar pues la duda, para ser razonable, debe justificarse; se necesitan *razones* para dudar, y las *razones* han de fundarse en los supuestos que la hacen viable (Peña 1994: 148). Además, no debe perderse de vista que, en el contexto inferencial, un argumento es el conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados constituye las *razones* para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las *razones* se los denomina premisas y al enunciado que se pretende apoyar con éstas se le llama conclusión (Bonorino y Peña 2006 (b): 19). Es decir, las premisas son las razones por las cuales se debe aceptar la conclusión de un argumento (Bonorino y Peña 2006 (b): 19-21). En suma, una duda razonable debe ser lógicamente argumentada.

Este estándar probatorio es mucho más elevado que el de la probabilidad prevaleciente porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el proceso civil. Se trata de limitar las condenas penales a los casos en los cuales el juez haya llegado a establecer con altísima probabilidad, casi-certeza o certeza práctica (sin que haya lugar a ninguna probabilidad

77 Un tercer estándar es aplicado en la jurisprudencia norteamericana, el de la *prueba clara y convincente* (*clear and convincing evidence*), el cual se ubicaría entre los dos estándares mencionados, en eventos en los cuales pueda resultar afectada la libertad individual, sin que se trate de casos penales. Por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (Addington v. Texas, 1979) se decidió acerca de la internación psiquiátrica de una persona en contra de su voluntad, al considerarse probada su enfermedad mental de manera *clara y convincente*; al respecto se tuvo en cuenta que un estándar como el de la *probabilidad prevaleciente* podía dar lugar a un margen amplio de error y, por lo tanto, de riesgo para la sociedad y el individuo; pero un estándar como el de *más allá de cualquier duda razonable* (que debe restringirse al campo penal) resultaba excesivo, teniendo en cuenta las grandes posibilidades de control profesional del internamiento psiquiátrico, y de revisión en caso de internación injustificada (Garapon y Papadopoulos 2006: 121-123).

razonable de duda) que el imputado es culpable (Taruffo 2005). En este sentido se señala que la hipótesis acusatoria debe encontrarse apoyada de manera sistemática y coherente en una pluralidad de confirmaciones probatorias no contradichas por ninguna contraprueba, y debe estar en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las hipótesis planteadas y planteables (Ferrajoli 1995: 152).

3.6 CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN PROBATORIA

Según los arts. 187 y 304 del C. de P. C., la motivación se encuentra asociada al examen crítico de las pruebas, a la exposición razonada del mérito que se asigna a cada prueba y a los razonamientos necesarios para fundamentar las conclusiones.

La argumentación probatoria, entonces, se expresa en la motivación de la sentencia, y corresponde a la justificación de las decisiones adoptadas, que ha de ser entendida en términos de aportar *razones*, lo cual se manifiesta como una explicitación del razonamiento efectuado por el juez.

La motivación constituye una exposición del razonamiento justificativo de las bases en las cuales se fundamenta la decisión judicial. Tal exposición ha de efectuarse mediante argumentos que den cuenta de la eficacia atribuida a cada uno de los medios de prueba, del resultado de la evaluación global, y de la elección de la hipótesis fáctica asumida como verdadera reconstrucción de los hechos, en función del mayor grado de confirmación lógica; todo ello como manifestación expresa de las diversas inferencias y criterios que articulan las premisas de las cuales se parte, y que permiten llegar a las conclusiones respectivas.

Ahora bien, exponer la racionalidad de la decisión probatoria supone expresar las *razones* que justifican tal decisión; *razones* que, al aportarse, permiten que ciertos enunciados fácticos sean aceptados como verdaderos. Todo ello en términos de los argumentos que dan

cuenta de los juicios que se afirman con relación a los hechos del proceso judicial.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia destaca:

Desde una perspectiva constitucional, el debido proceso se concibe como un límite al poder punitivo del Estado, y como un método para la preservación de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, entre las cuales se incluye la debida fundamentación de las resoluciones judiciales.⁷⁸

La fundamentación de las resoluciones judiciales, como expresión del núcleo del derecho al debido proceso y de cortapisa a la arbitrariedad del poder punitivo, encuentra en la fuerza persuasiva de la argumentación judicial la fuente de su legitimidad, al punto que bien se puede expresar que no existe decisión sin argumentación. Tanto lo será, que en guarda del derecho al debido proceso y de la adecuada motivación de las decisiones judiciales, la Corte en sede de casación ha trazado una sólida línea jurisprudencial para solucionar desviaciones que atentan contra la seguridad y certeza de las decisiones.⁷⁹

Pues bien, de la mano de exigencias formales y materiales que hacen de una sentencia una decisión judicial⁸⁰; en Estados democráticos el análisis de los supuestos fácticos y la consideración de los argumentos de los sujetos procesales y de las razones por las cuales se estima que una o más normas jurídicas asumen el supuesto que se juzga, se consideran esenciales en la construcción de la respuesta judicial.

En ese sentido,

“Si el proceso es la respuesta que el estado da a la realización de hechos supuestamente delictivos, es obvio que la sentencia que es su conclusión, debe hacer un estudio de la realidad probatoria que

78 Cfr., sentencias T 558 de 1994 y 339 de 1996.

79 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de abril de 2006, radicado 23183.

80 El artículo 170 de la ley 600 de 2000, señala que la sentencia debe contener, para lo que ahora es de interés, entre otros: “1. Un resumen de los hechos investigados, 2. la identidad o individualización del procesado, un resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales, 4 el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión, 5. la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado, 6. la condena a las penas principal o sustitutiva y accesorias que correspondan, o la absolución...”

acredita esos hechos y su atribución al procesado y el examen jurídico indispensable para encontrar la correspondencia entre los hechos y el ordenamiento.”⁸¹

Cuando eso no ocurre porque la sentencia presenta defectos como acto procesal, la Corte ha entendido que la sentencia es nula, ya sea porque carece totalmente de motivación, porque siendo motivada es dilógica o ambivalente o porque su motivación es incompleta.

“Existe ausencia absoluta de motivación — se tiene acordado — cuando no se precisan las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión; la motivación es ambivalente cuando contiene posturas contradictorias que impiden conocer su verdadero sentido; y será precaria o incompleta, cuando los motivos que se exponen no alcanzan a traslucir el fundamento del fallo.”⁸²

A éstas, que han sido consideradas tradicionalmente como vicios de procedimiento, debe agregarse, como lo asumió la Corte, en la gramática propia de los vicios de motivación, la aparente o falsa o sofisticada, que afecta la sentencia no como acto procesal, sino como decisión.

En ese sentido, la Sala entendió que la motivación aparente o sofisticada, “es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración.”⁸³

Dijo así mismo, que

“La Corte entiende que una cosa es la sentencia como acto procesal, y otra como decisión. De igual manera, que las tres primeras hipótesis (ausencia de motivación, motivación deficiente y motivación equívoca) afectan la sentencia como acto, y que la cuarta (falsa motivación) afecta la sentencia como decisión. También entiende que las tres primeras constituyen en estricto rigor técnico un error in procedendo, y la cuarta un error in iudicando, y consecuentemente, que la vía de ataque de las primeras es la causal tercera, y de la última la primera cuerpo segundo.”⁸⁴

81 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de noviembre de 1984.

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de noviembre de 1997, radicado 9952.

83 Cfr, en igual sentido, casación del 4 de septiembre de 2003.

84 Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 31 de marzo de 2004, radicado 17738.

... se puede concluir que la motivación aparente, falsa o sofisticada, a la cual alude la demandante, es un defecto sustancial que impide la comprensión clara y explícita del fallo⁸⁵. O de otro modo, un defecto mayor que desconoce la integridad probatoria e impide la aproximación razonable a la verdad como cometido del proceso penal. Es, si se quiere, algo más que un error de hecho o de derecho en la estimación probatoria y por supuesto algo mucho más que una pequeña incongruencia o contradicción⁸⁶.

La motivación consiste, entonces, en la exposición de un razonamiento mediante el cual se muestra que la decisión cuenta con bases racionales que justifican adecuadamente el juicio sobre los hechos. La motivación no debe reducirse a simples afirmaciones genéricas; en cambio, debe dar cuenta de los siguientes elementos de juicio:

- resultado del análisis y valoración individual de los medios de prueba
- inferencias efectuadas
- criterios utilizados para extraer conclusiones probatorias
- criterios para la valoración conjunta de los elementos de prueba
- criterios para la elección final de hipótesis de reconstrucción fáctica

(Taruffo 2002: 435-436)

De esta manera puede cumplirse argumentalmente con la exigencia legal de proceder a un examen crítico de las pruebas y a la exposición razonada del mérito que se asigna a cada prueba; de tal modo que la respectiva argumentación motivacional corresponda al razonamiento necesario para fundamentar las conclusiones, tal como lo dispone el régimen procesal.

85 Cfr., Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de octubre de 2001, radicado 14647

86 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 9 de Noviembre de 2006, Proceso 23495. M.P. Mauro Solarte Portilla.

En tanto la motivación corresponde a la justificación de los enunciados empíricos, para esta justificación se requiere, por tanto, disponer de las *razones* que permiten estructurar los argumentos que parten del resultado de la valoración de las pruebas practicadas. Tales *razones* constituyen la base para afirmar la existencia de los hechos relevantes para la decisión judicial. En este sentido un enunciado empírico ya justificado puede ser una de las razones para justificar otro enunciado empírico, de modo que la justificación de la premisa empírica de la decisión judicial de fondo viene a ser la conclusión a la que se llega mediante una cadena de justificaciones. En esta línea de consideraciones, ha de tenerse presente que una hipótesis fáctica se encuentra justificada si no ha sido refutada por las contrapruebas aducidas, y es confirmada por las pruebas disponibles, en mayor grado que las hipótesis rivales que se hayan propuesto sobre los mismos hechos (Gascón 2004: 219).

Pueden tomarse como ejercicios de análisis y valoración probatorias, y de la correlativa argumentación, los ejemplos presentados en la página 36 a 43 del texto de Argumentación Judicial (caso Slurf) y en la página 95 del texto de Filosofía del Derecho (caso protagonizado por K)⁸⁷.

En una línea de ilustración similar, se expone a continuación el siguiente ejemplo⁸⁸.

El caso que se examina parte de unas lesiones sufridas por dos de los tres implicados en él, que son las que seguidamente se describen.

87 Bonorino y Peña 2006: (a) y (b).

88 Presentado, con ligeras adaptaciones, a partir de un caso propuesto por Perfecto Andrés Ibáñez (Andrés 2005: 154-163, 172).

Lesiones constatadas en Ticio: zona inflamatoria en región lumbosacra, escoriaciones y equimosis en región torácica anterior y posterior, equimosis en brazo izquierdo, zona edematosa con abultamiento en cuero cabelludo (parieto-occipital y temporo-occipital), con dolores generalizados y estado emotivo-emocional. La radiografía mostró un traumatismo craneal leve.

Lesiones constatadas en Cayo: fractura en diáfisis de cuarto metacarpiano y del cuello del quinto metacarpiano de la mano derecha.

Intervinientes

Fiscalía:

- *Presenta escrito de acusación en contra de Ticio por el delito de lesiones personales dolosas respecto de las lesiones sufridas por Cayo.*
- *Presenta escrito de acusación en contra de Cayo y Sempronio por el delito de lesiones personales dolosas respecto de las lesiones sufridas por Ticio.*

Cayo-Sempronio: son llamados a juicio por la Fiscalía como presuntos responsables de las lesiones personales sufridas por Ticio. A su vez, tienen cada uno la condición de víctimas respecto de las lesiones personales por ellos sufridas y de las que pueda resultar responsable el mismo Ticio.

Ticio: es llamado a juicio por la Fiscalía como presunto responsable de las lesiones personales sufridas por Cayo. A su vez, tiene la condición de víctima respecto de las lesiones personales por él sufridas y de las que puedan resultar responsables Cayo y Sempronio.

Antecedentes

Ticio había encargado la construcción de una casa a un contratista, que aquí no interviene. Éste, a su vez, subcontrató la realización de parte de la obra, una zanja, con Cayo y Sempronio. Aunque Ticio pagó al contratista todo lo convenido, éste, al parecer, en el momento de los hechos no había abonado a Cayo

y Sempronio el importe de su trabajo. Por esta razón Cayo y Sempronio se dirigieron a la casa de Ticio, con la pretensión de cobrar.

Acusación del Fiscal

Ticio, al ver entrar en su predio a Cayo y Sempronio, se dirigió hacia ellos, agresivo, con un martillo pesado, lanzándoles con esa herramienta un golpe que alcanzó a Cayo en el 4° y 5° metacarpianos de la mano derecha. Cayo y Sempronio reaccionaron, a su vez, golpeando a Ticio y ocasionándole los traumatismos descritos.

Acusación y defensa de Cayo-Sempronio

Ticio se dirigió contra ellos enarbolando el martillo, con el que alcanzó a Cayo. Éste, tras recibir el golpe en el puño derecho, con el izquierdo golpeó a Ticio en la cabeza, cuando estaba todavía frente a él, haciéndole caer al suelo, que era irregular y pedregoso, por lo que se hizo daño. Por su parte, Sempronio, al tratar de sustraerse a la acción de Ticio, perdió el equilibrio, cayendo al suelo. No hizo nada.

Acusación y defensa de Ticio

Cayo le dio dos puñetazos por detrás, en la región lateral-posterior de la cabeza, cuando ya se hallaba de espaldas, lo que le hizo caer al suelo. A continuación Cayo y Sempronio le dieron golpes y patadas en diversas partes del cuerpo.

Actividad probatoria

Acusados:

- *Testimonio de Ticio:* Cuando vi llegar a Cayo-Sempronio me dirigí a ellos, dejando la herramienta. Les expliqué que no era yo quien debía pagarles, puesto que había abonado el importe total de la obra al contratista. Me di la vuelta para marchar y Cayo me golpeó por la espalda. Luego, ambos me golpearon más, me dieron patadas, cuando ya

estaba en el suelo. Grité y esto hizo acudir a mi vecino (T2).

- *Testimonio de Cayo:* Cuando supo que queríamos cobrar, Ticio, que llevaba el martillo nos lanzó un golpe con él. Lo paré con la derecha, con el puño cerrado, recibiendo el impacto en los nudillos (ilustra el movimiento poniéndose en pie y lanzando el puño hacia arriba; es mucho más alto que Ticio). Entonces, reaccioné dándole dos puñetazos con la mano izquierda. Soy diestro, pero manejo también la izquierda. Ticio cayó al suelo –que es pedregoso- se levantó y salió corriendo. Sempronio no intervino.
- *Testimonio de Sempronio:* Cuando Ticio lanzó el golpe, me hice hacia atrás para esquivarlo y caí al suelo, al tropezar con una piedra. (Ilustra la trayectoria del martillo describiendo un semicírculo que arrancaría a la altura del hombro de Ticio y habría impactado sobre el puño de Cayo, de arriba hacia abajo). Ya no vi ni hice nada.

Testigos

- *Testimonio de la hija de Ticio (T1):* Llegaba de comprar cigarrillos para mi padre y vi que Cayo le dio unos puñetazos, cuando se había dado la vuelta y estaba de espaldas y que, ya en el suelo, aquél y Sempronio le pegaron patadas. Mi padre no pegó; tras la caída, se levantó y salió corriendo. No tenía ninguna herramienta.
- *Testimonio de un vecino (T2):* Estaba en casa y oí a Ticio gritar pidiéndome que llamase a la Policía. Entonces, me asomé y pude ver a dos individuos que abandonaban el predio y a Ticio que se incorporaba del suelo. Vi un azadón en la masa.
- *Testimonio de una vecina (T3):* Sacaba unas bolsas de mi automóvil, en la calle. Llegaron dos señores que entraron al predio de Ticio. Oí a una niña gritar, miré y vi a mi vecino en el suelo y a los dos señores pegándole patadas. No vi ningún instrumento.

- *Testimonio de T4:* Conozco a Cayo y a Sempronio porque realizo trabajos para ellos. Había ido a buscarlos con T5 y, al ver que estaban en el predio con Ticio, paramos en una camioneta como a 15 ó 20 metros y esperamos dentro. No percibimos ninguna discusión. En un momento Ticio levantó una herramienta que llevaba en la mano y golpeó. Sempronio cayó al suelo. Cayo recibió un golpe y se defendió. No hubo patadas a Ticio. No vi ni oí a la niña. Sí a una señora. En ningún momento salimos del vehículo. Ni cuando vimos llegar a la Policía, porque la cosa no iba con nosotros.
- *Testimonio de T5:* Dijo hallarse con T4 en la camioneta y se manifestó en los mismos términos que T4.

Peritos Como medio de aducción al juicio de los reconocimientos médicos, se llaman a declarar como testigos de cargo de la Fiscalía, a los peritos médicos que tuvieron la responsabilidad de examinar las lesiones sufridas por los acusados. Bajo la gravedad del juramento manifestaron:

Médico 1: Vi la fractura en el 4° y 5° metacarpiano de la mano derecha de Cayo. Es en la parte central del hueso. Se produce bien por un golpe directo contra el hueso o por un golpe con el puño. Difícil por una caída y difícil también estando la mano abierta. Debería estar el puño cerrado y el golpe ser dado contra o con un objeto contundente y sin aristas. Es una fractura que se conoce como "de boxeador". Inmediatamente después de producida se puede seguir golpeando con esa mano, cuando se está en una situación de estrés. De hecho, las personas que se rompen una pierna siguen corriendo.

Es posible poner en relación los golpes en la cabeza de Ticio con el puño como instrumento lesivo. Son dos chichones que implican golpes de cierta intensidad. Ticio tenía un cuadro de policontusionado. Al estar situados los golpes en la parte torácica y en la posterior, es difícil admitir que pudieran deberse a una caída.

Médico 2: La fractura en la mano de Cayo tuvo que ser debida a un golpe con un objeto y sin aristas. Las de ese tipo se producen tanto porque la mano golpea (puede ser que en una cabeza) o porque sea golpeada. Es una lesión descrita en los boxeadores. Las lesiones de la cabeza de Ticio son compatibles con las de la mano de Cayo. Las demás lesiones de Ticio es difícil que fueran debidas a una caída, al tratarse de diversos traumatismos y en distintos planos. Podrían haber sido debidas a golpes.

Datos probatorios

Fuentes de prueba: los *acusados*, los testigos y los peritos *médicos*.

Elementos *materiales probatorios*, los contenidos en las distintas afirmaciones de unos y otros.

Situación establecida por el juez a partir de observación directa: Cayo es notablemente más alto y mucho más corpulento que Ticio. También Sempronio es más alto que Ticio y más corpulento.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Concurren diversas hipótesis (H)

H1. *Sobre las lesiones de Cayo:*

H1 a) *La Fiscalía y Cayo-Sempronio: Ticio las provoca con el uso del martillo.*

H1 b) *Ticio: Cayo las provoca con un puñetazo por detrás.*

H2. *Sobre las lesiones de Ticio:*

H2 a) *Ticio: Las lesiones son resultado de los golpes –reactivos– de Cayo y Sempronio.*

H2 b) *Fiscalía: Las lesiones son resultado de los golpes –reactivos– de Cayo y Sempronio.*

H2 c) *Cayo-Sempronio: Las lesiones son resultado del golpe defensivo de Cayo y su posterior caída.*

¿Qué y cómo explican?

Hipótesis 1 a): lesiones de Cayo (según la Fiscalía y Cayo-Sempronio): Ticio las provoca con el uso del martillo

- En principio podría tener confirmación en la naturaleza de la lesión en los metacarpianos puesto que es compatible con un golpe dado mediante un objeto contundente, romo y sin aristas, como el mango del martillo.
- Encuentra apoyo en las versiones de Cayo, Sempronio, T4 y T5. No en las de Ticio, T1, T2 y T3.
- No sería conforme con una máxima de experiencia que indica que golpes como el que se atribuye a Ticio con el martillo no suelen tratar de pararse instintivamente lanzando el puño cerrado al aire al encuentro del instrumento ofensivo. Lo normal, por razón de eficacia, sería tratar de neutralizar tal acción sujetando el brazo del agresor o el mango del martillo empleando ambas manos.
- Dada la ostensible diferencia de estatura que existe entre Ticio y Cayo no parece posible que el mango del martillo, manejado como éste dice, y su puño lanzado hacia arriba, hubieran podido encontrarse a la altura en que se sitúa la producción del golpe.
- Por otra parte, no parecen atendibles los testimonios de T4 y T5, por no ser creíble la explicación que dan de su permanencia en el interior del vehículo, incluso tras la llegada de la Policía. No es normal que, testigos de una situación comprometida para personas amigas, hubieran quedado al margen (en el interior de la camioneta) sin ofrecer ayuda, ni siquiera después de las lesiones. Y tampoco se comprende que no hubieran facilitado de inmediato su versión a los uniformados, que acudieron en seguida al lugar.

Hipótesis 1b): lesiones de Cayo (según Ticio): el propio Cayo, golpeando con el puño derecho.

- Explica de forma satisfactoria las lesiones de Cayo desde el punto de vista médico.
- Halla confirmación con la declaración del propio Cayo de ser diestro.
- También en lo afirmado por Ticio sobre la forma en que fue golpeado. Y en lo mantenido por T1, T2 y T3.

- La decisión de Cayo y Sempronio de exigir directamente el pago de trabajos a quien no se los había encargado, después de que, obviamente, se hubieran dado intentos frustrados de cobrar del auténtico deudor, es compatible con una actitud airada, con cierto componente de agresividad.

Hipótesis 2a): lesiones de Ticio (según Ticio): golpes –no reactivos– de Cayo y Sempronio.

- Los traumatismos de Ticio pueden corresponder a los medios utilizados, según esta versión, para producirlos: golpes de puño y patadas.
- La disposición de la lesión en la cabeza sugiere, por su contundencia, el empleo de la mano derecha, tratándose de un diestro, como es el caso. Tiene además apoyo en la declaración de Ticio y en la de T1.
- La distribución de los golpes en el resto del cuerpo, en diversos planos, se compagina muy mal con una sola caída al suelo como causa; encuentra una explicación mucho más satisfactoria y plausible en la declaración de Ticio y en las declaraciones de T1 y T3.

Hipótesis 2b): lesiones de Ticio (según la Fiscalía): golpes –reactivos– de Cayo y Sempronio.

- Podría ser explicativa, en una consideración aislada, de las lesiones de Ticio.
- Plantea problemas de compatibilidad con la hipótesis de la propia Fiscalía que atribuye la lesión de Cayo en el puño a la iniciativa de Ticio; explicación esta escasamente plausible.

Hipótesis 2c): lesiones de Ticio (según Cayo-Sempronio): golpe defensivo de Cayo con el puño izquierdo, y caída de Ticio.

- Podría explicar, pero no de la mejor forma posible, las lesiones de Ticio en la cabeza.
- No explica satisfactoriamente las lesiones sufridas en el resto del cuerpo, que no se justificarían con una caída.
- Tiene apoyo en lo dicho por Cayo y Sempronio, cuyas versiones presentan problemas de coherencia.

- Tiene apoyo también en lo depuesto por T4 y T5, testigos que explican de forma poco creíble su actitud de espectadores pasivos.

Reglas de la sana crítica

De carácter técnico, por experiencia clínica: los metacarpianos pueden fracturarse al dar un golpe con el puño cerrado, ocasionando lo que se conoce como "lesión del boxeador"; haber sufrido un traumatismo en una mano no sería obstáculo para, de inmediato, volver a golpear con ella.

De experiencia corriente:

- De qué manera suele actuarse con las manos ante la inminencia de un golpe lanzado con un instrumento como el descrito, para tratar de pararlo en el aire.
- Cómo juega la diferencia de altura entre dos personas que se enfrentan de la forma en que consta.
- Cómo opera la desigualdad en el número de personas enfrentadas y la asimetría en corpulencia antes y en las situaciones de confrontación.
- Cómo suele golpear instintivamente una persona diestra.
- Qué actitud sugiere el hecho de que personas frustradas en sus aparentemente legítimas pretensiones de cobro por quien ha contratado su trabajo, decidan acudir directamente a quien no es el verdadero deudor contractual para obtener el pago.
- Cuál suele ser la actitud de las personas en presencia de amigos en una situación problemática y cuando, producida ésta con consecuencias perjudiciales para aquéllos, interviene la policía.
- Qué grado de credibilidad merece quien mantiene un discurso explicativo internamente coherente; y quien incurre en algún grado de incoherencia.

Valoración del cuadro probatorio en su conjunto por parte del juez y anuncio del sentido del fallo

Como ha podido verse, H1a) podría explicar en términos de posibilidad abstracta la lesión de Cayo en la mano. Pero una

de las partes que la sostiene, Cayo-Sempronio, para hacerla verosímil en su versión de conjunto, tiene que complementar-la con otra acerca de las lesiones en las regiones lumbosacra y torácica de Ticio, H2c), francamente inaceptable, puesto que aquellas lesiones no se explicarían médicamente por una caída como la que ellos describen.

H2b) y H2c) parten de la supuesta iniciativa agresiva de Ticio. Esta no es verosímil en los términos que Cayo-Sempronio la presentan, pues todo indica que fueron ellos quienes acudieron –parece que por primera vez- en actitud reivindicativa frente quien –Ticio- nada sugiere que pudiera tener algo contra ellos. Por tanto, es más que cuestionable ese antecedente, necesario para convertir en defensiva o reactiva la acción de Cayo y Sempronio. A esto se une lo ya expuesto sobre las dificultades de aceptación de H1a). Y no puede perderse de vista que H1a), H2b) y H2c) son hipótesis complementarias, que deben caer de no resultar aceptada la primera, lo único que les daría cierta plausibilidad.

H1b) y H2a) son en realidad subhipótesis complementarias, que constituyen en su articulación la hipótesis global acusatoria de Ticio. La segunda aporta la única explicación médicamente aceptable sobre el modo de producción de las lesiones de éste en las regiones lumbosacra y torácica y tiene apoyo en las coherentes manifestaciones del propio lesionado y en la testifical más solvente. Por su parte, H1b) tiene también el mayor apoyo, de conformidad con la experiencia clínica. Es, además, la que mejor cuadra con la circunstancia de que Cayo fuera diestro, cuenta con el apoyo testifical de más calidad y es, también, la más compatible con el contexto y el sentido de la intervención de Cayo-Sempronio. Ha resultado ser, con mucho, la hipótesis más explicativa, puesto que acoge armónicamente todos y cada uno de los datos probatorios sin forzamientos y aporta una explicación de conjunto para lo sucedido, sin dejar “ningún cabo suelto”.

De la hipótesis acusatoria de Ticio (que fue golpeado, primero por Cayo con el puño, hallándose ya de espaldas, en la región parieto y temporo-occipital y, luego, en diversas partes del cuerpo por éste y por Sempronio) podrían inferirse consecuen-

cias cuya realidad debía comprobarse para evaluar la capacidad explicativa de dicha hipótesis. A saber, una determinada localización de los traumatismos de Ticio y algún estigma en la mano con la cual fue golpeado. Esto, en efecto, se pudo comprobar, y de ahí el sentido del fallo.

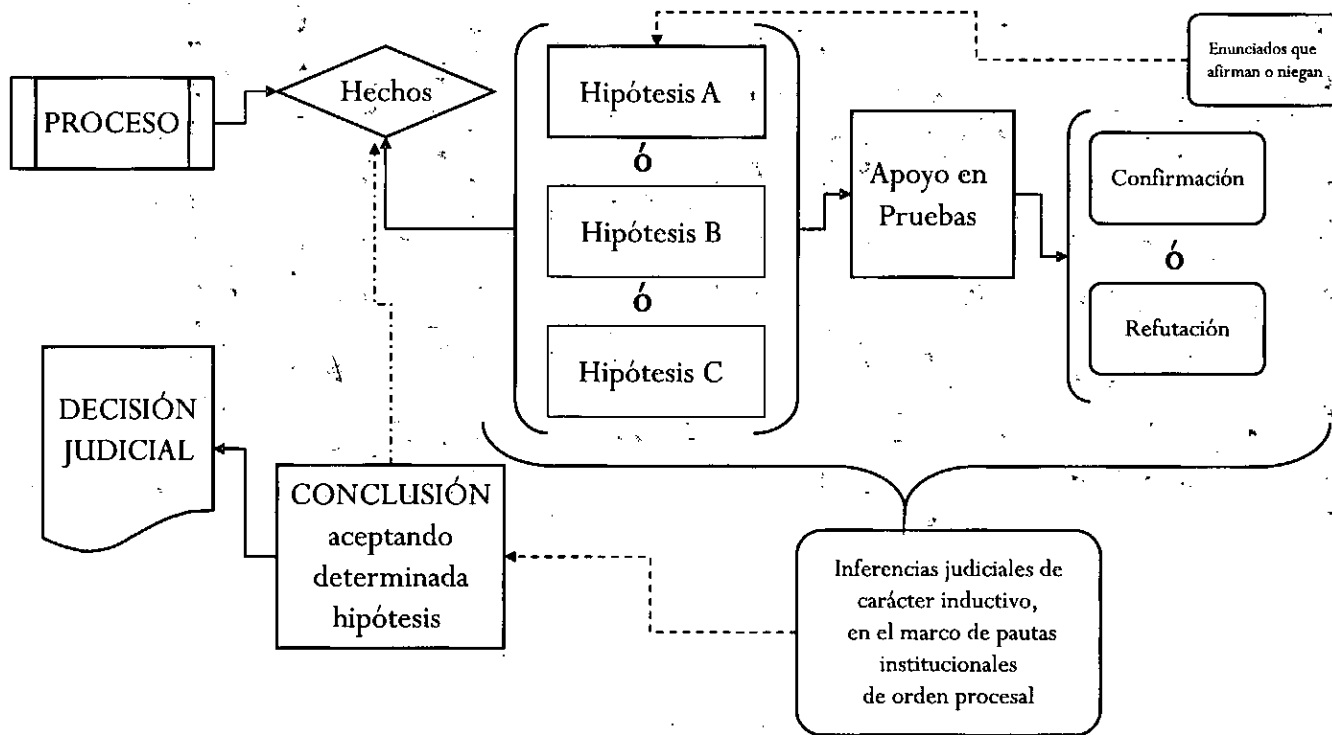
Las precedentes consideraciones son las que llevaron a *anunciar por parte del Juez el sentido del fallo, absolviendo de toda responsabilidad a Ticio por el delito de lesiones personales y condenando a Cayo y Sempronio por ese mismo delito y respecto de las lesiones sufridas por Ticio.*

S

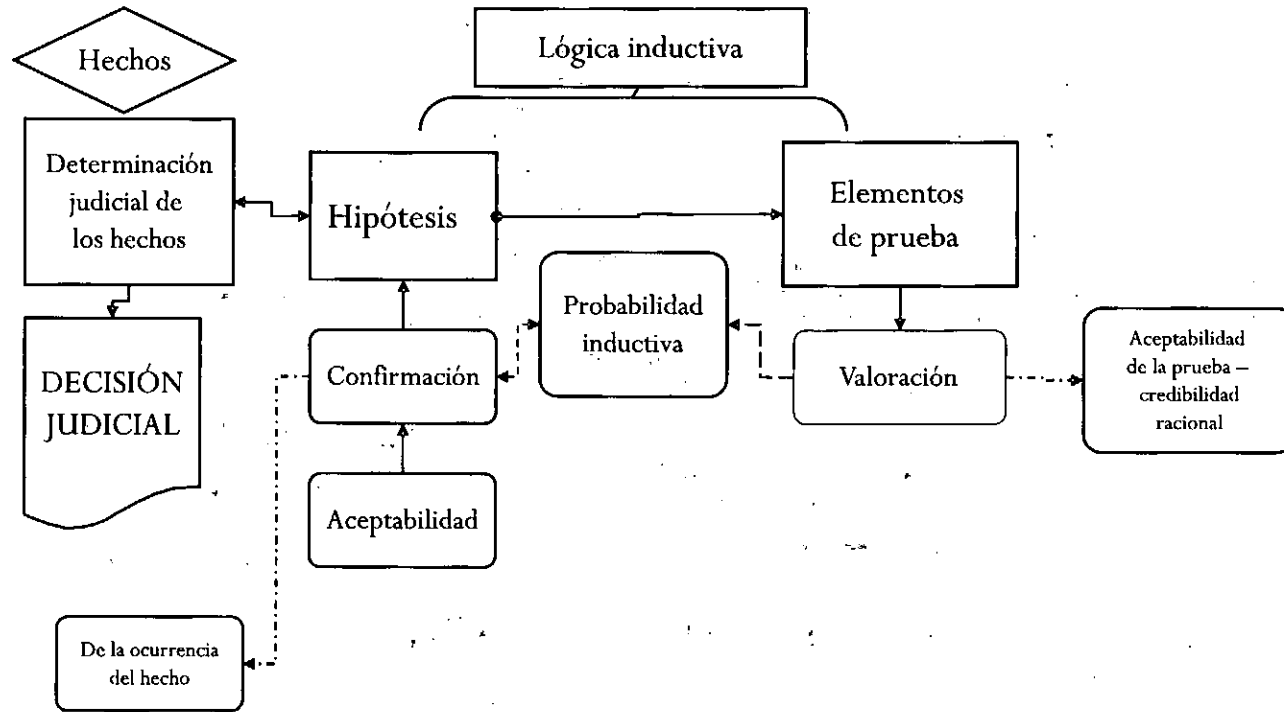
En suma, se razona inductivamente en función de las hipótesis fácticas propuestas en el seno del proceso judicial, para que la culminación de la cadena inferencial respectiva puedan obtenerse conclusiones que, a su turno, jueguen el papel de premisas de los argumentos empíricos que de manera estructurada conforman el conjunto de la argumentación probatoria. Así, las razones de las decisiones en materia de la prueba de los enunciados descriptivos que se proponen deben exponerse argumentalmente, con respecto a las fases que se relacionan a continuación:

- Análisis y valoración individualizada de las pruebas.
El resultado del análisis y valoración de los enunciados fácticos singulares que se consideran en la motivación exigen, para su respectiva justificación, que se explicite:
 - la identificación de los medios de prueba sobre los cuales se sustenta la relación de hechos probados
 - la descripción de lo establecido por dichos medios (lo declarado testimonialmente o lo constatado en inspecciones judiciales, etc.)
 - la valoración individualizada de las pruebas
 - el argumento en virtud del cual se considera probado un enunciado fáctico, con base en el grado de confirmación obtenido
 - la evaluación de las contrapruebas, para establecer si se ha superado, o no, una refutación.
- Síntesis y valoración conjunta de las pruebas.
- Evaluación de hipótesis alternativas que cuenten con respaldo probatorio, en términos del mayor grado global de confirmación obtenido, atendiendo a criterios de coherencia tales como:
 - número más elevado de circunstancias que pueda explicar
 - mejor explicación de la hipótesis correspondiente.
- Selección de la hipótesis sobre reconstrucción de los hechos que pueda considerarse como verdadera.

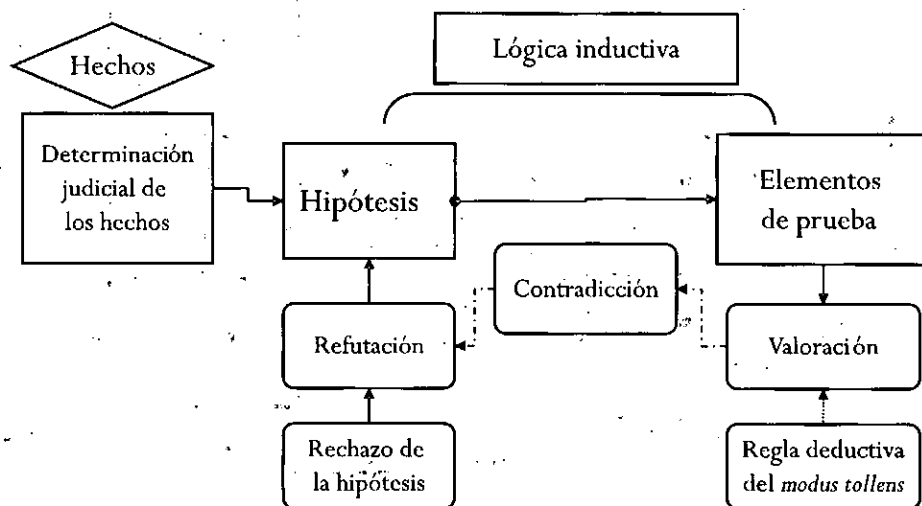
Razonamiento inductivo



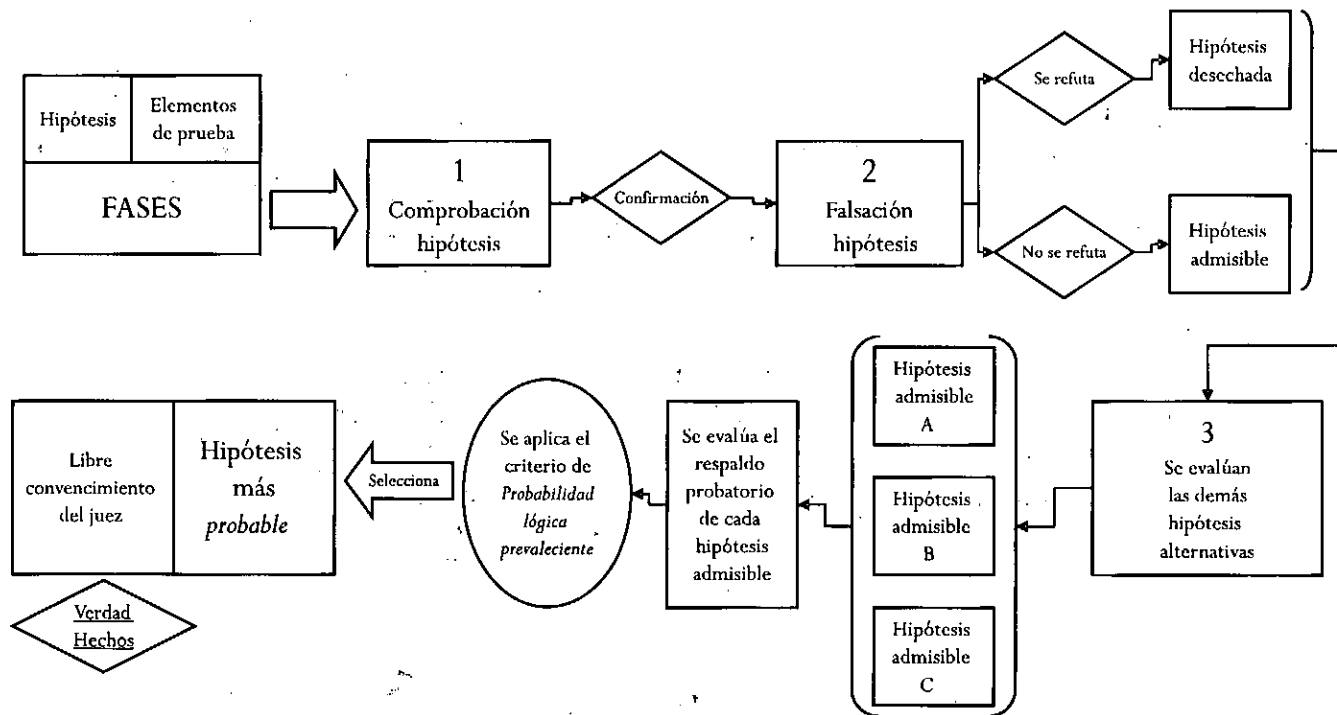
Razonamiento inductivo



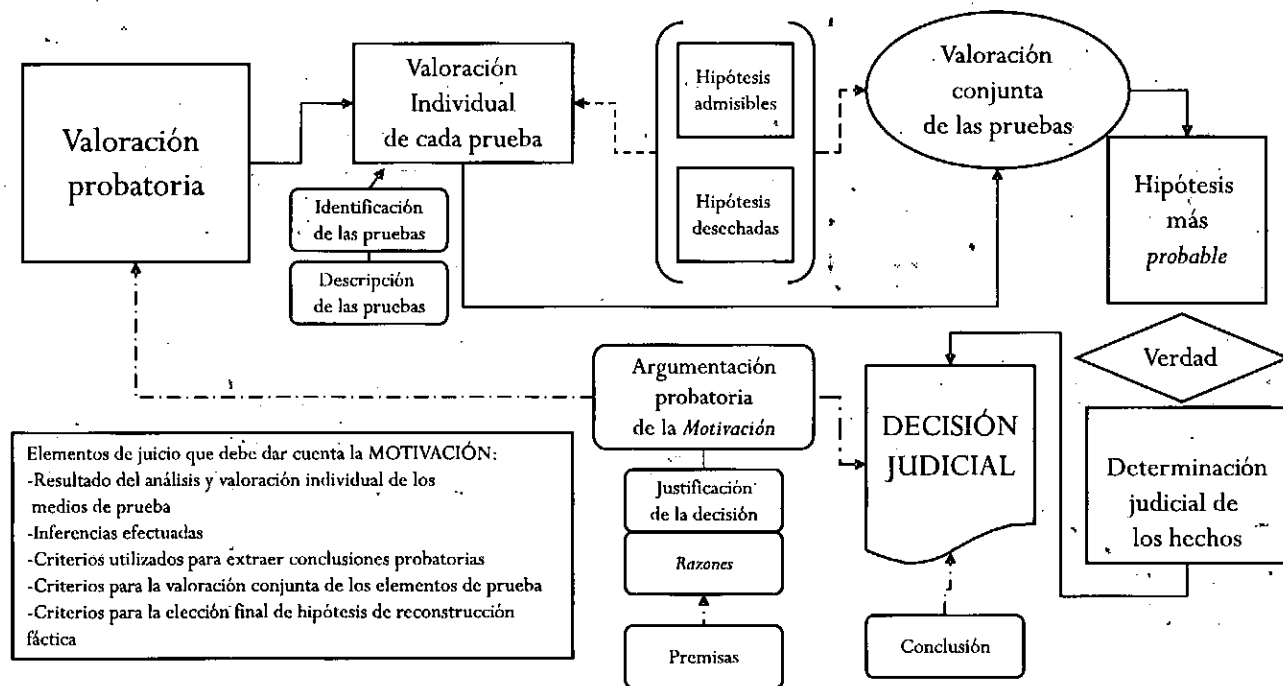
Razonamiento inductivo



Razonamiento inductivo



Argumentación probatoria



A continuación encontrará una serie de preguntas relacionadas con las temáticas de la unidad:

Ca

- Indique las modalidades de razonamiento inductivo y su respectiva articulación en una situación problemática, propia de su jurisdicción.
- Con base en los criterios de construcción y evaluación argumental contemplados en el Módulo de Argumentación Judicial, de cuenta de tres casos seleccionados de los que se encuentran relacionados al final del módulo.
- ¿En qué consiste la contrastabilidad empírica?
- ¿Qué hace aumentar o disminuir la probabilidad inductiva de una hipótesis?
- ¿Cómo opera la regla deductiva asociada con la refutación?
- ¿Qué razones se pueden aducir para la distinción entre la probabilidad lógica prevaleciente y la prueba más allá de cualquier duda razonable?
- ¿Qué consecuencias jurídicas tiene dar por probado un hecho cuando, en realidad, se carece de base probatoria, o cuando la prueba de un hecho no es considerada?
- ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales planteados para establecer la vía de hecho por *defecto fáctico*?
- ¿En cuáles eventos puede presentarse el *defecto fáctico*, y cómo los ha clasificado la Corte Constitucional?
- ¿Cuál es el alcance que tiene la intervención del juez de tutela al examinar una providencia judicial atacada por un *defecto fáctico*?
- ¿Cuáles son las reglas o condiciones que la Corte Constitucional ha establecido en el desarrollo jurisprudencial para que proceda excepcionalmente la acción de tutela contra fallos judiciales por *defecto fáctico*?
- ¿Cuáles son los principios constitucionales que entran en tensión cuando se presenta un *defecto fáctico* en un fallo judicial y cuáles son los criterios aplicados por la Corte Constitucional para ponderarlos?
- ¿Cuáles son los principios probatorios que entran en tensión cuando se presenta un *error de hecho* en un fallo judicial?

Ca

- ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales planteados para establecer el *error de hecho*?
- ¿En cuáles eventos puede presentarse el *error de hecho*, y cómo los ha clasificado la Corte Suprema de Justicia?
- ¿Cuáles son las reglas o condiciones que la Corte Suprema de Justicia ha establecido en el desarrollo jurisprudencial para que se presente un *error de hecho*?

UNIDAD 4

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RECIENTES

A continuación se incluye una presentación de diversos criterios jurisprudenciales de análisis y valoración asociados a los distintos medios de prueba, precedidos de una introducción sucinta con respecto a cada medio probatorio. Si bien en manera alguna se trata de un cubrimiento exhaustivo que de cuenta de la totalidad de aspectos que han venido mencionándose a lo largo del texto, esta breve presentación puede contribuir significativamente a una actualización de gran utilidad para los despachos judiciales.

El objetivo de la presente unidad es:



- Disponer de criterios jurisprudenciales recientes en materia de análisis y valoración de pruebas judiciales.

4.1 DOCUMENTO

La prueba documental se relaciona con la capacidad que tienen los documentos para confirmar o refutar la existencia de un hecho. En la doctrina suele denominarse como documento al objeto o cosa susceptible de representar un hecho. Esto es, para que el documento sea asumido como medio probatorio debe representar algo fuera de sí mismo. (Carnelutti 2001: 340; Devis 2002: 527; Parra 2007: 539-544). El documento debe ser perceptible por los sentidos y generalmente se encuentra sometido a las leyes de la naturaleza. No obstante,

ciertos documentos tienen la capacidad de representar y valen como medios probatorios dentro del proceso aunque no sean propiamente una cosa material. Es el caso de los documentos electrónicos.

Para que el documento tenga valor probatorio en un proceso, debe allegarse en original, copia auténtica, o copia cuya validez sea debidamente reconocida en el proceso. De lo contrario, carecerá de idoneidad como medio probatorio⁸⁹.

Las pruebas documentales deben ser allegadas oportunamente en aras de garantizar a las partes la vigencia de los principios de publicidad y contradicción. A este respecto, en fallo reciente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia afirma que no se configura *error de hecho* por omisión de apreciación de la prueba documental cuando ésta es aportada después de la oportunidad procesal para hacerlo, aunque el medio contenga información que favorezca a la parte que lo presenta. De esta forma, se garantizan los principios de publicidad y contradicción de los sujetos procesales⁹⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional: “no es válido para el operador aportar como prueba documentos que no cumplen con los requisitos de publicidad y contradicción”⁹¹.

Algunos tratadistas clasifican los documentos entre documentos públicos y privados (Carnelutti 2001: 341; Devis 2002: 513-518; Parra 2007: 550 y ss). La distinción es relevante respecto del proceso judicial en lo que concierne a las presunciones de autenticidad que se establecen en la Ley 446 de 1998; el artículo 11 de esta ley establece que los documentos privados aportados al proceso se presumirán auténticos. Los documentos privados, suscritos o manuscritos, que se aportan al proceso se presumirán auténticos al igual que sus copias. Además, la distinción resulta especialmente importante en el derecho

89 Corte Constitucional. Sentencia T- 639 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 21 de febrero de 2005. M. P. Luis Javier Osorio López.

91 Corte Constitucional. Auto No. 223 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

penal, pues del carácter público o privado de un documento dependerá la configuración o no de delitos como la falsedad en documentos públicos o privados, entre otros aspectos.

Corresponde a la parte en contra de la cual se presentan ejercer su derecho a la contradicción mediante la tacha de falsedad, la solicitud de inspección sobre el original, o el cotejo. En fallo del 2005, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reitera que la presunción de autenticidad que recae sobre los documentos aportados al proceso se mantiene en firme si la parte afectada no se pronuncia al respecto:

[...] si bien la copia de la sentencia en cuestión se encuentra sin autenticar, las circunstancias específicas que ofrece el proceso, permiten tener el hecho por acreditado. Como se indicó, amén de que la parte demandante no protestó la incorporación de dicho fallo al expediente ni le restó eficacia probatoria en los alegatos de primera instancia, el oficio de respuesta que se recibió como consecuencia del auto de pruebas y la referencia que la citada parte hizo expresamente aceptando su contenido en los mentados alegatos, para oponerse, en el sentido de que no tenía incidencia en el asunto controvertido, no sólo confirman la existencia de la sentencia, sino que también permiten concluir su firmeza, esto último, inclusive, porque en ninguna parte el punto aparece cuestionado⁹².

4.1.1 DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Dada la creciente importancia de este tema y sus claras proyecciones en materia probatoria, se hará una presentación más amplia de este medio de prueba y algunas anotaciones sobre su alcance probatorio, a pesar de su escaso desarrollo en la jurisprudencia.

En este campo se presenta el fenómeno de la desmaterialización del documento, en tanto la concepción tradicional del soporte

92 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 5 de julio de 2005. M. P. Jaime Arrubla Paucar.

de papel, e incluso su confusión con el mismo, son sustituidas por la idea del documento como el medio plasmado en soportes de diversa naturaleza, como el electrónico.

El orden jurídico colombiano (art. 251 del C.P.C.) acoge la tesis que sostiene que el *documento* es un objeto representativo que puede informar sobre un hecho u otro objeto, y es en este marco que puede definirse al *documento electrónico* como el grupo de bits alojado en soporte magnético, el cual constituye una representación idónea que puede reproducir una manifestación de voluntad, y que requiere máquinas traductoras para ser identificado.

La reglamentación del *documento electrónico* en Colombia es reciente. El primer antecedente legal lo encontramos en la Ley 28 de 1993 (art. 23) al contemplar que: “*Se consideran libros los publicados en medios electromagnéticos*”. La Ley 270 de 1996 (art. 95) agregó que “*Los juzgados podrán utilizar cualesquiera medios (...) electrónicos (...) que gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y cumplimiento de los requisitos legales*”. En cuanto a la normatividad comercial, la Ley 223 de 1995 (art. 37) señaló que “*Son documentos equivalentes a la factura de venta: ... la factura electrónica...*”. Finalmente, el Decreto 266 de 2000 (art. 4) autorizó “*a la Administración Pública el empleo de cualquier medio tecnológico o documento electrónico... Los mensajes electrónicos de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria según CPC*”.

La regulación más importante en este campo es la Ley 527 de 1999, de comercio electrónico, la cual define y reglamenta el acceso y uso de los *mensajes de datos*, del *comercio electrónico* y de las *firmas digitales*; establece las entidades de certificación; y acoge el Modelo de Ley sobre Comercio Electrónico aprobado en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, con el objeto de facilitar el empleo de técnicas de comunicación modernas en todas las actividades, adoptando un conjunto de reglas internacionalmente aceptadas que imprimen certeza jurídica a los actos realizados a través del uso de la tecnología.

Esta normatividad se funda en el criterio de la *equivalencia funcional*, en virtud del cual se adoptan en el campo jurídico nuevos medios tecnológicos de creación y transmisión de la información, en la medida en que éstos cumplan las mismas funciones y permitan alcanzar los mismos objetivos que se logran con los medios tradicionales. Respecto de este criterio, la Corte Constitucional en la Sentencia C-662 de 2000 sostuvo lo siguiente:

[...] Se adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.⁹³

Según el artículo 1° de la Ley 527 de 1999, esta normatividad “*será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos*”, salvo en los siguientes casos:

- en las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales.
- en las advertencias escritas que, por disposición legal, deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón del riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

Como principales características de la reglamentación del *documento electrónico*, y a su vez, pautas para su valoración, se encuentra que:

93 Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

- Es aplicable a todo tipo de información en forma de *mensaje de datos* (art. 2º, Ley 527 de 1999).
- Impone regulación general de toda actividad por medios electrónicos (a los particulares, al Estado y a los órganos jurisdiccionales).
- Reglamenta el uso de *mensaje de datos* y *firmas digitales*.
- Establece procedimientos y principios que dan certeza, validez, eficacia y fuerza probatoria. (art. 6, Ley 527 de 1999).
- Admite el *mensaje de datos* como prueba en las actividades administrativas y judiciales (arts. 10 y 11, Ley 527 de 1999).
- Establece el método de equivalente funcional: busca los objetivos y funciones del escrito, firma y original para aplicarlos en el contexto electrónico.

La reglamentación sobre este campo permite que cuando una norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito se satisfaga con un *Mensaje de Datos (MD)*, siempre y cuando la información que éste contiene sea accesible para su posterior consulta (art. 6) y la autenticación del notario podría ser reemplazada por la de las entidades de certificación. En síntesis, el original de un documento en físico se satisface con un *MD* (art. 8), si:

- Existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información desde su generación.
- La información puede ser mostrada a la persona que se le debe presentar.

En cuanto a la *firma electrónica*, existen dos especies de la misma: la *firma manuscrita digitalizada* y la *cualificada digitalizada* que utiliza la criptografía⁹⁴.

Para la *firma manuscrita digitalizada*, que se puede definir como el conjunto de datos electrónicos utilizados para identificar al autor, la

94 Este punto se encuentra ampliado en (Parra 2007: 567-581).

Ley 527 de 1999 (art. 7) establece dos condiciones que, de cumplirse, permiten establecer que la firma existe, y por tanto, goza de pleno valor probatorio. El primer requisito consiste en que se utilice un método que permita identificar al iniciador del *MD* para indicar que el contenido cuenta con su aprobación; y el segundo, en que el método sea confiable y apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Para la *firma digital*, la ley impone el cumplimiento de condiciones especiales para su plena validez, las cuales consisten en la incorporación de los siguientes atributos (art. 28):

- Es única la persona que la usa.
- Es susceptible de ser verificada.
- Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
- Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
- Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

Este modelo de firma se basa en que dos personas *encriptan*⁹⁵ un *mensaje de datos* a través de una misma clave (clave pública) que puede ser descifrado con otra (clave privada). Así, solo el dueño que conoce la clave privada podrá descifrarlo garantizando la confidencialidad.

Alcance probatorio del documento electrónico

La Ley 527 de 1999 en el artículo 5 señala que “*el documento electrónico goza de toda fuerza obligatoria y probatoria y no se le negará validez por el solo hecho de estar contenido en un soporte de mensaje de datos*”. Adicionalmente, el artículo 10 lo admite como medio de prueba y le otorga fuerza probatoria en los términos del C.P.C.

95 La criptografía es una rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar mensajes en formas de aparente ininteligibilidad, y de devolverlas a su forma original.

Así, el *MD* al igual que cualquier otro documento deberá ser evaluado en su grado de integridad y autenticidad. Estos requisitos serán surtidos a través de la firma electrónica y del certificado de firma electrónica. En este aspecto estipula el artículo 11 que, para la valoración de la fuerza probatoria de los *MD*, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas; además, el juez deberá tener presente:

- La confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje.
- La confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información.
- La forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

En conclusión, la Ley 527 de 1999 enfatiza en que se valore la información contenida en *mensajes de datos* en pie de igualdad con la contenida en escritos tradicionales, siempre que no haya exigencia legal contraria.

Respecto del alcance probatorio que le da la ley a los documentos electrónicos, en la Sentencia C-662 de 2000 la Corte Constitucional señaló que:

Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor.

Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en

la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (artículo 11).⁹⁶

En este fallo la Corte Constitucional también estableció que, a pesar de que los *mensajes de datos y firmas digitales* requieren de certificación técnica, no se debe entender esta condición como un grado de mayor jerarquía probatoria, con respecto a los mensajes de datos de un documento tradicional, pues dicha certificación sólo busca dar certeza a quienes utilizan medios tecnológicos para el intercambio de información, en cuanto a la identidad y origen de los mensajes intercambiados.

De otra parte, en Sentencia C-356 de 2003, la misma Corte, en cuanto al uso de estos medios tecnológicos de comunicación, ha señalado que:

[...] es oportuno destacar la importancia manifiesta que el documento electrónico y los mensajes de datos representan en relación con la protección de los derechos fundamentales contemplados en el ordenamiento constitucional, en particular algunos de ellos, como el derecho a la intimidad (Art. 15), el derecho de habeas data (Art. 15), esto es, el derecho de las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, el derecho al buen nombre y a la honra (Arts. 15 y 21), la libertad de pensamiento y opinión (Art. 20), el derecho al trabajo (Art. 25), la libertad de enseñanza, aprendizaje e investigación (Art. 27) y los derechos políticos (Art. 40), lo cual debe reflejarse adecuadamente en su regulación legislativa y en su uso social.⁹⁷

96 Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

97 Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentoría.

4.1.2 DOCUMENTOS DECLARATIVOS

En relación con la prueba documental, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 23 de enero de 2006 se refiere a los documentos declarativos:

Cuando de la prueba documental se trata, si el hecho que el documento representa es una declaración del hombre, que bien puede ser de voluntad, es decir, una manifestación de esa naturaleza, dirigida a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, o una declaración de ciencia o conocimiento sobre determinados hechos, pertenece a la categoría de los denominados documentos declarativos, catalogados, en el primer caso, como declarativos-constitutivos o dispositivos y en el segundo, como pura o simplemente declarativos, o testimoniales, distinción cuya importancia reside en que "... de la pertenencia de la declaración a una u otra categoría depende que el documento aparezca, por lo general, como fuente primaria o secundaria de prueba: si el documento contiene una declaración constitutiva, sirve, por lo general, para la deducción directa del hecho a probar (cuando sea la declaración misma constitutiva), y si representa una declaración testimonial, sirve, en general, para la deducción indirecta del hecho a probar (cuando en vez del hecho testimoniado sea el hecho del testimonio), es decir, para la deducción de éste mediante la deducción directa del testimonio (hecho documentado)" (Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, pág. 180).

De corresponder a los de la última clase (declarativo o testimonial), si la manifestación documentada proviene exclusivamente de una de las partes en el proceso en el cual se hace valer, a cuyos intereses resulta perniciosa, se clasifica como confesorio, porque su contenido se equipara a una confesión extrajudicial, desde luego a condición de que satisfaga las condiciones generalmente exigidas para constituir-la, confesión cuya prueba resulta del documento, que en esa precisa hipótesis se instituye en prueba de la prueba, porque si es de naturaleza extrajudicial la confesión que de esa aserción se desprende, se trata entonces de un medio probatorio que debe ser cabalmente comprobado por quien quiere aprovecharse de él -artículo 195 - 6 del Código de Procedimiento Civil- y es de otros elementos pro-

bativos de donde su prueba aflora, de ahí que en el caso de haberse documentado, el escrito le sirva de prueba. Como explica Redenti, se trata de “una probatio probanda (prueba que debe ser probada), y se resolverá en un desplazamiento del thema probandum (tema de la prueba) (del hecho confesado al hecho de haberse realizado la confesión)”, situación que el mismo autor ejemplifica así: “...quien hace un pago, es corriente que se haga librar por la otra parte la confesión de haberlo recibido (recibo). Si ello no obstante y después de que ello ocurra, se pide en juicio su condena a pagar, bastará para hacer que se rechace la demanda ope exceptionis (en virtud de la excepción), que produzca, es decir haga conocer oficialmente al juez, el recibo, adquiriéndolo para los autos. El recibo (como escritura privada, ...) probará la confesión; la confesión a su vez probará la realización del pago, y este (si no obsta otra cosa) valdrá para hacer que se acoja la excepción” (Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 286).⁹⁸

4.1.3 VALOR PROBATORIO DE LIBROS Y PAPELES DE COMERCIANTES

Respecto del valor probatorio que merecen los libros y papeles del comerciante cuando se trate de contiendas entre comerciantes o una de las partes tenga tal condición, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

[...] en los asuntos mercantiles el comerciante se puede servir de sus libros y papeles como prueba de los hechos que alega, en la medida en que tiene el deber de registrar en ellos todas sus operaciones, “de manera que suministren una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante” (art. 50 C. de Co.). Por eso tienen el valor de plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes disputen entre sí (art. 68, ib.) y, en el caso de los libros, constituyen un principio de prueba por escrito “a favor del comerciante”, cuando contienda con persona que no lo sea (art. 69,

98 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 23 de enero de 2006, SC-005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

ib.). Otra cosa es que se polemice sobre un asunto de naturaleza civil, evento en cual los libros del comerciante no tienen por qué dar cuenta de él; por lo mismo, si en ellos aparece asentado un negocio civil, ese asiento, aunque conste en un libro de comercio, no pasa de ser una anotación privada, un escrito doméstico que, por tanto, sólo “hace fe contra el que los ha escrito o firmado” (art. 281 C.P.C.).⁹⁹

4.1.4 VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS DE DOCUMENTOS

En cuanto al valor probatorio de las copias de documentos originales, la Corte Constitucional ha manifestado que la certeza de los hechos invocados como fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda, mediante prueba documental constitutiva de copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad. Dicha certeza configura un sustento de la eficacia de la Administración de Justicia y de la garantía de los derechos reconocidos en la ley sustancial. Según lo establece el inciso 1º del artículo 254 del C.P.C., la validez de la copia deriva de que el original, o la copia autenticada repose en la oficina del funcionario que la autoriza, o sea, del notario; director de oficina administrativa o de policía; o secretario de oficina judicial, en éste último caso con previa orden del respectivo juez¹⁰⁰.

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC-140 de 2006, respecto de las copias en las actuaciones judiciales consideró que:

[...] es sabido que para que las copias de actuaciones judiciales tengan mérito probatorio es indispensable que hayan sido ordenadas por el Juez y autorizadas por el secretario del correspondiente despacho judicial, requisitos sin los cuales no puede considerarse que ellas se encuentran debidamente autenticadas.

99 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 26 de mayo de 2006, SC-058. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

100 Corte Constitucional. Sentencia SU- 132 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Sobre el particular, esta Sala en cas. civ. de 22 de abril de 2002, precisó lo siguiente:

“Se trata, entonces, de un acto mixto o si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del Juez, en orden a posibilitar —mediante providencia previa— que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo Juzgado, quien cumple la función de “extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello”, precisando “que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista”, según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha”

“Establecidas, pues, las condiciones bajo las cuales debe producirse este tipo de prueba, para que ella tenga mérito probatorio, se requiere que exista constancia de que los dos actos se verificaron, esto es, tanto el relativo a la orden del Juez, como el concerniente a la autorización del Secretario, dada la estrecha y acerada vinculación que existe entre uno y otro. En tal sentido, la sola presencia del último, ayuna de toda referencia a la señalada actuación judicial, ni permite otorgarle a una copia la calidad de autenticada puesto que, en tal supuesto no hay forma de verificar si, efectivamente y como al unísono lo disponen los citados artículo 115 (num 7º) y 254 (num 1º), la reproducción de esas copias fue ordenada por el respectivo Juez, quedando sin demostración no sola la existencia de la supraindicada providencia, sino aún el hecho mismo de que ella hubiera sido expedida con anterioridad al momento en que el secretario procediera a acometer la comentada labor de autenticación, todo lo cual lleva a concluir que, en la hipótesis así planteada, de conformidad con el artículo 174 de la misma codificación, no habrá lugar a apreciar como prueba las copias en esta forma autenticadas...”¹⁰¹

Respecto de la valoración probatoria de copias de documentos privados, el Consejo de Estado sostuvo que:

101 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-140 de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. (Subrayado del texto original).

El trámite para reconocer un documento privado ante juez y tenerlo como auténtico, tal y como lo dispone el numeral primero del artículo 252 del C.P.C., está previsto en el artículo 272 *ibidem*¹⁰², y en él establece que quien presente un documento privado en copia simple “podrá pedir su reconocimiento por el autor (...) o el representante legal de la persona jurídica a quien se atribuye”, caso en el cual, el juez señalará fecha y hora para la diligencia, mediante auto que se notificará por estado a las partes. Nótese que este reconocimiento está previsto para documentos privados allegados en reproducción mecánica o en copia simple, es decir cuando ésta no se presente con los requisitos de autenticación a que se refieren los artículos 252 y 254 del C.P.C.

Lo anterior significa que, en efecto un documento privado se tiene por auténtico cuando en él recaen algunas de las circunstancias previstas en el artículo 252, es decir; si ha sido reconocido ante juez, si fue inscrito en un registro público; si no se tachó de falso oportunamente.

Ahora las copias tienen el mismo valor probatorio cuando; han sido autorizados por notario, director de oficina o juez o cuando se obtienen en inspección judicial. Esto no quiere decir que si el documento privado no se presenta con el cumplimiento de alguno de los eventos anteriores no pueda solicitarse su reconocimiento pues, el mismo artículo 252 del C.P.C., establece que el documento privado se tiene por auténtico cuando sea reconocido ante el juez, tal como lo prevé el artículo 272 *ibidem*.

De tal manera que, tal y como se determinó en el auto suplicado, el documento privado debe presentarse en original o en copia auténtica.

102 Artículo 272 del C.P.C.: Citación para reconocimiento: “El que presente un documento privado en original o reproducción mecánica, podrá pedir su reconocimiento por el autor, sus herederos, un mandatario con facultades para obligar al mandante en actos de la misma índole, o el representante de la persona jurídica a quien se atribuye.

El juez señalará la fecha y hora la diligencia, mediante auto que se notificará por estado a las partes; cuando se trate de un tercero, la notificación se le hará como disponen los numerales 1° y 2° del artículo 320.

Si el documento está suscrito por mandatario, se podrá citar indistintamente a éste o a su mandante, y el reconocimiento que hiciere el primero producirá todos sus efectos, si aparece probado el mandato en la fecha del documento”.

ca para que tenga pleno valor probatorio, pero ello no obsta para que cuando se allegue en copia simple la parte pueda pedir el reconocimiento ante el juez, circunstancia que en los términos del artículo 252 del C.P.C., conlleva a que éste se tenga por auténtico.¹⁰³

4.1.5 VERIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES DEL COMERCIANTE

En cuanto a la necesidad de la presentación de documentos para probar la existencia de determinadas obligaciones, la Corte Constitucional ha manifestado que en un sistema jurídico como el colombiano, fundado en el respeto de los principios de *seguridad y certeza jurídicas*, y heredero de una tradición legal sustentada en el *derecho escrito*, la prueba documental de ciertos actos jurídicos cumple un papel primordial para verificar la existencia y cumplimiento de algunas obligaciones.

Por esta razón, en el caso de documentos como la factura elaborada por el comerciante en desarrollo de sus operaciones, no se trata de una alusión a simples requisitos de forma de los cuales no se desprende responsabilidad alguna. Así, en materia tributaria no puede perderse de vista que con respecto a la fijación de los requisitos a los que se debe ajustar la expedición de una factura, dicho acto configura la base para la comprobación del cumplimiento de buena parte de los deberes, que como agentes de la administración en materia impositiva, son predicables de todos los comerciantes¹⁰⁴.

103 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 27 de septiembre de 2006, exp. 23276. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

104 Corte Constitucional. Sentencia C-1717 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-733 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

4.1.6 PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LOS DOCUMENTOS EXPEDIDOS POR LAS ENTIDADES BANCARIAS

Los documentos expedidos por las entidades financieras, como encargadas de la prestación de un servicio de interés general y respecto de quienes la confianza pública les ha sido entregada, se presumen veraces y, por lo mismo, reflejarán la realidad de las cosas en el respectivo momento. Por ejemplo, la expedición del paz y salvo por parte del Banco, genera en los usuarios el pleno convencimiento de la extinción de la obligación. Así, la Corte Constitucional ha tutelado los derechos de los clientes financieros a los cuales, después de haberles expedido el correspondiente paz y salvo, la entidad bancaria les imputa una carga económica que ambas partes ya habían dado por cancelada y que tiene toda fuerza probatoria en la certificación expedida por el banco¹⁰⁵.

4.1.7 VÍA DE HECHO EN EL RECHAZO DE DEMANDAS EJECUTIVAS QUE NO PRESENTAN EL TÍTULO

En este tipo de casos, la Corte Constitucional ha amparado el derecho al debido proceso de una accionante que inicia un proceso para el cobro de seguro de vida con la fotocopia del título valor. En una situación de este tipo, el juez de conocimiento negó las pretensiones, al declarar probada la excepción de inexistencia del título valor; el accionante no presentó ante el juez el documento contentivo de la obligación a su favor, sin embargo, adujo otros medios que permitían explicar que éste se encontraba en poder de la aseguradora, además de que la fotocopia presentada no fue tachada de falsa por la empresa. En el caso analizado, el juez de instancia confundió la existencia de una obligación con el título que la contiene. No es lo mismo una demanda ejecutiva, por ejemplo, en la que en lugar del cheque original se

105 Corte Constitucional, Sentencias T-959 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-083 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-608 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

acompaña una fotocopia de éste, a la situación de una demanda en la cual, si bien no está acompañada del original del documento en que consta la obligación, sí contiene la fotocopia autenticada de la misma, documento que, a su vez, ha sido objeto de diligencias de reconocimiento e inspección judicial. Mientras que en el primer evento sí resultaría procedente invocar la inexistencia del título original, en la segunda situación, *no*, por cuanto fueron aportados otros medios probatorios que corroboraban la existencia del título¹⁰⁶.

4.1.8 REFUTABILIDAD DEL VALOR DEMOSTRATIVO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS QUE ACREDITAN ESTADO CIVIL

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha planteado que las copias y certificaciones de documentos públicos como el registro civil de nacimiento, dotados por la ley de autenticidad presunta (art.103 del Decreto 1260 en concordancia con el art. 252 del C.P.C.), y que demuestran el estado civil de las personas, no tienen una fuerza demostrativa irrefutable. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que los documentos que demuestran el estado civil de las personas son susceptibles de ser cuestionados, en primer lugar, a través de la tacha de falsedad; y en segundo lugar, cuando se producen las pruebas contrarias que desvirtúan lo expresado por el registro. A través de estos procedimientos, es posible desplazar el estado familiar que se tenía y reemplazarlo por el que realmente existe¹⁰⁷.

106 Corte Constitucional. Sentencia T- 585 de 2004. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

107 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2005. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

4.1.9 CONDICIONES SUSTANCIALES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO

Independientemente del formato, el documento público se constituye en razón de la autoridad que suscribe el documento y no al tipo de forma que comporta el documento. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en un fallo en el que una de las excepciones que impedían la constitución de la falsedad en documento privado consistió en que la firma de la autoridad pública no se consignó sobre un papel oficial sino sobre formas preimpresas y de uso comercial. La posición respecto de las órdenes de suministro, en cuanto a que no pueden ser consideradas como documentos públicos porque corresponden a formas preimpresas, sin firma ni sello alguno, resulta equivocada. Si en el documento se reconoce la expedición por parte de una autoridad pública, se ha configurado el principal requisito para ser considerado un documento público¹⁰⁸.

4.1.10 VALOR PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS COMO DOCUMENTOS

Según el Consejo de Estado, las fotografías constituyen documentos privados representativos, si no se demuestra que fueron tomadas por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, caso en el cual constituirían documentos públicos (art. 251 del C.P.C.). Las fotografías en un proceso judicial son útiles para probar el estado en el que se encontraba las cosas, predios, personas, entre otros elementos relevantes en la controversia jurídica, al momento de ser tomadas. De acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez, son un auxiliar de la prueba testimonial. En este caso, el testigo debe reconocer ante el funcionario judicial la veracidad de los elementos

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 7 de febrero de 2002. M. P. Álvaro Pérez Pinzón.

que se encuentran consignados en las fotografías y que hacen parte de la versión de su testimonio.

Para tener valor probatorio dentro del proceso, se debe acreditar la fecha cierta de las fotografías. En tanto documento privado, la fecha cierta se deduce respecto de terceros desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado en un proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia¹⁰⁹.

4.2 TESTIMONIO

Nuestro ordenamiento jurídico establece como medio de prueba el testimonio, definiéndolo como una declaración que hace un tercero ante un juez con fines procesales sobre lo que sabe respecto de un hecho¹¹⁰. Para efectos de la recepción del testimonio, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia advierte lo siguiente:

Esta Corporación ha señalado que “el Código de Procedimiento Civil prohija una técnica mixta en virtud de la cual el juez debe apremiar al declarante para que realice una narración abierta de los hechos, interrogándolo, en seguida, en procura de “precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos” (artículo 228 del Código de Procedimiento Civil), esforzándose porque el testimonio sea “exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 226” (artículo 228 ejusdem), todo ello, obviamente, con el fin de recoger una atestiguación espontánea y sincera que se erija en un valladar

109 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2005. C. P. María Elena Giraldo Gómez.

110 Art. 213 del C.P.C. y arts. 283 y ss del C.P.P. -Ley 906 de 2004-. En el mismo sentido, en el artículo 266 del antiguo C. de P. P., Ley 600 de 2000.

frente a las eventuales preguntas insinuanes de las partes, las cuales, como se sabe, también están facultadas para examinar al deponente, sujetándose, empero, a lo previsto en los artículos 226, 227 y 228 *ibídem* (CCLVIII, 386, reiterada en cas. civ. 25 de abril de 2001, Exp. 6602).¹¹¹

Como todo medio de prueba, el testimonio debe ser valorado, pero antes de llegar a esta etapa, el juez debe cerciorarse de que el testimonio cumpla con requisitos de validez como la capacidad del testigo, la inexistencia de inhabilidades, las formalidades propias de su recepción, etc. Sólo después de esta verificación podrá el juez entrar a valorar su grado de eficacia probatoria.

La eficacia de este medio de prueba debe ser especialmente valorada teniendo en cuenta que en su objeto, esto es, en los hechos narrados por el testigo, se encuentra la necesaria incidencia de elementos subjetivos (Reyes 1988: 177). Así, la credibilidad de los testimonios puede estar asociada a la valoración de datos tales como las relaciones laborales o de parentesco entre el testigo y las partes, su comportamiento en general y durante el interrogatorio, el contenido, la forma y las modalidades de sus respuestas; todo lo cual puede constituir premisas respecto de inferencias relativas al grado de aceptabilidad del testimonio (Taruffo 2002: 262).

En este sentido, el art. 277 del antiguo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) establecía que:

Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo al objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, SC-171. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

El nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en el art. 404, elimina la alusión explícita a la sana crítica y menciona como elementos objetivos que deben tenerse en cuenta:

[...] los principios técnicos científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

En relación con la valoración de una prueba testimonial, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señala lo siguiente:

Cuando la censura se dirige a controvertir la prueba testimonial, la jurisprudencia ha señalado algunas pautas a tener en cuenta en su examen, que tienden a que el juzgador constate en cada caso la suficiencia o solidez de la declaración, requiriendo para ello de una juiciosa ponderación objetiva respecto de los hechos que pretenden ser demostrados, sin que de parte de quien se realiza tal labor pueda llegarse al extremo de descalificar la versión que, en aspectos distintos a los centrales de que ella trate, contengan ciertas imprecisiones relativas al tiempo de los hechos depuéstos o a éstos, si la valoración del conjunto probatorio produce la íntima convicción del acaecimiento de los sucesos investigados, caso en el cual tales vacíos no implican necesariamente equivocación grave del testigo, ni motivo de sospecha que impida su consideración. Al respecto ha expresado la Corte que una “declaración no puede ser en manera alguna, de precisión matemática, estereotipada y precisa en sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiere de exigirse al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia” (G.J. t. LXXXVIII, pag. 121).¹¹²

112 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de agosto de 2003, exp. 06899. M. P. Cesar Julio Valencia Copete.

Con posterioridad, la misma Sala de la Corte, al referirse sobre la valoración de posibles inconsistencias en declaraciones, considera que:

[...] aun cuando es factible sostener que I... incurre en imprecisiones al referir la época en que conoció a A... y los días en que percibió la relación, tales cosas no pueden destruir de un tajo la ciencia que en su dicho va envuelta, sobre todo porque se trata de una persona de avanzada edad, lo que a voces de la jurisprudencia explicaría las inconsistencias que al respecto pueda tener el testimonio, desde luego que en la contemplación de esta clase de probanzas “es factible casi siempre, por no decir siempre, detectar discordancias en las narraciones de los testigos -tanto como es factible encontrar circunstancias que las justifican-; y es que ello tiene que ser así, pues si difieren los seres humanos en cuanto a la percepción de un mismo acontecimiento, cuánto más podrá predicarse de sus recuerdos, surcados por el tiempo y las experiencias. Seguramente reflexiones de ese linaje llevaron a la Corte a señalar que es natural que el testigo, sobre todo cuando relata episodios acaecidos hace varios años, incurra en inexactitudes en los detalles narrados; al cabo de todo, no son precisamente aquéllos los que normalmente se encuentran llamados a fijarse en la memoria. De allí que lo sospechoso sea entonces que convengan hasta en los detalles más ínfimos; más todavía cuando con razón se ha dicho que, ‘reclamar de los testigos exactitud en sus versiones, al punto que uno sea mirado como calco del otro’, amén de resultar una pretensión desmedida, es en cierto modo una aspiración utópica. (G.J. t. CCXXVIII, Vol. II, pág. 1154)” (Cas. Civ. sent. de 11 de febrero de 2003, exp. 7344).

Lo mismo cabe decir en relación con M...I..., M...A... y S.... Obsérvese que a pesar de los reproches que localiza el censor en estas declaraciones, no es posible desentenderse de lo expresado por las testigos, quienes percibieron los hechos de primera mano, así que su relato, independientemente de que en algunos momentos pueda no lucir completo, como lo dice el recurrente frente al de M...I..., o bien, cual ocurre respecto de M...A..., aluda unas circunstancias que no percibió directamente sino que escuchó de otras personas, o carente de contenido, cual tacha el de S..., la verdad es que vistos en el contexto en que éstos se desarrollaron, no destruyen per se

el valor que en lo principal les quepa, todo lo más si en la cuenta se tiene que, como también lo ha tiene establecido la doctrina de esta Corporación, “en todos los juicios la convicción del fallador abrevia, no tanto del examen fraccionado del acopio probatorio, como del que es realizado enlazando unos y otros elementos de prueba; así que bien puede suceder, y de hecho se presenta a menudo, que las distintas probanzas que individualmente consideradas no persuaden al Juez, adquieren destacada importancia probatoria cuando se las articula, y dejan entonces de ser una rueda suelta dentro del plenario para integrarse a la sumatoria demostrativa; de este modo, de su exiguo valor que otrora tenían pasan a ser notoriamente importantes, decisivas, determinantes” (G.J. t. CCXXVIII, Vol. I. Pág. 1153).¹¹³

Como complemento de lo anterior, resulta oportuno destacar la postura que mantiene la Sala Civil de la Corte, en cuanto a la valoración de la prueba testimonial:

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de puntualizar que “la calificación que de las condiciones de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes, contradictorios, o por el contrario, responsivos, exactos y completos; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principio de la sana crítica es cuestión de hecho y que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desarrollo al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho” (cas. civ. 25 de febrero de 1988).¹¹⁴

113 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 31 de enero de 2006, SC.008. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

114 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, SC-171. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

4.2.1 INTERÉS PERSONAL O FAMILIAR DEL TESTIGO EN EL LITIGIO, SOBRE EL HECHO OBJETO DE SU TESTIMONIO

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que los testimonios que provienen de un familiar o de alguna persona con interés en el asunto, testimonios sospechosos, no deben ser, por este sólo hecho, rechazados¹¹⁵:

[...] el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar estos testimonios, no lo habilita para desconocer, a priori, su valor intrínseco, debido a que 'la sospecha no descalifica de antemano —pues ahora se escucha al sospechoso—, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después —acaso lo más prominente— halla respaldo en el conjunto probatorio'¹¹⁶

El llamado testimonio sospechoso no puede ser descalificado de antemano, por el contrario, debe ser tenido en cuenta, y su valoración depende del análisis crítico que haga el juez frente a su credibilidad, y del respaldo que encuentre en el conjunto probatorio¹¹⁷.

En procesos en los cuales se debate el estado civil de las personas, en razón a que los hechos determinantes son conocidos sólo por quienes se encuentran estrechamente vinculados a la familia, los familiares han

115 En materia penal la ley establece la posibilidad de impugnar al testigo sospechoso para afectar su credibilidad (art. 403, num. 3, Ley 906 de 2004).

116 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de Septiembre 19 de septiembre de 2001, exp. 6624, M. P. Manuel Ardila Velásquez; y Sentencia de Abril 29 de 2002, exp. 6807, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Pronunciamento reiterado por este Magistrado en Sentencia SC-196 del 28 de julio de 2005.

117 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 19 de septiembre de 2001, exp.: 6624; reiterada en Sentencias del 26 de Octubre de 2004, exp.: 9505 y del 28 de julio de 2005, exp.: 0143. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

de considerarse prácticamente como testigos exclusivos, de importancia incuestionable. De ahí que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia haya sostenido que *“no basta con afirmar simplemente que los testigos son sospechosos, sino que es menester demostrar cabalmente la manera como se afecta la imparcialidad o credibilidad de su dicho.”*¹¹⁸

La misma Sala de la Corte, al analizar los cargos formulados contra los testimonios de familiares vertidos en un proceso de investigación de paternidad, consideró que:

[...] el deber del juzgador de sopesarlos con el rigor que una circunstancia de ese cariz exige, puesto que el motivo que da pie para tomarlos con reserva, como es el lazo familiar que vincula a sus autoras con el demandante y su progenitora, se admitió en la diligencia misma en la que prestaron su declaración. La falta de tacha con ocasión de la audiencia, como sostuvo la Corte en un evento análogo, “no era óbice para que el fallador dentro de su discreta autonomía y acudiendo a la reglas de la sana crítica, hiciera la calificación que ahora se le reprocha” (Sent. 191 del 5 de octubre de 2001), habida cuenta que, si bien esa mácula no da lugar para que se les deseche, sin otra consideración, menos en tratándose de causas de esta estirpe, en las que no puede perderse de mira que la versión de los familiares “es muchas veces la única con la que se cuenta, porque son las personas próximas a cualquiera de los miembros de la pareja quienes están en posibilidad de enterarse de los hechos que rodean las relaciones que terminan conduciendo a los actos genéticos” (Sent. del 21 de mayo de 2001, exp. 5924), impone, como se anotó, un celoso escrutinio de ellos para definir la fe que merecen, porque al fin y al cabo si “la credibilidad que les pueda caber en principio arranca estigmatizada por la duda; y si de este modo se recomienda al juez que examine sus dichos diligentemente y ejerza su discreción apreciativa con el máximo de escrúpulo, aflora inevitable que la mácula con que se mira a tal linaje de testigos sólo se desvanecerá, y por qué no hasta desaparecerá, en la medida en que brindén un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particu-

118 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de marzo 1º de 2005, exp. 73001. M. P. Cesar Julio Valencia Copete.

larizado en todo cuanto dieren noticia, y que, aun así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo analizado cual lo dice la norma en cuestión —artículo 218 del C. de P.C., ‘de acuerdo con las circunstancias de cada caso’” (Cas. Civ. Del 10 de mayo de 1994, exp. 3927), laborío que es precisamente el que se le disputa al fallador.¹¹⁹

Al respecto ha puesto de presente la Sala Penal de esta Corporación que el testimonio sospechoso debe ser valorado conforme a los siguientes criterios:

En realidad, ni las normas invocadas, ni ninguna otra en materia penal, le asigna un determinado valor al testimonio de parientes, porque tanto para la apreciación de éste como del proveniente de cualquiera otra persona, es el buen juicio del funcionario, auxiliado por los principios de la sana crítica y valorando con cuidado lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.¹²⁰

En cuanto a la tacha de testigos por sospecha, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de octubre 5 de 2006 destaca para los asuntos laborales lo siguiente:

La censura se duele que el Tribunal al proferir su decisión, guardó silencio en relación con la tacha formulada por la parte actora, en el trámite de la primera instancia por motivo de sospecha, respecto de los testigos que presentó la sociedad demandada y que declararon en el proceso [...]

Pues bien, el juez colegiado no pudo incurrir en el error jurídico que le enrostra el recurrente, en la medida que la tacha de testigos por sospecha, no anula, ni deja sin efectos como tampoco invalida

119 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 3 de marzo de 2006, SC-019. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

120 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 31 de enero de 2002, radicación: 11326. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

la prueba, porque no se trata de un problema que gire en torno a su producción, aducción o validez, sino que tiene que ver es con la valoración de tal medio probatorio, puesto que en esos eventos el juzgador recibe la declaración y la aprecia de acuerdo con las circunstancias de cada caso, admitiendo o negando la credibilidad de los dichos del testigo.

Cuestión diferente si se estuviera frente a un caso de inhabilidad del deponente, donde al encontrarse probada la causal de la tacha, no se puede recibir el testimonio y se debe prescindir de la prueba por la falta de requisitos que posibiliten su práctica, y de procederse a su recepción devine (sic) su ineficacia.

No esta de más precisar, que como lo pone de presente la oposición, si el ad quem sopesó las declaraciones que refiere la censura y les dio plena credibilidad, implícitamente está rechazando cualquier tacha y por tanto no es dable afirmar que esta circunstancia pasó inadvertida para el sentenciador.

Por consiguiente, el juez de apelaciones no infringió la ley instrumental denunciada que regula la tacha del medio de convicción de los testigos, y en estas condiciones resulta infundada la acusación.¹²¹

4.2.2 TESTIMONIO DE OÍDAS

El testigo que retransmite la versión de otro, testimonio de oídas o *ex auditur*, puede poner en peligro principios fundamentales del derecho, por esto la actividad de valoración realizada por el juez adquiere especial importancia. Sobre este tipo de testimonio, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostiene:

[...] en torno a los testimonios de oídas o *ex auditur*, que “frente al riesgo de equivocación o mentira en que pueden incurrir estos deponentes, el vertido en el proceso por haberse oído de interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que ha expresado al declarante alguna de las partes”

121 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de octubre 5 de 2006, radicación 28604. M.P. Luis Javier Osorio López.

(CLXXXVIII, 307, reiterada en cas. civ. 18 de abril de 2001, Exp. 5943).¹²²

Categoricamente la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia afirma que los testimonios de oídas, cuando no se puede precisar el testigo directo no merecen credibilidad:

Tales declaraciones, valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia, no crean convencimiento... como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o ex auditur “son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira”, de donde “está desprovisto de cualquier valor demostrativo, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas”¹²³.

Para la valoración del testimonio de oídas es necesario identificar al testigo original, de modo que pueda ratificarse lo dicho. Además debe valorarse la orientación temporal, y realizar una apreciación global que permita analizar el testimonio, contrastándolo y armonizándolo con los demás:

Frente al testigo anónimo que habla a través de otro, cómo develar sus intenciones, sus dudas, sus vacilaciones si se mantiene en las tinieblas, cómo preguntarle, cómo pedirle la razón de la ciencia de su dicho, de qué forma hacerlo responsable penalmente, cómo hacer para someterlo al careo de que trata el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, cuál la forma de examinar su personalidad, la fuerza y convicción de sus expresiones, qué será de la exigencia para que su narración sea exacta y completa, son todas preguntas que no tienen satisfactoria respuesta cuando se otorga credibilidad al testigo de oídas. En suma, qué será el derecho de defensa de aquel contra

122 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, SC-171. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

123 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (G.J. t. CLXVI, pags. 21 y 22), citada en Sentencia del 23 de julio de 2005, exp. 0143. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

quien se blande un testimonio, rendido por medio de un emisario que por todo lo dicho ningún poder suasorio puede tener.¹²⁴

4.2.3 TESTIGO ÚNICO

En materia penal, cuando se cuenta únicamente con un testimonio y en especial, si éste proviene del ofendido, se sostiene que no puede a priori descartarse, sino que debe examinarse si se trata de un medio de prueba libre de vicios y coherente. En esa dirección, desde el año 1989 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha planteado:

El testimonio único purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. El legislador, y también la doctrina, ha abandonado aquello de tesis unus, tesis nullus. La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo y apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora a la misma y mediante la cual es dable deducir cuándo se miente y cuándo se dice la verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de persona interesada o en solitario. Estos son circunstanciales obstáculos, pero superables; son motivos de recelo que obligan a profundizar más en la investigación o en el estudio de declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima y de no alcanzar el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena”¹²⁵.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 12 de julio de 1989. M. P. Gustavo Gómez Velásquez, citada en Sentencia del 16 de febrero de 2005, Proceso 22163; M. P. Marina Pulido De Barón. En el mismo sentido, Sentencias del 15 de diciembre de 2000, Rad. 13119, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; del 17 de septiembre de 2003, Rad. 14905, M.P. Mauro Solarte Portilla; y del 28 de abril de 2004, Rad. 22122, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

4.2.4 RETRACTACIÓN DE UN TESTIMONIO

Respecto de la retractación la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

[...] la retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (...) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa...¹²⁶

Sin embargo, recientemente sostuvo que para valorar si una retractación de un testigo tiene validez deben apreciarse diversos elementos pues no sería válida según la Corte *“cuando quien los percibe es el mismo que guarda muletillas del recuerdo que le permiten evocar con precisión los acontecimientos, sobre todo si su exposición se realiza apenas unos días después de vivirlos”*.¹²⁷

En este sentido se sostiene que *“la retractación del testigo le impone al juez un trabajo analítico para buscar la razón de ser”*¹²⁸ o el verdadero motivo

126 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 25 de mayo de 1999, M. P. Carlos E. Mejía Escobar. Postura reiterada en Sentencia del 6 de abril de 2005, exp. 23154. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

127 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Junio 1 de 2005, proceso 21042. M. P. Mauro Solarte Portilla.

128 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 25 de mayo de 1999, radicación 12855, M. P. Carlos Mejía Escobar; en igual sentido, Sentencia del 15 de diciembre

de la nueva versión"¹²⁹. Al referirse sobre las contradicciones en las que puede incurrir un testigo en las declaraciones que obren en el proceso, la Sala Penal sostiene que:

[...] la doctrina de la Corte ha insistido en afirmar que las simples contradicciones en las versiones vertidas por determinado testigo no son suficientes para restarles todo mérito, gozando el sentenciador de la facultad de determinar, siguiendo las reglas de la sana crítica, que son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para mostrar la verdad¹³⁰. ⁽¹³¹⁾

4.2.5 UNIDAD DE LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO

El juez tiene la obligación de analizar de forma integral todos los testimonios presentes en el proceso; sin embargo, puede dar mayor credibilidad a un testimonio que a otro, de acuerdo con la ponderación que haga de los diversos elementos que lo rodean y, especialmente, se deben analizar de forma integral los diferentes testimonios, identificando la mayor o menor coincidencia entre ellos, pero no comparando exclusivamente testimonios antagónicos. En este sentido la Corte Suprema de Justicia expresó:

[...] en el recurso extraordinario de casación, es inútil agrupar las pruebas en extremos antagónicos para mostrar como unas niegan lo que otras afirman, menos que unas dicen sobre hechos que otras callan o ignoran, pues en tal caso, entre versiones antagónicas puede el juez disolver el dilema que ofrece la prueba, asistido de la pondera-

de 1999, radicación 11429, M. P. Alvaro Pérez Pinzón, citada en Sentencia de Junio 1 de 2005, proceso 21042. M. P. Mauro Solarte Portilla.

129 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 9 de noviembre de 1993, radicación 8244, M. P. Jorge Carreño Luengas. Citada en Sentencia de Junio 1 de 2005, proceso 21042. M. P. Mauro Solarte Portilla.

130 Sentencia de casación del 25 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Carlos E. Mejía Escobar.

131 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 6 de abril de 2005, proceso 23154. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

ción razonable de ellas para fundar la decisión en aquellas que ofrezcan mayor grado de certeza, sin que por sólo ello caiga en error, que en todo caso, jamás podría tener la intensidad de manifiesto.¹³²

De otra parte, el testimonio rendido por cada persona conforma una sola prueba, aunque su contenido total se recopile en varias sesiones, o se decreten ampliaciones del mismo; por lo cual, si los jueces de instancia omiten la valoración de aspectos importantes vertidos en alguna de las ampliaciones, de suerte que su aporte hacia el esclarecimiento de los sucesos resulta cercenado, alterado o distorsionado, es factible la configuración de un error de hecho por falso juicio de identidad.¹³³

4.2.6 ALCANCE PROBATORIO DEL TESTIMONIO

Se debe tener en cuenta que no todo se puede probar con testimonios, por lo tanto, debe el juez aplicar la lógica para determinar qué puede probarse y qué no, con un testimonio.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que hay cosas que no pueden probarse por medio de testimonios:

[...] el Tribunal tuvo como demostrado que existió una sobrecarga de energía en el momento en que se restableció el servicio eléctrico, sin reparar que el cambio de intensidad de la corriente no es apreciable a simple vista y que por tanto la prueba testimonial no es el medio más adecuado para dar cuenta de este fenómeno físico, que entonces no podría ser extraído por simple conjetura como se evidencia del análisis de las declaraciones resumidas. De la presencia de chispas y del incendio mismo, no tenían posibilidad los testigos de colegir, sin caer en el terreno de la especulación, que el flujo de

132 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 5 de mayo de 2005, exp. 7807 M. P. Edgardo Villamil Portilla.

133 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 27 de marzo de 2003, radicación 12010. M. P. Edgar Lombana Trujillo. Reiterado en Sentencia del 13 de Julio de 2005, exp. 19052, por el mismo Magistrado.

energía retornó en niveles superiores a los normales y que de allí vino el incendio. Los declarantes estaban en aptitud de revelar sí que el servicio de energía fue restablecido, pero no que la intensidad de la corriente eléctrica al momento de la reconexión era de inusitada magnitud, pues tal evento escapa ordinariamente a los sentidos y su verificación requiere de ayuda de instrumentos especiales de medición¹³⁴

Sin embargo, sostuvo en el 2004 que en algunos casos la prueba testimonial puede ser tenida en cuenta aunque esta no sea, a primera vista, eficaz como medio probatorio:

[...] si de la presunción de paternidad consagrada en el numeral 6° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968 se trata, para los efectos del artículo 399 del Código Civil, el juez debe tener en cuenta que la interpretación y valoración de la prueba testimonial aportada para acreditar la posesión del estado de hijo extramatrimonial, ha de hacerse con razonable amplitud, pues si bien la ley exige de manera categórica que esta posesión debe demostrarse por un conjunto de testimonios “fidedignos” que permitan establecerla de manera irrefragable, la estimación de ellos “...no puede llevarse al extremo de hacer ineficaz la prueba testimonial en estas causas, cuando quiera que dada la forma como se suceden los hechos sea la prueba de dicho linaje la única que puede hacer valer el demandante. Claro está que la convicción del juez sobre la incontrastabilidad de esos testimonios tiene que desprenderse de su labor intelectual, es decir del grado de certeza que en la ponderación de las declaraciones se forme su intelecto, actividad en la cual el juez no puede ser constreñido por el legislador pues en ella es y tiene que ser autónomo...”¹³⁵

134 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 23 de junio de 2005, exp. 058-95. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

135 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de diciembre 10 de 2004, exp. 05001-3110-005-1995-9314-01 (G.J. Tomo CCXII, pág. 300). M. P. Edgardo Villamil Portilla.

Por su parte, el Consejo de Estado desde 1999 estableció, basado en la ley, la regulación del testimonio como prueba, ante la carencia de otros medios más idóneos:

La ley permite la prueba testimonial en casos excepcionales, en el evento de falta absoluta de pruebas preestablecidas y escritas. Esta prueba supletoria es admisible siempre que se demuestre de modo idóneo que no se pudo establecer oportunamente prueba escrita y las razones de esta eventualidad. El artículo 9° de la Ley 50 de 1886 establece los requisitos que debe reunir la prueba testimonial para que pueda ser valorada como prueba supletoria y son los siguientes: 1. Que el testigo de razón clara y precisa de su dicho o sea que exprese de que modo tuvo conocimiento de los hechos sobre que declara; y que de esta expresión resulte que el testigo declara de sus propias y directas percepciones, de forma que lo que él afirma sea lo que vio, oyó o en general percibió directamente. 2. Respecto de los hechos crónicos que el testigo afirme, debe asimismo expresar si estuvo presente a todos los hechos que racionalmente dejan establecida la cualidad de crónicos de los hechos sobre que declaran. 3. Que el funcionario que recibe la declaración haga constar que él mismo la recibió personalmente oyéndola del testigo y haciendo a éste todas las preguntas conducentes a establecer el convencimiento de su veracidad y de su pleno conocimiento de los hechos que declara y distintamente afirma.¹³⁶

4.3 CONFESIÓN

La *confesión* es una declaración sobre hechos que perjudican al declarante o que benefician a su contraparte. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de marzo de 2003 señaló:

[...] como lo enseñan elementales nociones de derecho probatorio, jamás las expresiones notoriamente interesadas de la misma parte

136 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia de Marzo 25 de 1999, exp. 22157. C. P. Carlos A. Orjuela Góngora.

pueden favorecerla, pues, en esencia, este medio de prueba únicamente ha de ponderarse por el fallador en cuanto contenga una verdadera confesión, o sea, sólo cuando aparezcan manifestaciones que lleguen a producir consecuencias desfavorables a quien las hace, -contra se-, de la manera pregonada por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.¹³⁷

Con posterioridad, la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 10 de noviembre de 2004, sostuvo que:

[...] la confesión es la expresa aceptación por parte de persona capaz del hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace... “No hay confesiones implícitas sino expresas. La confesión no puede comprobarse por medio de indicios, pues la prueba de confesión y la indiciaria están colocadas en distintos planos y categorías” (XLVIII, 51), doctrina que sentada bajo la vigencia del Código Judicial de 1931, conserva plena vigencia de cara al actual, toda vez que el ordinal 4º del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, establece como uno de los requisitos de la confesión que sea “expresa”, vale decir, patente, clara, según el significado dado por el diccionario de la Real Academia Española, y por ello “...para que la manifestación de la parte asuma el perfil de una verdadera confesión, naturalmente, concurriendo las demás exigencias que la ley prevé, es necesario que los términos que conforman la declaración estén debidamente especificados y se encuentren expresados de forma que no dejen perplejidad alguna en torno a la admisión del hecho o de conocimiento sobre el cual recae la declaración.”¹³⁸

Dicho de forma sucinta en pronunciamiento reciente, la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia plantea que:

[...] la confesión debe ser expresa (num. 4º, art. 195 del C. de P. C.), vale decir, que “no puede estar implícita, oculta a la espera de las

137 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 28 de marzo de 2003, exp: No. 6709. M. P. Cesar Julio Valencia Copete. Reiterada en Sentencia del 23 de mayo de 2006, SC-054. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

138 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 10 de noviembre de 2004, exp. 7685. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

lucubraciones del juzgador que intenten desentrañarla” (CCXXXI, 339), es decir que “no existen confesiones implícitas, vagas o genéricas, sino que las mismas tienen que ser **expresas, ciertas o terminantes, y no el resultado de razonamientos inductivos o deductivos**” (sent. de 31 de agosto de 1995, exp: 4507).¹³⁹

Al diferenciar la *confesión de actos declarativos de voluntad*, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia considera que:

[...] si lo que (se) plantea es que la confesión pertenece a la categoría de los llamados actos jurídicos unipersonales, la equivocación no podría ser mayor, puesto que la confesión es siempre una declaración de ciencia y no una manifestación de voluntad, que es un elemento de la esencia del acto jurídico en general y como tal, no puede faltar en la constitución de un acto de esa especie. Adicionalmente, no está dirigida a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, como ocurre con la declaración de voluntad que le da vida a aquél, sino a rendir la prueba de relaciones preexistentes de tal tipo.¹⁴⁰

De otra parte, en Sentencia del 28 de noviembre de 2000, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que “*la confesión ficta (art. 210 del C.P.C.) no es en estricto sentido una confesión, sino el resultado de la omisión de obligaciones, como la de comparecer y responder adecuadamente un interrogatorio de parte realizado con preguntas asertivas. Los hechos objeto de confesión ficta pueden ser desvirtuados y la misma no tiene lugar si se ha decretado la prueba de oficio*”.¹⁴¹

El confesante tiene que ser plenamente capaz, salvo las excepciones consagradas legalmente. Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en tanto la confesión comporta

139 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 3 de febrero de 2006, SC-011. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. (Negrillas del texto original; el texto subrayado es del autor).

140 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 23 de enero de 2006, SC-005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

141 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 de noviembre de 2000, exp. 5768. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

el reconocimiento voluntario del derecho ajeno, por quien es capaz de obligarse:

[...] su validez como medio de prueba reclama, entre otras condiciones, que emane de persona que goce de capacidad, es decir, que no se encuentre en situación que la prive de tal atributo, absoluta o relativamente, pues al exigir tal condición en el confesante, el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, no hace ninguna reserva a ese respecto. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda emanar de su representante legal, es decir, de la persona que por ministerio de la ley tiene su representación de manera general y permanente.¹⁴²

Son dos los requisitos de eficacia de una confesión: por un lado, que en ella se haga relación de un derecho del cual se pueda disponer y por otro, que exista autorización legal o convencional para hacerlo a nombre de otro, como en el caso de los representantes legales (art. 198 del C. de P.C.).

Con respecto al “derecho penal premial” que hace de la confesión una forma de lograr la rebaja de pena, la Sala Penal de la Corte ha planteado que la confesión debe darse durante la primera versión que se rinda ante autoridad judicial y que sirva efectivamente para establecer la responsabilidad del hecho punible¹⁴³.

Teniendo en cuenta que confesar implica aceptar la autoría o participación en un hecho con relevancia jurídico penal, asumiéndose las consecuencias desfavorables que se derivan como consecuencia de admitir la autoría del comportamiento penalmente relevante, no puede admitirse el hecho sin aceptar que se trata de un hecho antijurídico. En este sentido, la Corte afirmó:

Si una persona, entonces confiesa solo parte del hecho punible, por ejemplo la mera realización física del mismo, y condiciona su res-

142 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 011 del 21 de enero de 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

143 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Octubre 16 de 2003, rad. 15.656, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés. Citada en Sentencia del 16 de marzo de 2005, proceso 18440. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

ponsabilidad a la demostración de circunstancias impeditivas de la antijuridicidad o disolventes de la culpabilidad, no tiene derecho al reconocimiento o estímulo estatal pues con ello en vez de colaborar en la búsqueda de pronta justicia, hace que el proceso se tramite en condiciones normales e, inclusive que, en veces, se trastorne mas su desarrollo.”¹⁴⁴

Así mismo, la Sala estimó que la rebaja por confesión procedía no sólo ante confesiones simples y llanas sino también cuando, a pesar de ser calificadas, las mismas resultaban de “utilidad decisiva para la justicia.”¹⁴⁵

Además de ser un medio de prueba, la confesión también se ha tomado como mecanismo procesal, bajo el entendido de que en ella se aceptan pretensiones. En este caso, cuando existe confesión, se produce un allanamiento, por lo que al juez únicamente le resta terminar el proceso y dictar la respectiva sentencia. Mientras en el procedimiento civil la confesión comporta esa ambivalencia de ser medio de prueba o mecanismo procesal, en la Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal, se acogió solamente la confesión como mecanismo procesal, pues si la persona investigada acepta su participación en los hechos que se le imputan, el funcionario judicial simplemente verificará que la aceptación sea consciente y libre, pasando a dictar sentencia e imponer la pena correspondiente.

Sin perjuicio de esta salvedad, debe tenerse en cuenta que la confesión puede ser desvirtuada por otras pruebas, como lo ha sostenido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

[...] de tal manera que sobre ella no se pueda volver la mirada; porque hay que convenir que, hoy por hoy, ninguna circunstancia, en

144 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de enero de 2002, proceso 11199. M. P. Jorge Gómez Gallego. Citada en Sentencia del 9 de febrero de 2005, proceso 19869. Ms. Ps. Mauro Solarte Portilla y Sigifredo Espinosa Pérez.

145 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de noviembre de 1996, proceso 9869, M. P. Ricardo Calvete Rangel. Citada en Sentencia del 9 de febrero de 2005, proceso 19869. Ms. Ps. Mauro Solarte Portilla y Sigifredo Espinosa Pérez.

tanto que forme parte del debate procesal, puede adquirir tamaño impermeabilidad y mirársela como verdad absoluta; así y todo provenga de la denominada 'reina de las pruebas', por supuesto que la confesión ya no ejerce el mismo imperio de antaño, cuando se hablaba de una verdad suficiente, sin importar si acompañaba con la verdad verdadera ¹⁴⁶

En similar sentido, en pronunciamiento jurisprudencial más reciente, la misma Sala respecto de su valoración, sostiene que:

[...] la confesión, como se ha dicho, "de todos modos queda sometida a la evaluación probatoria conforme a las reglas de la sana crítica, y en ese orden de ideas perfectamente puede suceder ... que resulte infirmada a la postre por otras probanzas. ... Es decir, dichas secuelas probatorias que directamente consagró el legislador carecen de virtualidad para transitar el proceso rodeadas de una intangibilidad absoluta, y, antes bien, quedan sujetas a la confrontación con otros medios probatorios en orden a establecer la veracidad de lo que ellas suponen"(G. J., t. CCLV, pags.849 y 850).¹⁴⁷

Al analizar la confesión como medio de prueba se encuentra que en el procedimiento civil (art. 200 C. de P.C) y en el anterior procedimiento penal, antes de la Ley 906 de 2004, dicho medio de conocimiento por regla general se entiende indivisible. Es decir, que el juez en la apreciación de la confesión debe aceptarla con las aclaraciones, modificaciones o explicaciones concernientes al hecho confesado, analizando su contenido tanto favorable como desfavorable. Sin embargo, lo anterior no procede cuando existe prueba que las desvirtúe.

En el año 2004, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia plantea que:

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 1 de junio de 2001, exp.6286. M. P. Manuel Ardila Velásquez.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC-075 del 14 de junio de 2006. M. P. Cesar Julio Valencia Copete.

[...] no todos los tipos de confesión son susceptibles del mencionado atributo de la indivisibilidad, de suyo limitado, según se anotó, debe recordarse que la ratio de la indivisibilidad de la confesión cualificada, radica en dos puntuales circunstancias: la primera, en que el hecho confesado es uno sólo (unicidad confesional), con todas las “modificaciones, aclaraciones y explicaciones” que han sido expuestas por el declarante, que aluden “...a una cierta forma de presentar el hecho: este desde luego, no se traza por el absolvente de una manera escueta, o sea, en los mismos términos por los que el preguntante averigua, sino que le introduce un matiz o faceta diferente. La descripción tiene que corresponder al hecho del que se trate, sólo que sus notas distintivas no son, en su totalidad, las que afirma la contraparte” (CCVIII, 113); y la segunda, en que sería injusto y arbitrario, de cara a la anunciada unidad del hecho declarado, aceptar únicamente la parte que desfavorece o perjudica al declarante y no la que lo beneficia, o pueda llegar a beneficiarle, en la medida en que sirva de explicación causal. Al fin y al cabo, si ha de darse credibilidad al dicho del confesante, esto es, en su justa extensión explicativa, ha de aceptarse, in toto, su declaración, en orden a extraer de ella determinadas secuelas jurídicas, pues “...mal se procede al separar lo inseparable, para entender como veraz sólo aquello que grava al confesante y negarle credibilidad a cuanto lo favorece. En lo filosófico ello entraña notable injusticia y en lo probatorio constituye grave error” (cas. civ. 26 de febrero de 2001, Exp. 5861)

En la denominada confesión compuesta, por el contrario, la declaración versa sobre dos o más hechos distintos e independientes, sin vínculo o conexión intrínseca que los ligue, de suerte que no constituyendo una unidad, la confesión sólo prueba el hecho perjudicial al declarante, pero no los demás que puedan favorecerlo, respecto de los cuales éste tendrá sobre sí, la carga probatoria de demostrarlos, siendo insuficiente, para tal propósito, su mera declaración.¹⁴⁸

148. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de Octubre 1 de 2004, exp. 7560. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Posteriormente, en Sentencia del 23 de mayo de 2006, esta Sala de la Corte se refiere a la indivisibilidad de la confesión en los siguientes términos:

El artículo 200 del C. de P.C. adopta el principio de la indivisibilidad de la confesión, que en esencia traduce la obligación de valorarla “con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe”, principio cuyo fundamento reside en la relación de conexidad que entre sí guardan el hecho admitido y el que se le adiciona, que en cuanto corresponde al primero, conforma con él un todo inseparable, unicidad que obliga a considerarlos como tal, proscribiendo su disección para sopesar la parte que pueda perjudicar al confesante, dejando de lado la que redunde en su beneficio.

Pero si entre los hechos agregados y el que se admite, no se da ese lazo o conexión jurídica, si aquéllos son hechos distintos e independientes del aceptado, su apreciación debe verificarse por separado, porque en ellos hay una declaración de parte, que como tal es divisible, como lo establece el mismo precepto al determinar que si “la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente”, hipótesis que estructura la llamada “confesión compuesta”, frente a la cual es factible separar el hecho agregado del admitido, precisamente por la inconexión que se da entre ellos “ya que el primero tiene origen distinto al del segundo, en frente del cual el confesante asume el deber de probar su defensa” (Sent. del 29 de enero de 1975).¹⁴⁹

En otro fallo, al referirse al mismo tema, la Sala Civil de la Corte destaca la siguiente regla de valoración:

Para estos casos en que existe contradicción entre el hecho admitido y la explicación, como lo es decir que se pagaron unas cuotas de amortización de un préstamo, pero que las partes no celebraron mutuo alguno, la ciencia jurídica, de antiguo, ha precisado que “Como es fácil para uno mentir a su favor, pero es difícilísimo mentir contra sí, entre dos deposiciones contradictorias de la parte hay que dar

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 23 de mayo de 2006, SC-054. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

crédito con preferencia a la que menos le favorece” (*Cum facile sit mentiri pro se, difficillium autem mentiri contra se, potius credendum e duabus contrariis depositionibus partis depositioni minus faventi*).¹⁵⁰

4.4 INSPECCIÓN JUDICIAL

En la inspección judicial predomina la percepción del juez por medio de sus propios sentidos. Se ha llegado a afirmar que aquí no hay derecho de contradicción, porque ¿cómo controvertir lo que el juez está percibiendo? No obstante, es importante aclarar que sí existe derecho de contradicción de las partes en la inspección judicial, no tanto respecto de lo que el juez percibe por medio de sus sentidos, sino con relación a la interpretación o subsunción que se hace de lo percibido.

Según lo regulado en el artículo 244 y siguientes del C.P.C., la inspección judicial es necesaria cuando la verificación y el esclarecimiento de hechos, o el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos materia del proceso no es posible o suficiente a través de otros medios probatorios, especialmente, de la prueba pericial.

Sobre la pertinencia del decreto de la inspección judicial, ha señalado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

Es cierto que el legislador, para determinados asuntos, ordenó la práctica forzosa de la inspección judicial, como en el caso de la pertenencia y de las servidumbres, con el confesado propósito de que el juez, de visu, se percatara de los hechos alegados por las partes como soporte de sus pretensiones, sin que, aun en esas hipótesis, pueda considerarse que dicha prueba es necesaria para probar los hechos que le son propios a tales litigios, pues el legislador, en esas materias, no consagró un régimen de tarifa legal, de suyo excepcional en el Código de Procedimiento Civil que rige desde 1970. Pero además, por ser normas de excepción, no pueden aplicarse por

150 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil; Sentencia del 26 de mayo de 2006, SC-058. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

analogía, como lo sugiere el recurrente, como tampoco resulta procedente deducir de la innegable pertinencia de esa prueba para el caso de la reivindicación, la obligatoriedad para el juez de decretarla de oficio, al amparo de los artículos 37, numeral 4º, 179 y 180 de la misma codificación y, menos aún, argumentar que por esa supuesta inadvertencia, se violaron normas de disciplina probatoria...¹⁵¹

Corresponde al juez que practica la diligencia calificar la conducta de las partes que intervienen en ella, especialmente si muestran alguna renuencia para facilitar otros medios de prueba durante la inspección, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

[...] de acuerdo con el artículo 56 del CPT, con la reforma introducida por el artículo 26 de la Ley 712 de 2001, es el juez quien practicó la diligencia, el que está facultado para dar fe y consignar la conducta de eventual renuencia desplegada por la parte y con soporte en esa atestación plasmada en el acta respectiva establecer las consecuencias legales de tal comportamiento, desde luego antes de la sentencia, para que, se reitera, el contumaz tenga presente los hechos sobre los cuales recayó la presunción ficta, y así poder hacer uso de los medios de impugnación instituidos en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, contra los autos interlocutorios que así lo establecieron.¹⁵²

Cuando se quiere aducir una inspección como prueba trasladada de un proceso a otro, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha puntualizado que *“Respecto a la inspección judicial proveniente de otro juicio sólo puede ser apreciada al que se traslada cuando fue practicada a petición, con audiencia o solicitud de la persona contra la cual se opone (artículos 233 y ss. y 244 y ss del C.P.C.).”*¹⁵³

151 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 28 de julio de 2005. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

152 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 28 de febrero de 2005. M. P. Isaura Vargas Díaz.

153 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1º de noviembre de 2001. C. P. Maria Elena Giraldo Gómez.

Como se trata de un examen y reconocimiento objetivo, el juez no debe consignar valoraciones conjeturales anticipadas. Es importante anotar que cada medio probatorio al que se accede en la inspección conserva su individualidad, de lo cual se infiere que su examen y validez se hace por separado y durante la inspección sólo *“...se especificarán las personas, cosas o hechos examinados...”* y *“...los resultados de lo percibido por el juez”* (art. 246, num. 7, del C.P.C). De ahí que el valor probatorio de la inspección se limita a los hechos y circunstancias de los que se dejaron constancia.

Cuando no se pueda establecer la naturaleza de una circunstancia o un objeto, ello se debe determinar a través de un perito. Si, eventualmente, la inspección puede continuar hasta que no se conozca el dictamen, se aplaza la diligencia y se toman las medidas para dejar el lugar intacto.

El juez también tiene la facultad de reemplazar la inspección judicial por otras pruebas cuando coincide el objeto entre éstas y es pertinente para probar el hecho; así lo establece el inciso 3° del artículo 244 del C.P.C. cuando estipula que *“El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas...Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno”*. En este mismo sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado ha precisado:

En este caso, según quedó visto en el resumen que antecede, el a quo denegó la inspección judicial con exhibición de documentos solicitada al estimar que *“la misma no es necesaria, toda vez que lo pretendido bien puede ser suplido con el informe rendido por los peritos designados, a más de advertir que los antecedentes administrativos de los actos de fusión, cesión y en fin los contratos de que trata la demanda, fueron solicitados y decretados conforme se observa en el numeral 1.1 de este auto”*.

“En consecuencia, si bien el artículo 351 del Estatuto Procedimental Civil prevé en su numeral 3 que es apelable el auto que “deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar

pruebas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o su práctica”, en tal disposición debe entenderse excluida la prueba de inspección judicial y ante la eventualidad de que trata el artículo 244, inciso 3º, *ibídem*.¹⁵⁴

Difícilmente el juez puede extraer conclusiones alejadas de los hechos que han sido consignados en el acta de la inspección judicial, los cuales también ilustran a los jueces de la siguiente instancia. A continuación se presenta un ejercicio de valoración de la inspección judicial efectuada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado:

[...] el a quo “constata la casi inexistente semaforización” en el sector que recorrió y que “El sitio tampoco posee señalización por cebras y finalmente que “Se deja constancia de que “durante el recorrido del trayecto entre la carrera 27 con calle 10 y carrera 27 con calle 21 no se observó presencia de policía tránsito”.

De tal manera que resulta contradictorio afirmar que hay abundante material probatorio que acredita el control de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y los semáforos que permiten mantener un adecuado desplazamiento de peatones y vehículos, cuando en la citada diligencia observó todo lo contrario, amén de que puso de presente que se trata de una vía de doble sentido que tiene una afluencia vehicular permanente de buses, taxis, vehículos particulares y rutas de servicio público; y, así mismo, que en dicho sector se encuentran las Clínicas Santa Teresa y La Merced, lugares donde no hay cebras, ni semáforos ni señalización de parada de buses.

Así pues, la Sala debe revocar la sentencia apelada para disponer, en su lugar, que la Administración Municipal de Bucaramanga proceda a instalar el o los semáforos que la vía reclama, así como la señalización de cebras, que garanticen la seguridad de los transeúntes¹⁵⁵.

154 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 19 de 2002. C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

155 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 26 de febrero de 2004. C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

4.5 PERITAJE

La prueba pericial está prevista con respecto a hechos que para ser establecidos, demandan conocimientos científicos, técnicos o artísticos (criterio adoptado en el artículo 233 del C.P.C). El dictamen del perito debe tomarse como una guía para el juez, y nunca se le debe trasladar la decisión de fondo del problema, pues él no resuelve la controversia. Al respecto, la Sala de Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado recientemente que:

[...] la peritación únicamente “es procedente para verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”, no para que suplán al Juez en la tarea de ponderar las pruebas, siendo claro, en adición, que “el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial, [...] mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables.”¹⁵⁶

En el sentido más estricto, el perito no es propiamente un auxiliar de la justicia, como los secuestres o curadores, sino que se trata más bien de un *colaborador técnico imparcial*. El dictamen pericial no debe recaer sobre puntos de derecho, por lo que, en general, su procedencia y necesidad va en el sentido de:

- establecer las causas que originaron un hecho;
- establecer el efecto de un hecho, y
- determinar si el hecho ocurrió o pudo ocurrir.

El perito no conceptúa sobre la totalidad de los hechos, sino sobre algunos que hacen parte del *tema probandum*. La parte que solicite un dictamen pericial debe determinar en forma concreta los puntos

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de abril 29 de 2005. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

sobre los cuales debe conceptuar el perito, además de los que el juez, de oficio, considere que deben ser respondidos (art. 236 del C.P.C).

Entre las características de la prueba pericial se destacan¹⁵⁷ las siguientes:

- Debe contener el concepto personal del perito posesionado o seleccionado por la entidad oficial correspondiente.
- El perito siempre debe ser un tercero en la controversia.
- El concepto pericial se debe referir a los hechos, causa, efectos y/o posibilidad de los mismos.
- El dictamen pericial debe ser tramitado bajo las normas pertinentes y con oportunidad de contradicción del mismo.

La pericia es una prueba personal y tiene dos versiones (Devis 2002: 294-295):

- *Peritos perceptores*: son quienes se refieren a hechos que perciben, como el psiquiatra, el médico que practica la necropsia, etc.
- *Perito evaluador*: aquél que determina alcances diversos con respecto a los hechos, como el que establece daños y perjuicios.

En referencia a los errores en los que puede incurrir el juez al valorar la prueba pericial, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señala:

Tiene precisado la jurisprudencia de la Corte, que en la actividad desplegada por el fallador en la apreciación de un dictamen pericial, se puede incurrir tanto en error de derecho como de hecho. También ha dicho la misma fuente, que se incurre en la primera clase de error cuando se aprecia una experticia que fue allegada al proceso con pretermisión de las formalidades legales, o cuando se desecha por considerarse, de manera equivocada, que la misma no fue incorporada al expediente en legal forma, y por supuesto cuando con ocasión de su evaluación se atenta contra el régimen jurídico que gobierna el mencionado medio. Se cae en la segunda clase de yerro,

157 Sobre este punto se puede consultar (Devis 2002: 293).

cuando se prétermite el estudio del legalmente aducido, o se supone el que no existe, o se reduce o adiciona el contenido objetivo de la experticia, o se desacierta al calificar la precisión, fundamentación o concordancia de dicho medio probatorio, pues pese a ser una norma de derecho probatorio la que fija las pautas para que el fallador cumplá esta última labor (artículo 241 del C.P.C.), lo que finalmente se estaría alterando con tal equivocación sería el contenido objetivo de la prueba.¹⁵⁸

En cuanto a la apreciación que el juez hace del concepto pericial (art. 241 del C.P.C.), éste debe examinar las conclusiones y fundamentos del mismo, y tenerlo como base, en todo o en parte, para emitir su fallo, si lo encuentra preciso, firme y razonable. A pesar de que el juez no disponga de los conocimientos científicos, técnicos o artísticos para refutar un concepto de esta naturaleza, el ordenamiento jurídico ha rechazado el carácter vinculante de la prueba pericial y ha dotado al juez de libertad de valoración.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de septiembre de 2006, al referirse al dictamen pericial precisa lo siguiente:

Recuérdese que toda experticia debe ser clara, precisa y detallada, de ahí que el juzgador al apreciarla deba tener en cuenta su firmeza, precisión y la calidad de sus fundamentos (artículos 237 num. 6° y 241 del C. de P. Civil). Para esa calificación goza de autonomía y los juicios que emita son inmodificables, siempre y cuando, claro está, no sean contraevidentes al contenido de dicha prueba.¹⁵⁹

158 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 1° de abril de 2005. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. En este mismo sentido se puede consultar la Sentencia de la Sala Civil del 24 de septiembre de 2001, exp. 5876.

159 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 29 de septiembre de 2006, SC-0128. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. En este caso existe error de hecho en la valoración del dictamen pericial: “[...] es evidente el error de hecho en que incurrió el sentenciador, pues no advirtió las ostensibles inconsistencias que acusa la fundamentación del dictamen técnico censurado, al punto que contiene conclusiones abiertamente contradictorias, ya que, como quedó expuesto, el perito inicialmente conceptuó la autenticidad de la firma de la testadora, pero, últimamente, en

En Sentencia SC-070 de 2006, la misma Sala, para resolver una demanda de casación en un caso de rescisión de contrato de permuta por lesión enorme, se refiere sobre el carácter vinculante del peritaje en la valoración probatoria del juez en los siguientes términos:

[...] para acreditar el justo precio en la lesión enorme existe libertad probatoria, aunque ocupa lugar preponderante el dictamen pericial que sirve para determinar, de manera objetiva y con prescindencia de cualesquiera otras consideraciones, cuál era el valor del inmueble a la fecha en que se celebró la promesa de permuta de que aquí se trata; experticia, que dentro del principio de la persuasión racional, el sentenciador no está obligado a aceptarla inexorablemente; por el contrario, está facultado para analizarla en concordancia con su seriedad, claridad y fundamentación para poder acogerla o desestimarla para el citado efecto exponiendo las razones que le sirven para apreciarla o no.

Sobre el tema ha predicado la Sala que “La determinación del justo precio que señala como factor de referencia el precepto acabado de citar, se fija generalmente y como lo ha sostenido esta corporación, con el dictamen pericial que sobre el inmueble objeto de enajenación se realice en el curso del proceso, no significando con esto, que los resultados de dicho dictamen no estén sujetos a la valoración que de ellos debe llevar a cabo el fallador quien ha de verificar la firmeza, precisión, calidad de fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obren en el expediente (CPC, art. 241), de suerte tal que es dicho juzgador el que determina, apreciando todas las circunstancias del contrato que frente al caso resulten relevantes, ese ‘justo valor’ de la prestación prometida que adolece de manifiesta inequidad económica” (sentencia de casación de 9 de agosto de 1995, expediente 3457).

... A lo anterior ha agregado que “acorde con lo expresado por los artículos 237-6 y 241 del C. de P. C., para que un dictamen pericial pueda ser apreciado por el juez, es necesario que se encuentre debi-

la aclaración de la experticia, concluyó la falta de identidad gráfica, con soporte en el cotejo de los mismos documentos [...] Y es que con la simple lectura del informe censurado y sus escritos aclaratorios se detectan las deficiencias aquí esbozadas, cuestión que denota la evidencia del error de facto denunciado.

damente fundado. Pero, como según reiterada jurisprudencia de la Corte, el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial, mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables. Consecuente con lo anterior, los reparos por la indebida apreciación de la fuerza probatoria de una pericia, deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una conclusión ilógica o arbitraria, que no se compagina con la que realmente demuestra, porque, de lo contrario, es obvio que lo así inferido por el fallador está amparado en la presunción de acierto, y debe ser respetado en casación” (Sentencia de 11 de septiembre de 1991; G.J. T. CCXII, N° 2451, página 143).¹⁶⁰

Respecto de la facultad que tiene el juez de acoger en parte o en todo lo dicho en el dictamen pericial, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

[...] en todo caso el Tribunal no desconoció la existencia del experticio aludido, sino que en realidad le restó mérito probatorio por no haberse cumplido los requisitos exigidos para la producción y contradicción de esta prueba. Aspectos sobre los cuales es que se muestra inconforme el ataque, pero como ya se anotó al resolver el primer cargo, todos aquellos temas sobre los cuales exista inconformidad en lo concerniente a la admisión, producción, asunción y mérito probatorio de los medios de prueba debe ser atacado por la vía directa.¹⁶¹

Esta Sala de la Corte, para responder una controversia planteada por el decreto oficioso de un tercer dictamen pericial en la segunda instancia, ante las contradicciones presentes en los allegados al proceso, se pronunció en el siguiente sentido:

160 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 6 de junio de 2006, SC-070. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

161 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 26 de junio de 2005. M. P. Carlos Isaac Nader.

Debe decirse que la práctica de la prueba pericial no tiene un derrotero especial en procedimiento del trabajo, de manera que de haber recurrido ciertamente el Tribunal a la remisión analógica de las reglas del Código de Procedimiento Civil, tal hecho por sí solo no implicaría un error jurídico, máxime cuando el capítulo V del Título XIII de la Sección Tercera de dicho estatuto está lleno de preceptos tendientes a garantizar la legalidad de la producción de esta prueba. Ahora bien, de acuerdo con el texto de la sentencia de segundo grado, sobre lo cual no manifiesta inconformidad el recurrente, la Colegiatura de instancia lo que en concreto dispuso fue remitir al demandante a la Junta de Calificación de Invalidez ... para que ésta practicara otra evaluación al accionante con el fin de despejar las dudas ofrecidas ante la manifiesta contradicción de las dos experticias realizadas en el trámite de la reclamación directa de la pensión. Ese proceder, más que la orden de una prueba pericial propiamente tal y según los cánones del procedimiento civil, lo cual no se advierte prima facie, se muestra conforme con el deber del juez del trabajo de despejar hechos trascendentes al proceso, pero dudosos, en aras de aproximarse a la verdad real y adquirir la certeza exigida en el dispensador de justicia. Desde esa perspectiva, lo que hay es, pues, un cumplimiento del deber impuesto.¹⁶²

4.6 INDICIO

Se considera indicio cualquier hecho, circunstancia o comportamiento que resulte significativo, en tanto de allí puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar. Se encuentra asociado al proceso inferencial mediante el cual, a partir de uno o varios hechos, se infieren otros hechos desconocidos en principio¹⁶³. El indicio entra al proceso mediante otros medios probatorios. Se trata de una relación

162 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 13 de septiembre de 2006, Rad. 29328. M. P. Carlos Isaac Nader.

163 Es definido también como “un hecho del cual se infiere otro desconocido” (Parra 2007: 665).

lógica en la que, mediante la presencia de un hecho probado dentro del proceso, se infiere la presencia de otro.

Para que sea posible establecer indicios dentro del proceso judicial es necesario que los hechos de los cuales ha de inferirse se encuentren debidamente acreditados. Los medios probatorios que acrediten los hechos deben haber observado los requisitos exigidos en la ley para su aducción, aceptación y práctica. De no cumplirse los requisitos legales, quedan sin valor los indicios que de los medios se puedan inferir¹⁶⁴.

La situación a considerar es la fundamentación de las inferencias desde el hecho probado al hecho afirmado en la hipótesis que es objeto de confirmación; es decir, la decisión respectiva consiste en determinar, dado el valor de la prueba sobre un hecho secundario o indicante si resulta razonable plantear inferencias basadas en éste, a partir de las consecuencias que de allí puedan derivarse. Un ejemplo de indicio es la renuencia a la práctica de la prueba de ADN por motivos distintos de las convicciones éticas o religiosas, en procesos de declaración de paternidad¹⁶⁵.

Es indirecta o indiciaria toda prueba que no tenga por objeto el hecho principal, sino un hecho secundario con respecto al cual pueden establecerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal. En la prueba indiciaria o indirecta el objeto de la prueba es un hecho distinto del que debe ser probado como jurídicamente determinante de la decisión judicial. A partir del hecho que es objeto de prueba y que se ha verificado como verdadero, se pueden plantear inferencias sobre el hecho a probar, o sea, del enunciado que versa sobre ese hecho. La prueba es, entonces, la premisa de una inferencia que tiene como conclusión el enunciado sobre el hecho a probar. La prueba

164 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de septiembre de 2005. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

165 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 26 de septiembre de 2005. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

verifica la existencia de un hecho secundario y, mediante una relación inferencial, puede determinarse la verdad relativa al enunciado que afirma la existencia del hecho principal. Así, el indicio hace referencia al hecho conocido, a la fuente que constituye la premisa de la inferencia. Indicio es, entonces, cualquier cosa, circunstancia o comportamiento de lo cual puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar (Taruffo 2002: 456-457).

La confirmación de la hipótesis considerada puede derivarse de una cadena de inferencias relativa a una serie de pasos asociados a una sucesión de hechos secundarios, en virtud de la aplicación de criterios que conducen a considerar que cada uno de estos hechos resulta apropiado para servir de premisa de inferencias sobre el hecho sucesivo, en un orden concatenado de vinculación (Twining 1985: 35, 127, 142).

Los indicios revisten particular importancia respecto de la prueba de los hechos psicológicos, correspondientes a estados mentales como voliciones (deseos e intenciones), creencias y emociones, o los correspondientes a acciones mentales, asociados en diversos casos a sentimientos, valoraciones o preferencias¹⁶⁶. Todo ello vinculado de distintos modos al análisis de situaciones relativas a nociones como *dolo*, *culpa*, *mala fe*, etc. En este ámbito la prueba de tales hechos es de carácter inferencial, en tanto el hecho a probar se deriva de otros hechos que sirven de fundamentación argumental respecto de la existencia de los hechos de esa índole. Todo lo cual se vincula a máximas de la experiencia correspondientes a circunstancias que se refieren a comportamientos usualmente considerados como expresiones de hechos psíquicos determinados que muy difícilmente pueden ser comprobados de manera directa. Así, los hechos psicológicos sólo pueden ser judicialmente determinados mediante conjuntos de indicios.

166 Ejemplos de tales hechos se mencionan en la clasificación indicada en las págs. 203-21 del presente texto.

En situaciones de carácter social como el desplazamiento forzado, en las cuales como medio probatorio se cuenta con el testimonio de las víctimas, los indicios constituyen uno de los medios probatorios más importantes para el fallador. En estos casos los indicios se relacionan básicamente con el hecho de que las personas abandonen sus bienes y su comunidad¹⁶⁷.

La Corte Constitucional ha planteado que constituye una vía de hecho judicial por defecto fáctico desconocer indicios que, si hubieran sido tenidos en cuenta, tendrían el efecto de cambiar el sentido de una decisión¹⁶⁸.

La prueba indiciaria tiene relevancia en tanto es valorada en conjunto. Al respecto la Corte Suprema de Justicia resalta que:

[...] el juez debe sopesar de manera muy juiciosa, de una parte, las razones que lo llevan a creer en la existencia del hecho desconocido, y de la otra, los motivos para no creer en él. En otras palabras, el hecho indicador, de ordinario, presenta un doble cariz: el que indica algo de una manera más o menos probable y el que —aunque menos verosímil— puede contradecirlo y eventualmente podría llegar a ser el real —contraindicio—, y como los dos no pueden ser verdaderos al mismo tiempo, conforme al principio filosófico de la contradicción que enseña que una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo, se requiere confrontar los dos extremos, de manera tal que de su cotejo pueda deducirse cuál de los dos es el pertinente¹⁶⁹.

Sobre el carácter de la apreciación indiciaria se anota, por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

Se ha dicho con razón, sin demeritar su relevancia, que es una prueba de difícil valoración, por ser una inferencia lógica, vale decir, una operación mental, un raciocinio, que se realiza a partir de un hecho conocido —hecho base—, y otro desconocido o indicado —hecho

167 Corte Constitucional. Sentencia T-321 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

168 Corte Constitucional. Sentencia T-1006 de 2004. M. P. Jaime Araujo Rentería.

169 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2005. M.P. Pedro Munar Cadena.

consecuencia-, que se encuentran ligados por una relación de causalidad. La dificultad en su apreciación, se explica por los yerros que pueden presentarse al realizar la correspondiente deducción, que pueden ser lógicos, anidados en el razonamiento, ora objetivos, es decir derivados de las pruebas que sirven al juez como hechos indicadores para efectuar la correspondiente inferencia.

Esta Sala, sobre el particular ha puntualizado que “por las pruebas indirectas o por inferencia indiciaria...se logra por inducción lógica, el resultado de dar por conocidos, con base en hechos firmemente acreditados en el plenario, otros que no lo están” (CCXVI, 455), la que ha distinguido también entre los indicios necesarios “es decir aquellos hechos que de manera indefectible y rigurosamente cierta evidencian la existencia de otros, lo cual por regla general solo acontece con los fenómenos de la naturaleza”, y los contingentes, esto es, “aquellos sobre los cuales pueden apuntalarse válidamente varias deducciones, y a los que, precisamente por su naturaleza ameritan un examen más estricto” (cas. civ. 10 de mayo de 2000, Exp. 5366), de tal suerte que ha señalado que para la correcta utilización de la prueba indiciaria debe existir una unión de los hechos indicadores, vale decir, una “vinculación mutua de las circunstancias indicadoras...de tener tal significación que, vistas todas ellas con un sentido de unidad, constituyan los eslabones de una cadena, dándose así una articulación en grado tan estrecho que, desaparecido uno o varios de esos eslabones, la cadena queda rota y convertidos los “indicios” en simples suposiciones” (CCXVI, 455).

El indicio aunque desdeñado en épocas pretéritas tiene ganado, en los tiempos que corren, un sitio importante y destacado en el campo del derecho probatorio, reconociéndose que puede suministrar al Juez convicción íntima —certeza o probabilidad— acerca de la ocurrencia de los hechos desconocidos, pero en su apreciación éste debe ser muy cauteloso, como se anticipó, debiendo sopesar de manera muy juiciosa, de una parte, las razones que lo llevan a creer en la existencia del hecho desconocido, y de la otra, los motivos para no creer en él.

En otras palabras, el hecho indicador, de ordinario, presenta un doble cariz: el que indica algo de una manera más o menos probable y el que —aunque menos verosímil— puede contradecirlo y eventualmente podría llegar a ser el real —contraindicio—, y como los dos no pueden ser verdaderos al mismo tiempo, conforme al principio filosófico de

la contradicción que enseña que una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo, se requiere confrontar los dos extremos, de manera tal que de su cotejo pueda deducirse cuál de los dos es el pertinente.

Lo anterior deja ver que la apreciación de los indicios tiene que ser efectuada de manera dinámica, vale decir, confrontando los indicios con las circunstancias, con los motivos que los puedan desvanecer o infirmar, sea que tales circunstancias afloren del mismo hecho indicador o de otras pruebas que aparezcan en el proceso, lo que ha llevado a la Sala precisar que “dentro de las circunstancias y condiciones que determinan la eficacia probatoria del indicio, cabe destacar las que conciernen a la ausencia de “contraindicios” que infirmen su poder demostrativo, amén de que, por mandato del artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, ‘El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso’” (cas. civ. 10 de mayo de 2000, Exp. 5366).¹⁷⁰

En relación con la valoración de los indicios, la misma Sala Civil sostiene lo siguiente:

Como es natural en el desarrollo de la actividad judicial, la valoración que el Tribunal efectúe en cuanto a la demostración de los hechos indicadores, al igual que respecto de la gravedad, concordancia y convergencia de los indicios o acerca de su relación con las demás pruebas, constituye una tarea que se encuentra claramente enmarcada dentro de la soberanía de los sentenciadores para examinar y ponderar los hechos, por lo que su criterio o postura sobre ellos está, en principio, amparada por la presunción de acierto, resultando así un tema clausurado en las instancias e intangible, que sólo en casos excepcionales puede ser revisado por la Corte.

Evidentemente, como lo ha explicado esta Corporación, “... el postulado relacionado con la discreta autonomía de que gozan los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas del proceso, obtiene su más caracterizada aplicación tratándose precisamente de la prueba indirecta, también llamada indiciaria o por presunciones

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC-134 del 27 de junio de 2005.
M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

judiciales, como quiera que si por su conducto se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido pase a descubrir el hecho que se controvierte, ‘... no existe duda alguna de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en las instancias, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso de casación que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza’ (LXXXVIII, 176; CXLIII, 72); y que, ‘... aún en el evento de que surgieran dudas a través del nuevo examen de los indicios, es bien claro que el recurso extraordinario no podría fundarse en base tan deleznable como el estado dubitativo para decretar el quiebre de la sentencia objeto de acusación’ (LXXXIII, 176 y 177)”.

“De manera que, respecto de la prueba indiciaria también se ha sostenido que la calificación que les conceda el juzgador, relativa a la gravedad, precisión, conexidad, pluralidad y relación con otras pruebas, representa una labor cumplida en el ámbito de la ponderada autonomía del sentenciador de instancia, cuyo criterio se mantiene intocable en casación mientras a través del ataque pertinente no se demuestre contraevidencia, como extraer deducciones de hechos no probados, o preterir los acreditados que son suficientes por sí mismos para imponer determinaciones contrarias a las tomadas en el fallo impugnado. Por tanto, si en la actividad intelectual desarrollada por el juzgador de instancia, su raciocinio no resulta arbitrario o en notoria pugna con lo que la prueba indiciaria exterioriza, debe prevalecer la conclusión que extrajo el fallador de los elementos de convicción tenidos en cuenta para tal efecto, como quiera que según enseñanzas de la Corte, aunque sobre el elenco indiciario se pudiese ensayar por el impugnante un análisis diverso del verificado por el sentenciador, para deducir consecuencias contrarias a las inferidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzo-

samente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones están revestidas de presunción de acierto.” (G.J. t. CCLII, Vol. I, pag. 839) En todo caso, ha de insistir la Sala que, sin desmedro de esta presunción, cuando en procesos de este linaje se establezca cabalmente que el Tribunal procedió de manera irregular en la contemplación o en el análisis de la prueba indiciaria, por ejemplo, porque tuvo por acreditado el hecho desconocido sin que el conocido lo estuviera, o porque estando suficientemente demostrado este último, pasó por alto o ignoró la presencia de los hechos desconocidos, quedará allanado el camino para la configuración de un yerro fáctico que, de ser notorio y trascendente, tendrá la virtualidad de derrumbar el acierto generalmente reconocido a los fallos y, como consecuencia, habilitará excepcionalmente a la Corte para que, en sede de instancia, proceda a enmendar los desatinos cometidos en la actividad de juzgamiento.¹⁷¹

Se deben individualizar los indicios que obren en el proceso y luego estudiarlos en conjunto. Los indicios deben entrar en comparación con los hechos probados en otros medios probatorios y otros indicios singularizados. Al respecto, el Consejo de Estado advierte que:

La prueba indiciaria no aparece como consecuencia del deficiente estado de las pruebas directas “no controvertidas y no contradichas”; no aparecen en el terreno de las probanzas como consecuencia subsidiaria del descarte de análisis sobre las directas por su irregular estado de apreciación; aparecen sí cuando de las pruebas directas en perfecto estado de apreciación se establecen hechos indicadores con los cuales, por razonamiento lógico, se deducen otros hechos llamados indicados.¹⁷²

171 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 23 de febrero de 2006, SC-015. M.P. Cesar Julio Valencia Copete. En igual sentido, ver Sentencia del 23 de enero de 2006, SC-004, M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

172 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 Febrero de 2001. C. P. María Elena Giraldo Gómez.

En otro fallo, la misma Corporación al referirse a la prueba indiciaria sostuvo:

Constituyen partes accesorias de un todo y cada uno tiene que ocupar su lugar, determinándose unos con otros. Esto es lo que se llama concordancia y estos hechos permiten hacer inducciones-deducciones que conducen a señalar a una persona como autor de un delito, que es lo que se llama convergencia. La concordancia se predica de los hechos y la convergencia del proceso lógico que relaciona los distintos hechos con uno distinto investigado. En la valorización de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar¹⁷³.

4.6.1 SIMULACIÓN CONTRACTUAL

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostiene que los indicios constituyen la prueba principal, aunque sea indirecta, para demostrar la simulación contractual:

En tratándose de la simulación contractual, es bien sabido que quienes acuden a ella despliegan su mayor esfuerzo por ocultar o destruir todo rastro que sirva para develar dicha apariencia, de suerte que para demostrar cabalmente la verdad de las cosas la prueba indiciaria presta una enorme utilidad, pues a partir de la acreditación de determinados hechos podrá inferirse la irrealidad del negocio celebrado, llegándose así al convencimiento de que el acuerdo que se exteriorizó no era un reflejo fiel de la voluntad de los contratantes. La apreciación de los indicios comprende una actividad múltiple, que consiste, por un lado, en el examen de los hechos indicadores que brotan de los medios de prueba, y, por el otro, en la deducción o inferencia que con base en ellos permite arribar a otros hechos

173 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2002. C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

indicados, como fruto de una operación mental lógica del juzgador de instancia, la cual, en línea de principio, se entiende enmarcada dentro de la autonomía y soberanía que lo asisten, desde luego, salvo en aquellos eventos en que haya incurrido en un error mayúsculo o superlativo, esto es, cuando aparezca una ostensible contraevidencia, ya sea porque sin estar acreditado un hecho indicador es tenido como tal, o estándolo es pasado por alto, o porque, con desprecio de los dictados del sentido común, deja de reconocer o admite, respectivamente, la comprobación de un hecho indicado, haciendo caer así su juicio de valor en el terreno de lo absurdo o irracional.

En esta materia, tiene dicho la doctrina jurisprudencial que el error de hecho emerge cuando "... el Juez establece la existencia de un hecho desconocido a partir de un hecho indiciario que no fue probado, o si estándolo ignoró su presencia, o advirtiéndolo le negó la posibilidad de generar conocimiento de otro hecho, o provocó uno con desdén hacia la prueba que obra en el expediente, sin perjuicio, por supuesto, de las fallas inherentes a su apreciación, vinculadas a la concordancia y convergencia que debe existir entre unos y otros, así como entre todos ellos y los restantes medios de prueba recaudados, como lo impone el principio de la unidad de la prueba que albergan los artículos 187 y 250 del C.P.C." (G.J. t. CCLXI, Vol. II, pag. 1405)¹⁷⁴

Sobre este tema, en el fallo que se cita a continuación, la misma Sala de la Corte se refiere a los indicios en casos de simulación contractual:

Por supuesto que como se trata de acreditar contra lo que deliberadamente exteriorizaron los contratantes, que se presume cierto, para satisfacer esa carga probatoria se acude, en la generalidad de las veces, a la prueba indiciaria, según la cual a partir de la existencia de un hecho conocido se deduce uno desconocido. En tal caso, como lo tiene explicado la Corte, la prueba indirecta debe ser "completa, se-

174 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 17 de julio de 2006, SC-092. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

gura, plena y convincente”, porque “de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios”¹⁷⁵.

En todo caso, para que los indicios puedan recibirse como prueba en un caso concreto, también se exige que éstos salgan “avante frente a pruebas infirmantes o contraindicios”¹⁷⁶, no sólo porque el hecho conocido puede estar contrarrestado por otros medios, sino porque ese mismo hecho es factible que indique algo probable, pero, a su vez, algo que lo contradiga, y como en este último evento ambas cosas no pueden ser verdades a un mismo tiempo, según el principio de contradicción, el juez, en la tarea de sopesar un indicio, tiene que “confrontar los dos extremos, de manera tal que de su cotejo pueda deducirse cuál de los dos es el pertinente”¹⁷⁷.

Ahora, como el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil dispone que el “juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”, en el último antecedente citado también se explicó que esa tarea tiene que ser “efectuada de manera dinámica, vale decir, confrontando los indicios con las circunstancias, con los motivos que los puedan desvanecer o infirmar, sea que tales circunstancias afloren del mismo hecho indicador o de otras pruebas que aparezcan en el proceso”.¹⁷⁸

4.6.2 DESPIDO EN RAZÓN AL ESTADO DE EMBARAZO

La Corte Constitucional ha establecido una serie de indicios que permite concluir que la terminación del contrato obedece al estado de embarazo: (i) permanencia y estabilidad en la relación laboral; (ii) carencia de argumentos objetivos y razonables para prescindir de los servicios de la trabajadora; (iii) que el empleador conocía o debía

175 Sentencia de 11 de junio de 1991 (CCVIII-437).

176 Sentencia 111 de 15 de octubre de 2003.

177 Sentencia 134 de 27 de junio de 2005.

178 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 14 de agosto de 2006, SS-103. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (iv) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (v) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia¹⁷⁹.

4.6.3 IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

La Corte Constitucional determina el papel de indicios contingentes consagrados en el artículo 215 del Código Civil, el cual establece como causal de impugnación de la paternidad el adulterio de la mujer. A este respecto, estima que la norma parte del principio de la apreciación razonada de la prueba, referida a indicios contingentes, uno de los cuales (pero no el único, precisamente por ser contingente) es el adulterio de la mujer por la época en que fue concebido el hijo cuya paternidad se impugna. Sin embargo, este indicio, por sí solo, no autoriza al juez a declarar próspera la impugnación de la paternidad por el marido, sino que deben presentarse otros hechos indicadores que converjan a que un análisis del juzgador pueda llevar a una conclusión determinada, ya sea para descartar la paternidad del marido o para mantener la presunción de la misma¹⁸⁰.

4.6.4 ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES

La Corte Constitucional ha manifestado que dadas las circunstancias en las que el abuso contra menores puede presentarse, ya que la víctima y el autor generalmente se encuentran solos sin la observación por parte de testigos, debe procederse a una prueba de indicios en la que adquiere la mayor importancia la declaración de la víctima. En los casos en los cuales sean niños las víctimas de la violencia sexual,

¹⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-501 de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1492 de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

tal previsión adquiere una mayor relevancia y aplicación. La declaración de la víctima constituye una prueba esencial y tiene un enorme valor probatorio al momento de ser estudiadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho, sino al Estado, incluso en situaciones en las cuales, por razones culturales, alguno de los padres considera como algo “normal” el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de “derecho” sobre el cuerpo del menor¹⁸¹.

4.6.5. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y PRUEBA DEL NEXO CAUSAL

El Consejo de Estado ha estimado que, en los casos de responsabilidad médica, la doctrina y la jurisprudencia, con sensibilidad y sentido de justicia, tienden a aligerar la prueba de la interconexión entre el hecho o factor eficiente, y la producción del daño. De esta manera, al demandante se le exonera de probar la culpa del profesional de la salud, pero sí debe probar el nexo causal entre la actuación del médico y los perjuicios ocasionados. Esta relación de causalidad, a su vez, puede ser probada a través de indicios graves en contra del profesional. Por ejemplo, si el paciente llega al centro asistencial y no se consigna en la historia clínica que se encontraba en estado de premuerte o de condición terminal y, pasado un tiempo considerable, fallece y durante ese tiempo no se le suministró un tratamiento o no fue valorado, nos encontramos frente a un indicio grave en contra del médico, con el cual se consideraría probado el nexo causal: el hecho indicador lo constituye la circunstancia de que el paciente cuando llegó no estaba en estado severo; y con el paso del tiempo en manos

181 Corte Constitucional. Sentencia T-554 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

del demandado, su salud se deterioró sin que éste hubiese adoptado conductas diligentes¹⁸².

4.6.6 DETERMINACIÓN DE PERJUICIOS MORALES

En cuanto al papel de la prueba indiciaria en los perjuicios morales el Consejo de Estado ha señalado que:

La relación de parentesco cercano puede constituir un indicio suficiente de la existencia del perjuicio moral sufrido por una persona, como consecuencia de la muerte o el padecimiento de otra. Y es que es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos, se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición o el sufrimiento de los otros; la intensidad del perjuicio, que deberá ser valorada por el juez para tasar su indemnización, dependerá de la importancia o gravedad de la afectación padecida por la víctima directa del daño, y de la naturaleza de la relación existente entre las personas de que se trate, determinada igualmente, por lo general, por el grado de consanguinidad; resulta ser lo común, en efecto, que el amor entre padres e hijos sea más fuerte que el amor de los hermanos, por ejemplo.¹⁸³

Así, una vez se ha demostrado la relación de parentesco cercano, pueden establecerse indicios que deben ser valorados en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso; y, en algunos casos, puede contarse con otros medios de convicción que lleven al juez al convencimiento de que las reglas de la experiencia no resultan aplicables.

182 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de junio de 2000. C. P. María Elena Giraldo Gómez.

183 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

4.6.7 DESAPARICIÓN FORZADA

El Consejo de Estado sostiene que los indicios constituyen la prueba fundamental para la determinación de la responsabilidad del Estado en casos de desaparición forzada:

[...] debe anticiparse que la actividad probatoria en los eventos de desaparición forzada es muy compleja. Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios.¹⁸⁴

En otro pronunciamiento del mismo año, el Consejo de Estado reitera su posición respecto de la valoración de los indicios en casos de desaparición forzada:

En el caso de la desaparición forzada de ciudadanos, consecuente de la dificultad de recaudarse en el plenario pruebas directas demostrativas de la responsabilidad patrimonial de la administración, la Sala ha acudido a medios probatorios tales como los indicios, para fundamentar sus decisiones, tal como ocurrió en la sentencia del 17 de junio de 1993, expediente 7918, en los siguientes términos:

“En varias ocasiones ha tenido la Sala oportunidad de manejar casos como el presente, en los cuales no aparece la prueba directa para demostrar la autoría de un homicidio, ni las circunstancias mismas de tiempo, modo y lugar en que aquel se ejecutó. En tales ocurrencias se ha dicho que exigir esa prueba directa equivaldría a pedir una prueba imposible por lo que se hace necesario mediante un manejo Inteligente, técnico y adecuado de los demás elementos probatorios disponibles, procurar establecer desde el punto de vista administrativo cual ha sido la participación oficial en el hecho dañoso correspondiente. Lo anterior con el objeto de que en casos como el examinado se pueda establecer lo más seguramente posible cual fue el destino de quienes por una u otra razón se ven

184 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Rad. 12812. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

privados de su libertad por cuenta de organismos estatales de seguridad y mas tarde aparecen lesionados o desaparecen para luego encontrarlos como cadáveres, en muchos casos torturados. Inncesaria, y arbitrariamente los jóvenes fueron mantenidos privados de la libertad por parte de la policía a sabiendas de que la causa de su retención carecía de fundamento. Tal comportamiento sin duda alguna resulta comprometedor para la Institución demandada¹⁸⁵.

[...] No obstante lo anterior, frente a la reclamación de responsabilidad patrimonial, estima la Sala que las pruebas aportadas en este proceso permiten deducir, sin ninguna duda dicha responsabilidad a cargo de la entidad demandada, derivada de la conducta ilegítima de los agentes llamados en garantía, la que culminó con la muerte de L...¹⁸⁶

A continuación encontrará una serie de preguntas relacionadas con las temáticas de la unidad:

Ca

- Aplique criterios jurisprudenciales, como los expuestos, en el análisis y valoración de cinco de los casos que se encuentran relacionados al final del módulo.
- Señale situaciones que se presenten en su jurisdicción, con respecto a las cuales resulten aplicables los criterios jurisprudenciales expuestos.
- ¿Puede ser apreciada por el juez una prueba documental que ha sido allegada al proceso después del término previsto para ello? ¿Por qué?
- ¿Qué presunciones legales operan en las diversas jurisdicciones, respecto de los documentos que se pretenden hacer valer dentro de un proceso?
- Para la Corte Constitucional, ¿cuál es el valor probatorio de las copias de documentos?
- ¿Qué papel cumple la factura como prueba documental?
- ¿Cuál es el valor demostrativo de los documentos públicos que acreditan estado civil?

185 En el mismo sentido, entre otras, las sentencias del 28 de octubre de 1993, expediente 8551 y, del 29 de junio de 1995, expediente 10203.

186 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2002, Rad. 13922. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

Ca

- ¿Cuáles son las condiciones para que las fotografías se consideren documento privado o documento público?
- Defina el criterio de equivalencia funcional y ¿cuál es la posición asumida por la Corte Constitucional sobre su adopción en materia de documentos electrónicos?
- ¿Cuál es el alcance probatorio del documento electrónico y cuáles los elementos que debe tener en cuenta el juez para su valoración, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional?
- ¿Qué excepciones ha planteado la Corte Suprema de Justicia frente al testimonio rendido por quien tenga interés familiar o personal en el litigio?
- ¿Por qué el juez debe valorar el testimonio y todas las ampliaciones que del mismo se hagan?
- ¿Qué diferencias sustanciales encuentra usted respecto de la apreciación del testimonio por parte del juez, según la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004?
- ¿La jurisprudencia colombiana acepta la confesión implícita?
- ¿Por qué no puede afirmarse que la llamada confesión ficta sea una confesión en estricto sentido?
- ¿La confesión puede ser desvirtuada por otras pruebas?, ¿cómo?
- ¿Qué debe hacer el juez ante la actitud renuente y contumaz de alguna de las partes durante la práctica de una inspección judicial?
- ¿Cómo debe ser la valoración de otros medios probatorios a los que accede el juez cuando practica una inspección judicial?
- ¿Cuándo el juez puede reemplazar el decreto de la inspección judicial por la práctica de otros medios de prueba?
- ¿Cuál es la diferencia entre peritos perceptores y peritos evaluadores?
- ¿Cuáles errores puede cometer el juez al valorar una prueba pericial?
- ¿En qué consiste la libertad de valoración del juez frente a una prueba de carácter técnico-científico como el dictamen pericial?
- ¿Para qué tipo de situaciones resulta especialmente relevante la prueba indiciaria?

Ca

- ¿Qué papel cumplen los indicios contingentes en los procesos de impugnación de la paternidad?
- ¿Qué importancia tienen los indicios en los procesos de responsabilidad médica, en lo que respecta a la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el daño?
- Según el Consejo de Estado, la relación de consanguinidad constituye un indicio suficiente para la prueba del perjuicio moral, ¿bajo qué condiciones?
- ¿Cuáles son las razones por las cuales el Consejo de Estado sostiene que los indicios constituyen la prueba fundamental para la determinación de la responsabilidad del Estado en casos de desaparición forzada?

UNIDAD 5

PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA JUDICIAL

La determinación judicial de los hechos se desarrolla en un marco de institucionalización jurídica que establece condiciones y límites sobre fuentes y medios de prueba, así como de la actividad probatoria en el proceso. Un conjunto de principios de orden constitucional y legal fijan pautas orientadas a garantizar un respeto estricto a derechos y valores del más elevado nivel, y a indicar cauces que predeterminen la actividad cognoscitiva en el proceso, en aras de procurar la salvaguardia de un proceso legítimo y equilibrado.

Con fines puramente expositivos, el desarrollo de este tema se inscribe en el marco del debido proceso para, seguidamente, dar cuenta de las garantías constitucionales en general y los principios procesales de carácter probatorio, y culminar con una breve mención de los criterios jurisprudenciales en materia de ilicitud probatoria.

Todo ello sin perjuicio de que el orden expositivo dé lugar a inevitables reiteraciones y superposiciones que, en todo caso, confluyen en una visión global de los principios que se deben respetar en el ámbito de la prueba judicial.

Los objetivos de la presente unidad son:



- Disponer del conjunto de pautas institucionales de carácter general que, de manera imperativa, determinan la dinámica probatoria en sus distintas fases.



- Determinar al *debido proceso* como marco en el cual se inscribe el conjunto de principios con incidencia en el ámbito de la prueba judicial.
- Destacar las garantías constitucionales que deben prevalecer.
- Establecer el sentido de los principios procesales de carácter probatorio.

5.1 EL *DEBIDO PROCESO*

En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades¹⁸⁷, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.¹⁸⁸

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...]

Constitución Política, art. 29, inc.1

El debido proceso es un *derecho fundamental constitucional* de carácter autónomo (expresión del Estado constitucional democrá-

187 Sobre este punto, ver, por ejemplo, Corte Constitucional, las Sentencias T 442/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-285/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-416/95 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-207/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-329/96 (José Gregorio Hernández Galindo); T-055/97 (Eduardo Cifuentes Muñoz), Corte Constitucional, sentencia C-412 de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

188 Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

tico) pero, a la vez complejo, integrado por principios y *garantías*¹⁸⁹ para la protección de otros derechos fundamentales como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, los derechos políticos, el acceso a la administración de justicia, entre otros; cuyo amparo tiene fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad conformado por los distintos tratados y convenios internacionales de derechos humanos que ha ratificado Colombia, de aplicación obligatoria en virtud del artículo 93 de la Carta Política¹⁹⁰ (Bernal P. 2005: 333-358).

La Corte Constitucional, en Sentencia T-266 de 2005, definió el derecho fundamental al debido proceso en los siguientes términos:

[...] regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio.¹⁹¹

En este orden de ideas, las garantías mínimas que este derecho consagra son: i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se comuniquen aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o

189 La Corte Constitucional definió el debido proceso como garantía fundamental en la Sentencia T-751A de 1999. Otras Sentencias que se refieren al debido proceso: SU-960 de 1999, T-242 de 1999.

190 Algunos de los tratados o convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad para la protección del derecho fundamental del debido proceso son las siguientes: arts. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificada mediante Ley 35 de 1961; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por la Ley 70 de 1986; Convenios I, II, III y IV de Ginebra, ratificados mediante Ley 5 de 1960; Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra ratificados por la Ley 11 de 1992. Sobre el bloque de constitucionalidad y para una interpretación armónica de los principios y derechos fundamentales se pueden consultar los textos *Derechos humanos y derecho internacional humanitario* (Uprimny R., Uprimny I. y Parra 2006: 90-103); y *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano* (Botero 2006: 27 a 31).

191 Corte Constitucional, Sentencia C – 154 de 2004, M. P. Alvaro Tafur Galvis.

extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable y, vi) **el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.**

Del mismo modo, se puede agregar que el derecho al debido proceso se encamina a lograr la prevalencia del valor material de la justicia, a través del logro de los fines del Estado, así pues, este derecho exige de las autoridades públicas que sus actuaciones se sujeten a los procedimientos previamente fijados, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Carta Superior y en la Ley¹⁹²⁽¹⁹³⁾

Desde la perspectiva constitucional el *derecho al debido proceso* tiene por objeto un orden social justo que proteja los derechos fundamentales, en especial la dignidad humana, así como los demás derechos e intereses de las personas involucradas durante la actuación judicial o administrativa¹⁹⁴, se trate de personas naturales o jurídicas¹⁹⁵; de manera que los funcionarios judiciales y administrativos, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado¹⁹⁶, deben sujetarse a los mandatos y garantías constitucionales, además de las reglas sustantivas y procedimentales preestablecidas por el Estado (Bernal P. 2005: 333-358).

192 Corte Constitucional, Sentencia C – 641 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

193 M. P. Jaime Araujo Rentería. Sobre la definición de debido proceso, naturaleza, alcance y garantías mínimas también pueden consultarse las Sentencias C-107 de 2004, C-154 de 2004, C-252 de 2001, entre otras (negritas fuera del texto original).

194 Corte Constitucional, Sentencia C-383 de 2000.

195 Las personas jurídicas pueden ser privadas o públicas. Corte Constitucional, Sentencia T- 463 de 1992.

196 Constitución Política, art. 2.

A continuación se enunciarán los principales principios y garantías que integran el derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política:

5.1.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, [...]

Constitución Política, art. 29, inc.2

La legalidad como principio constituye garantía de libertad, igualdad y seguridad jurídica para el ciudadano, al tiempo que una autolimitación del poder de configuración del legislador y del ejercicio de la administración de la justicia por parte de los jueces en un Estado de Derecho (Bernal C. y Montealegre L. 2004: 358-363).

En un sentido material, el principio de legalidad enunciado en la Constitución hace directa referencia a su aplicación en el derecho penal y en el derecho sancionatorio, para exigir la preexistencia de la ley que determine un delito o una infracción y la correspondiente pena o sanción al hecho por el cual va a ser enjuiciado un individuo. En un sentido formal, este principio advierte que las actuaciones procesales, judiciales y administrativas, deben sustentarse en leyes preexistentes, con lo cual se ofrece garantía de transparencia del operador jurídico y equilibrio de las cargas que le corresponden a cada uno de los sujetos procesales en armonía con la Constitución Política (Bernal P. 2005: 358-360).

5.1.2 PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

Nadie podrá ser juzgado sino [...] ante juez o tribunal competente [...]

Constitución Política, art. 29, inc.2

El principio del juez natural exige que la Constitución o la ley determinen previamente a la asignación de casos, el juez o tribunal

que debe conocer de ellos, en razón de la jurisdicción y la competencia definidas por el legislador (siempre que el constituyente no lo haya determinado), en procura de garantizar la igualdad de condiciones para las partes procesales y la imparcialidad de la autoridad judicial que tenga conocimiento del asunto¹⁹⁷. En consecuencia, no se puede alterar la naturaleza de la instancia judicial, delegar o traspasar la competencia ni establecer tribunales especiales o autoridades *ad hoc*; tampoco puede revocarse el conocimiento del caso, excepto que se modifiquen competencias al interior de una institución. La función de administrar justicia sólo puede ser cumplida por quien se encuentra constitucionalmente autorizado para ello (Bernal P. 2005: 362-364).

5.1.3 PRINCIPIO DE FORMALIDAD

Nadie podrá ser juzgado sino [...] con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]
Constitución Política, art. 29, inc.2

El principio de formalidad se refiere al elemento integrador del debido proceso que exige que el funcionario judicial observe las formalidades o ritualidades definidas por el legislador para cada juicio¹⁹⁸, razón por la cual este elemento tiene relación directa con el principio de legalidad. Las formalidades o reglas procesales constituyen la garantía de la administración de justicia y aplicación del derecho sustancial en condiciones de igualdad para las partes.

197 Corte Constitucional, Sentencias C-444 de 1995, C-040 de 1997, C-655 de 1997, T-019 de 1998, T-049 de 1998, C-208 de 1993, C-111 de 2000, C-728 de 2000, C-392 de 2000, C-012 de 2002, T-268 de 1996, T-544 de 1995, SU-1184 de 2001.

198 El respeto por las formas procesales en las actuaciones públicas y privadas es una exigencia que se deriva del principio del Estado de derecho y del concepto de democracia: Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 1992. En el campo penal se suman otras garantías: Sentencias C-007 de 1993, SU-960 de 1999. Aplicación en el derecho sancionatorio: Sentencias T-011 de 1992, C-007 de 1993.

5.1.4 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. [...]

Constitución Política, art. 29, inc.3

El principio de favorabilidad en materia penal se impone como una excepción a la regla general del derecho consistente en que la Ley rige a partir de su promulgación o, en su defecto, a partir de la fecha que ella misma indique. Bajo el principio de favorabilidad, la ley posterior, siendo más favorable para el imputado se aplicará de manera preferente a la desfavorable, es decir, autoriza la aplicación retroactiva de la norma (retroactividad). La inaplicación de este principio constituye una vía de hecho por defecto sustancial que será tutelable por violación al debido proceso¹⁹⁹.

En derecho laboral también se aplica un principio de favorabilidad con un sentido distinto al aplicable en materia penal, el cual está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política en los siguientes términos:

La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios fundamentales:

[...] situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación de las fuentes formales de derecho;

Con base en este principio, ante un conflicto de interpretación normativa que le asista al juez, éste debe optar por la interpretación normativa que resulte más favorable al trabajador, dentro de varias posibles, o en caso de duda respecto de la aplicación de fuentes formales del derecho, debe escoger aquella que beneficie más al trabajador en sus derechos laborales²⁰⁰, sin que ello signifique que deba concederle siempre la razón al trabajador, como tampoco debe aplicarse en

199 Corte Constitucional, Sentencias T-567 de 1998, C-581 de 2001, C-171 de 1993.

200 Corte Constitucional, Sentencias SU-1185 de 2001, T-1072 de 2000.

la valoración de pruebas (Bernal P. 2005: 364-366). Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

Este principio determina al juez a acoger entre dos o más interpretaciones “la más favorable al trabajador”, pero naturalmente, siempre que aquella sea producto de una disparidad interpretativa resultante de la comprensión que el mismo fallador consideró posible al aplicar las reglas generales de hermenéutica jurídica y las específicas o propias del derecho laboral”[...] “el principio de favorabilidad sólo se circunscribe a los eventos complejos de los conflictos de normas, pero que dicho principio nunca puede aplicarse en tratándose de la valoración de pruebas”.²⁰¹

5.1.5 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable [...]

Constitución Política, art. 29, inc.4

La presunción de inocencia protege a los particulares de las arbitrariedades del Estado y constituye una garantía de la dignidad humana, la honra, el buen nombre y la libertad, ya que asegura a la persona inculpada que no será declarada judicialmente responsable sino con fundamento en la existencia de pruebas debidamente allegadas al proceso, controvertidas y valoradas por un juez imparcial, a partir de las cuales resulte desvirtuada su inocencia mediante una decisión judicial en firme, con observancia plena de las garantías procesales. Por esta razón, la carga de la prueba le corresponde al acusador y no al acusado²⁰²; aquél debe demostrar claramente la culpabilidad del

201 Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz (cita jurisprudencial tomada de Bernal P. 2005: 366).

202 Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil: “el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente”[...] “acompaña al acusado desde el inicio de la acción

enjuiciado sin dejar dudas al respecto al fallador para tomar la decisión de imponer la sanción correspondiente. Con esta presunción legal, queda proscrita la presunción de responsabilidad penal y toda forma de responsabilidad objetiva²⁰³. De acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional, este principio debe aplicarse en materia penal y en el campo del derecho administrativo sancionatorio; tiene íntima relación con los principios de publicidad y contradicción y el derecho de defensa (Bernal C. y Montealegre 2004: 367-368; Bernal P. 2005: 366-368).

5.1.6 DERECHO DE DEFENSA

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento [...].

Constitución Política, art. 29, inc. 4

El derecho de defensa, como principio integrador del debido proceso en materia penal, exige que el inculcado cuente con un abogado durante el desarrollo del proceso, sea que éste lo designe o que el Estado le asigne un defensor público o de oficio (gratuito) en virtud del amparo de pobreza. La defensa técnica supone un conocimiento jurídico para enfrentar el proceso, así como diligencia en

penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así porque, ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado". (Cita jurisprudencial tomada de Bernal P. 2005: 367).

203 Corte Constitucional, Sentencias C-776 de 2001, C-176 de 1994, SU-960 de 1999, C-626 de 1996, T- 463 de 1992, C-252 de 2001, T-066 de 1998, T-444 de 1992, T-525 de 1992, C-412 de 1993.

su actuación en términos de intervención oportuna y pertinente²⁰⁴ (Bernal C. y Montealegre 2004: 371-374).

Según lo sostenido por la Corte Constitucional, este derecho debe respetarse en toda clase de procesos judiciales, no sólo en los penales pues constituye uno de los elementos esenciales del debido proceso, ya que por medio de la defensa técnica en el juicio se garantiza la participación de los procesados, activando los principios de publicidad y de contradicción inherentes a todo debate judicial (Bernal P. 2005: 368-371), como puede verse en el aparte del siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

[...] la práctica de la integridad de las pruebas que hayan sido solicitadas por el procesado y decretadas por el juez hace parte del debido proceso, y este derecho fundamental resulta vulnerado cuando la autoridad judicial obra en sentido diferente [...] Según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma –que responde a un principio universal de justicia– surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia.²⁰⁵

Además de solicitar o aportar pruebas, el defensor debe presentar alegatos que conduzcan a desvirtuar los argumentos de la contraparte o del acusador, controvertir el recaudo probatorio allegado en contra de su representado, impugnar las decisiones judiciales, junto a todas las intervenciones dentro del proceso que correspondan a una actuación eficiente dirigida a la protección de los derechos del inculcado y a la

204 Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1993.

205 Corte Constitucional, Sentencia SU-087 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo (cita jurisprudencial tomada de Bernal P. 2005: 369).

consecución de la verdad procesal²⁰⁶. Al respecto, la Corte Constitucional sostiene que:

Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso o, lo que es peor, ignorando totalmente su existencia. La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho.²⁰⁷

Ante la absoluta inacción del defensor, el juez debe intervenir para proteger los derechos fundamentales del procesado, sin afectar la imparcialidad que debe mantener en la valoración de la responsabilidad (Bernal C. y Montealegre 2004: 372-373).

5.1.7 DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO

Quien sea sindicado tiene derecho [...] a un debido proceso público [...]

Constitución Política, art. 29, inc. 4

El derecho a un proceso público es requisito indispensable para hacer posible, entre otros principios, el de contradicción y el derecho de defensa. Un proceso público permite que las partes involucradas se encuentren en igualdad de condiciones para participar en el debate

206 Corte Constitucional, Sentencias T-068 de 2005, SU-960 de 1999, C-131 de 2002, T-490 de 1992.

207 Corte Constitucional, Sentencia T-504 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra (cita jurisprudencial tomada de Bernal P. 2005: 370).

judicial, sobre la base de unas reglas procesales preestablecidas, dentro de las cuales está incluido poner en conocimiento de las partes y de los demás sujetos procesales los motivos que le dieron inicio, las pruebas que se espera sean valoradas por el juez y todos los demás aspectos sustanciales y procedimentales de su desarrollo, para hacer efectiva su concurrencia²⁰⁸ (Bernal C. y Montealegre 2004: 379-380). Aunque en el artículo 29 el debido proceso público tiene una referencia de aplicación en el campo penal, este principio es aplicable en todas las jurisdicciones.

5.1.8 PRINCIPIO DE CELERIDAD

Quien sea sindicado tiene derecho [...] a un debido proceso [...] sin dilaciones injustificadas [...]

Constitución Política, art. 29, inc. 4

El principio de celeridad pretende que el juicio tenga un desarrollo rápido y adecuado, siguiendo las formalidades y los términos previstos para cada una de las etapas procesales, sin afectar los principios de publicidad y contradicción, ni el derecho de defensa. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que el acatamiento de los términos durante el proceso no es un derecho absoluto para el procesado, pues la Carta Política determinó que existe violación del debido proceso, sólo si la mora judicial es injustificada, esto es, que la dilación carece de motivo probado y razonable²⁰⁹ (Bernal C. y Montealegre 2004: 385-387). El respeto de este principio no puede pretermitir ninguno de los derechos o principios del debido proceso. Como su propósito es evitar la mora o dilación injustificada en el juicio, ante este tipo de situaciones procede la acción de tutela por violación

208 Corte Constitucional, Sentencia T-1012 de 1999.

209 Corte Constitucional, Sentencias C-411 de 1993; T-190 de 1995, C-301 de 1993, T-334 de 1995, T-027 de 2000.

al debido proceso²¹⁰, además de las sanciones que se deban imponer a la autoridad judicial en virtud del artículo 29 en concordancia con el artículo 228²¹¹ de la Constitución Política; aunque debe entenderse que a los sujetos procesales les asiste también el deber de respetar los términos judiciales²¹² (Bernal P. 2005: 371-372).

5.1.9 DERECHO A PRESENTAR Y CONTROVERTIR PRUEBAS

Quien sea sindicado tiene derecho [...] a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra [...]
Constitución Política, art. 29, inc.4

El *debido proceso* lleva implícito el derecho a probar, no sólo en materia penal para el sindicado, sino en todo tipo de proceso judicial; pues la pretensión del demandante o la del demandado sólo puede realizarse como consecuencia jurídica, si surge a partir de la prueba de los hechos objeto de la pretensión. El derecho a probar es la posibilidad de participar en un proceso y de acceder a la Administración de Justicia, cuyo ejercicio inicia con la postulación o proposición de la prueba por parte de los sujetos procesales para efectos de dinamizar y colaborar con la actividad investigativa que interesa a la causa (Villamil 1999: 60-62).

En relación con el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas, la Corte Constitucional ha sostenido que siendo este derecho un elemento sustancial del debido proceso y, en particular, intrínseco al derecho de defensa, la autoridad judicial, en todo tipo de proceso, debe dar respuesta sustentada, así sea en sentido negativo o positivo, a las solicitudes de pruebas presentadas por los sujetos procesales;

210 Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2000.

211 [...] Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado [...]

212 Corte Constitucional, Sentencias T-451 de 1993, C-846 de 1999, C-300 de 1994 y C-803 de 2000

además, el juez debe brindar la oportunidad de la controversia de la decisión que ordena o no la práctica de pruebas y del material probatorio recaudado. Si el juez se abstiene de responder una solicitud de pruebas, incurre en vía de hecho por defecto procedimental ya que impide la posibilidad de impugnar o recurrir su actuación judicial²¹³ (Bernal C. y Montealegre 2004: 381-384; Bernal P. 2005: 368-371). Por lo tanto, a los sujetos procesales les asiste el derecho a obtener respuesta, en cualquier sentido, de parte del juez sobre la petición de pruebas. Con la respuesta se da la oportunidad de que las partes conozcan las razones que tuvo en cuenta el juez para ordenar o no la prueba solicitada, la delimitación de la actividad probatoria dentro del proceso y para que impugnen la decisión en primera y/o segunda instancia (Villamil 1999: 61-62).

Sobre la presentación y controversia de pruebas, la Corte Constitucional en Sentencia C-1270 de 2000 sostuvo que, para garantizar el derecho de defensa, los procesos judiciales deben reconocer los derechos que se indican a continuación:

1. *El derecho a presentarlas y solicitarlas;*
2. *El derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra;*
3. *El derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción;*
4. *El derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste;*
5. *El derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2º y 228), y*
6. *El derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.*²¹⁴

213 Corte Constitucional. Sentencias T-008 de 1998 y T-055 de 1994.

214 Corte Constitucional. Sentencia C-1270 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell (cita jurisprudencial tomada de Bernal C. y Montealegre 2004: 381).

Como el legislador tiene potestad de configuración para diseñar las reglas del proceso, se entiende que está autorizado para determinar los medios de prueba admisibles y los que serán inadmisibles en cada evento, obviamente respetando los principios, derechos y valores constitucionales²¹⁵. Por su parte, aunque al juez le asiste poder discrecional para determinar la necesidad de decretar pruebas y valorarlas con base en los principios de la sana crítica²¹⁶, no podrá dejar de practicar la pruebas decretadas, ni ignorar u omitir la valoración de las pruebas allegadas al proceso; o sin la debida sustentación, dar por probado un hecho o circunstancia, sin referirse al material probatorio recaudado, por cuanto con ello estaría violando el debido proceso (Bernal C. y Montealegre 2004: 381-384). En relación con el derecho que les asiste a las víctimas de solicitar pruebas, la Corte Constitucional en Sentencia T-453 de 2005 sostuvo lo siguiente:

En general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas. La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a todos los sujetos procesales en sus derechos fundamentales. De ahí, la estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. La Corte Constitucional ha establecido que el juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan

215 Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2000, T-650 de 1999, C-038 de 1996, C-1259 de 2000, T-055 de 1994, SU-087 de 1999.

216 Corte Constitucional, Sentencias C-150 de 1993, T-439 de 1997, C-622 de 1998, y T-1395 de 2000.

fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa.²¹⁷ Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad, cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas.²¹⁸

Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito, no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad.²¹⁹

5.1.10 DERECHO A LA IMPUGNACIÓN Y PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

Quien sea sindicado tiene derecho [...] a impugnar la sentencia condenatoria.

Constitución Política, art. 29, inc. 4

Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. [...]

Constitución Política, art. 31

217 Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde la Corte encontró que se había vulnerado el derecho de defensa del actor porque la fiscal cuestionada había dejado de practicar pruebas pertinentes, legítimas y necesarias para la defensa. Ver también las sentencias T-055 de 1994, T-442 de 1994, T-324 de 1996, T-329 de 1996, y T-654 de 1998.

218 Ver entre otras, las Sentencias T-556 de 2002, T-249 de 2003, T-694 de 2000, T-536 de 1994.

219 Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

El derecho a la impugnación, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como elemento integrador del derecho al debido proceso, en especial en el derecho penal -en tanto se refiere al derecho que le asiste al sindicado de impugnar la sentencia que lo condena-, encuentra complemento normativo en el artículo 31 de la Carta Política cuando prescribe que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, dejando en claro la aplicabilidad de este principio en todas las jurisdicciones, aunque no con carácter absoluto ya que el legislador tiene potestad configurativa para determinar excepciones en las que proceda la única instancia, siempre que con ello no se afecten las garantías del derecho al debido proceso (en especial el derecho de defensa y la plenitud de las formas de cada juicio), el acceso a la administración de justicia ni derechos fundamentales constitucionales como el principio de igualdad (Constitución Política, art. 13)²²⁰. (Bernal C. y Montealegre 2004: 374-379; Bernal P. 2005: 373-375).

La doble instancia se concreta en el recurso de apelación o de consulta, según el caso; constituye un medio de impugnación mediante el cual el superior -segunda instancia- del juez que produjo la sentencia, tiene la oportunidad de revisar dicha decisión judicial con el propósito de enmendar los defectos o errores en los que haya incurrido la primera instancia²²¹ (Bernal C. y Montealegre 2004: 375-379).

5.1.11 DERECHO A NO SER JUZGADO DOS VECES POR EL MISMO HECHO: "*NON BIS IN IDEM*"

Quien sea sindicado tiene derecho [...] a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho [...]"

Constitución Política, art. 29, inc. 4

220 Corte Constitucional, Sentencias C-650 de 2001, T-533 de 2001, C-411 de 1997, C-1512 de 2000, T-323 de 1999, C-502 de 1997, C-680 de 1998.

221 Corte Constitucional, Sentencias C-040 de 2002, T-077 de 2002, C-017 de 1996, T-212 de 1995, C-019 de 1993, C-055 de 1993, C-345 de 1993.

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, como garantía constitucional, consiste en la prohibición de que una pretensión resuelta a favor o en contra mediante decisión judicial que se encuentre en firme, sea puesta en conocimiento de otro funcionario judicial del mismo nivel jurisdiccional y con idéntica perspectiva de apreciación judicial²²²; en materia penal, se concreta en la proscripción de la doble imputación y doble juzgamiento por un mismo hecho. El principio del *non bis in idem* tiene relación directa con el principio de la cosa juzgada, cuyo fundamento constitucional corresponde a la seguridad jurídica, la economía procesal y la justicia material que supone el Estado Social de Derecho (Bernal C. y Montealegre 2004: 387-393).

Aunque para algunos el principio del *non bis in idem* es de carácter absoluto, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la proporcionalidad de esta prohibición cuando entra en colisión con otros derechos, garantías y principios constitucionales²²³. Vale destacar su inaplicabilidad en el caso de la procedencia de la acción de revisión de sentencias absolutorias cuando se trata de proteger derechos de víctimas por violaciones de derechos humanos o por infracciones graves al derecho internacional humanitario; también procede la acción de revisión en el evento en que una autoridad internacional o una autoridad judicial interna declare la negligencia u omisión del Estado en la investigación de los hechos en el curso de un proceso judicial, lo cual fue incorporado en los artículos 21 y 192, numeral 4°, del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) (Bernal C. y Montealegre 2004: 387-393).

222 Corte Constitucional. Sentencia C-554 de 2001.

223 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003.

5.1.12 PRINCIPIO DE NULIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Constitución Política, art. 29, inc. 5

El principio de nulidad de la prueba obtenida con violación al debido proceso, consagrado en el artículo 29, inciso 5°, de la Constitución Política, determina la prohibición de darle cualquier efecto jurídico a la prueba obtenida sin el respeto de las formalidades legales previstas para ello o con vulneración de las garantías constitucionales o derechos fundamentales; en ese sentido, la prueba carece de validez pero el proceso continúa para que el juez, con base en otros elementos probatorios independientes y autónomos, fundamente su decisión. La Corte Constitucional en la Sentencia SU-159 de 2002 determinó los alcances y reglas que integran este principio²²⁴, y se registra un pronunciamiento muy importante en la Sentencia C-591 de 2005, en cuanto considera que al advertirse una prueba obtenida con graves violaciones a los derechos fundamentales o crímenes de lesa humanidad, el juez debe declarar la nulidad del proceso. Sobre el particular, se registra el aparte de la Sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional, por su trascendencia en el ámbito judicial:

[...] una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.

224 Más adelante, en la sección dedicada a la ilicitud probatoria se citan fragmentos de esta sentencia.

[...] para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, *se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales*. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

[...] Al respecto *la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso*. En otras palabras, *independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo*. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, *debe proceder además a remitirlo a un juez distinto*.

En efecto, *tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso*²²⁵, sino que *la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión*. No obstante lo

225 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 1° de febrero de 1993 y Auto del 5 de mayo de 1997.

anterior, entiende la Corte que *tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana*, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “*motiva la invalidez del proceso* y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza”.

Sin lugar a dudas resulta inadmisibles que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.²²⁶

5.1.13 PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LAS NORMAS SUSTANCIALES

Las actuaciones –de la administración de justicia– serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial [...]

Constitución Política, art. 228

A partir de la Constitución Política de 1991, el principio de prevalencia del derecho sustancial respecto del derecho procesal impone un cambio de concepción en el derecho constitucional colombiano que se irradia sobre el derecho en general, en tanto que el procedimiento no es un rito aislado sino que las garantías procesales, como

²²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández (negrillas fuera del texto original).

derechos fundamentales, deben estar indefectiblemente vinculadas a la efectividad de las normas sustanciales, para lo cual se ha instituido su protección directa e inmediata por parte del juez de tutela²²⁷ (Bernal P. 2005: 375-377).

La prevalencia del derecho sustancial significa que la finalidad de la justicia no puede resultar afectada so pretexto de la aplicación de las reglas procesales, por cuanto la prioridad es resolver de fondo los asuntos de conocimiento de la autoridad judicial. Los procedimientos deben estar al servicio de los propósitos de realización material del derecho y no al contrario. Sin embargo, este principio no supone pasar por alto el proceso diseñado por el legislador pues el debido proceso constituye un derecho fundamental en el sentido de que el juez no puede apartarse de las ritualidades definidas para el juicio²²⁸ (Bernal P. 2005: 375-377).

5.2 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER GENERAL

5.2.1 RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, [...].

Constitución Política, art. 1

La Corte Constitucional en Sentencia T-792 de 2005 define este principio en los siguientes términos:

La dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia,

²²⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-131 de 2002, C-029 de 1995.

²²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2002.

lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones.

El respeto a la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, “La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal”.²²⁹

[...] Bajo este derrotero, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. En este sentido, esta Corporación en Sentencia T-702 de 2001²³⁰, ha considerado lo siguiente:

El derecho a la dignidad no es una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para que el Estado se la otorgue o conceda, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona humana; el derecho fundamental es a que se le dé un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano. Es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado.²³¹

En Sentencia T-881 de 2002, la misma Corte al retomar el desarrollo jurisprudencial referido a la naturaleza jurídica de la dignidad humana, señaló:

Para la Sala una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibili-

229 Cfr, Sentencias T-401 de 1992. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

230 Cfr, Sentencia T-702 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

231 Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

dad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

[...] Estos seis aspectos no representan de manera alguna una postura definitiva y restringida del objeto protegido, del mandato de acción, de las razones normativas o de la configuración de los límites, en que el enunciado normativo de la “dignidad humana” se concreta. Por el contrario encuentra y reconoce la Sala, la riqueza tanto conceptual como funcional de la dignidad humana como concepto normativo, de tal forma que el énfasis o el acento que resulte puesto en uno de los sentidos expresados para efectos de la argumentación y en general de la solución jurídico constitucional de los casos concretos, no implica la negación o la pérdida de validez de los demás, incluso de las que no aparecen en este fallo relacionadas. En este sentido no importará para efectos de la validez-existencia de la norma jurídica implícita en el enunciado normativo “dignidad humana”, que la misma se exprese como derecho fundamental, como principio constitucional o como valor; y en el mismo sentido, que aparezca como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.

[...] A partir de esta serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intan-

gibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). [...] la Corte, ..., ha recurrido a la delimitación de los referidos ámbitos de protección, a partir de múltiples enunciados normativos o disposiciones constitucionales. Ilustrativo es el caso de la contenida en el artículo 12 (Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles inhumanos o degradantes) de la cual la Corte, junto con el enunciado normativo del “respeto a la dignidad humana” ha extraído la norma consistente en el derecho fundamental a la integridad física y moral²³². ⁽²³³⁾

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, el *respeto a la dignidad humana* como *principio* es fundamento del Estado social de derecho que cumple una función integradora del ordenamiento jurídico, y guía la interpretación armónica del sistema de derechos fundamentales con las demás disposiciones legales; se encuentra en permanente interrelación con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se cuenta el *debido proceso*, y constituye un mandato constitucional para que las autoridades del Estado velen y desarrollen las acciones tendientes a la protección de la dignidad de las personas en todas sus dimensiones (autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral); como derecho autónomo, su único titular es el ser humano y puede ser protegido por medio de la acción de tutela²³⁴. Como principio de principios, en el curso de todo proceso judicial debe garantizarse de manera efectiva el respeto de la dignidad humana de los sujetos procesales y de las demás personas que intervienen en su desarrollo, dentro de lo cual se cuenta la obtención y práctica de las pruebas (Villamil 1999: 65-69).

232 Cfr., Sentencias T-123 de 1994 y T-556 de 1998.

233 Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

234 Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002.

5.2.2 PROHIBICIÓN DE TORTURA

Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Constitución Política, art. 12

La Corte Constitucional ha sostenido que la prevención y la sanción de la tortura constituyen para los Estados y sociedades democráticas un imperativo ético y jurídico en razón a que su práctica contraviene la dignidad del ser humano, su naturaleza y los derechos fundamentales que le son inherentes. La proscripción de la desaparición forzada, la tortura y de los tratos o penas crueles o degradantes es una norma que tiene carácter imperativo en el derecho internacional, que no puede ser restringida por otras normas al amparo de estados de excepción. Tal prohibición hace parte de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por Colombia, cuya aplicación prevalece en el orden interno en virtud del bloque de constitucionalidad, según lo ha previsto el artículo 93 de la Constitución Política²³⁵, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1 y 12 de la misma Carta. Estas disposiciones constitucionales responden a la afirmación de la dignidad humana, eje del ordenamiento consti-

235 Bloque de constitucionalidad de la prohibición de la tortura citado por la Corte Constitucional en Sentencia C-148 de 2005: i) Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5°); ii) Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 7°); iii) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.2); iv) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (art. I); v) Convenios de Ginebra (art. 3°); vi) Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1975 (arts. 1, 2 y 3); vii) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 10 de diciembre de 1984 y aprobada en Colombia mediante Ley 170 de 1986 (art. 1, 2, numerales 1, 2 y 3); viii) **Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura**, suscrita en Cartagena el 9 de diciembre de 1985 y aprobada por la Ley 409 de 1997 (arts. 1 y 2); ix) Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998, aprobado mediante la Ley 742 de 2002 (art. 7, numeral 1, literal f) y numeral 2, literal e).

tucional y principio fundante del Estado social de derecho, con base en el cual se repudia todo tipo de lesión que incida negativamente en la integridad física, mental y espiritual de la persona, así como en las condiciones necesarias para una vida digna.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-148 de 2005, al declarar la inconstitucionalidad de la expresión “graves” contenida en los artículos 137 (delito de tortura en persona protegida) y 178 (delito de tortura) de la Ley 599 de 2000, sostuvo lo siguiente en relación con la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura:

Para los efectos de la presente sentencia cabe señalar que, como ya lo explicó la Corte en la Sentencia C-1076 de 2002, el instrumento internacional a tomar en cuenta, en virtud de la aplicación en esta materia del principio pro homine que impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos, es el que se contiene en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Téngase en cuenta al respecto que dicha Convención no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana.

[...] En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997²³⁶ no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

236 Ver Sentencia C-351 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz.

En ese orden de ideas en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000 el Legislador al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda de que desconoció abiertamente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior.²³⁷

A ello cabe agregar que (...) en relación con la tortura el artículo 12 constitucional²³⁸ no establece ningún tipo de condicionamiento. Recuérdesse que el contenido que el Constituyente dio al artículo 12 de la Carta, corresponde a la consagración de un derecho que no admite restricciones que lo conviertan en relativo²³⁹ y que a la prohibición que consagra la norma superior citada, -dirigida en este sentido a cualquier persona sea agente estatal o particular- subyace el reconocimiento y protección al principio fundamental de dignidad humana como fuente de todos los derechos²⁴⁰. (²⁴¹)

El artículo 2° de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura define tales actos en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de

237 Art. 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

238 Art. 12.- Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

239 Ver Sentencia C-351 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz.

240 Ver Sentencia C-587 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

241 Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

5.2.3 NO AUTOINCRIMINACIÓN

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Constitución Política, art. 33

El principio de no autoincriminación constituye una de las garantías procesales con rango de derecho fundamental de aplicación inmediata (Constitución Política, art. 85) que, al encontrarse en íntima relación con la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Constitución Política, art. 12), no admite *“matices, ni modulaciones, ni salvedades, pues están directamente relacionadas con valores y principios tan importantes como la vida, la dignidad de la persona, asuntos que son de la esencia de la Constitución colombiana”*²⁴²; a pesar de la aparente tensión con el deber de declarar en juicio, deber ciudadano previsto en el artículo 95 de la Carta Política para colaborar con el buen funcionamiento de la justicia, pues el privilegio de la no autoincriminación como garantía constitucional se impone como límite a dicha obligación (Villamil 1999: 83-86).

Resulta importante registrar la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-422 de 2002, reiterada en la Sentencia C-102 de 2005, al ampliar el alcance del principio de

242 Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

la no autoincriminación en cuanto a su aplicación tanto en asuntos criminales, correccionales y de policía como en aquellos de competencia de las jurisdicciones civil, laboral y administrativa, validando el requerimiento de personas o ciudadanos para obtener información en asuntos judiciales y administrativos con el respeto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, sin que estén obligadas a hacerlo, cuando de ello pueda resultar su autoincriminación o incriminen a algún familiar en los términos definidos en la disposición constitucional. Sobre este punto la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

Entonces, ante diversas disposiciones del ordenamiento que concretan el deber constitucional de la persona y del ciudadano de colaborar con la administración de justicia en la obligación de rendir declaración sobre los hechos objeto de investigación o de litigio, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado destacando el valor de la prueba testimonial en el esclarecimiento de la verdad, sin perjuicio del derecho del detenido, sindicado o procesado a no ser obligado a incriminarse, como tampoco a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Ahora bien, debe la Corte llamar la atención acerca de que no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orientador de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no auto incriminación “solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía” es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos (ver Sentencia C-776/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas (Ver S.P.V. Eduardo Cifuentes Muñoz Sentencia C-622/98 M.P. Fabio Morón Díaz. Ver igualmente la Sentencia T-1031/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet).

Así las cosas, considera la Corte que más que a la naturaleza específica de los asuntos de que se trate debe atenderse como criterio pre-

ponderante, definidor del ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 33 constitucional, el carácter relevante de la información en función de la protección de la garantía de no autoincriminación, que se repite, puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas con el Estado [...] ²⁴³

La confesión como medio de prueba no es contrario al artículo 33 de la Carta Política, siempre que las manifestaciones del confesante no estén mediadas por algún tipo de coacción sino que respondan a su voluntad, pues constituye violación a este derecho fundamental cuando el funcionario judicial obliga o presiona al demandado o inculpaado (según la jurisdicción) o al testigo a declarar contra sí mismo o contra sus familiares cercanos en los grados establecidos en la norma citada. La Corte Constitucional en Sentencia C-102 de 2005 deja en claro que:

En el proceso civil o laboral, trátase de la contestación de la demanda, o de la confesión judicial o al momento de resolver un interrogatorio de parte o de terceros, el ciudadano requerido siempre podrá abstenerse de resolver preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal suya o de su cónyuge o compañero permanente, o de sus familiares cercanos, en los grados establecidos en el artículo 33 de la Carta: cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primer civil. Porque, de lo contrario, el juez del proceso vulneraría la garantía de no autoincriminación [...] La contestación de la demanda, los interrogatorios o comparecencias al proceso corresponden al lícito ejercicio de la actividad probatoria y no pueden confundirse con la autoincriminación. ²⁴⁴

Como especial consecuencia del principio de no autoincriminación resulta el derecho del imputado o procesado a guardar silencio en asuntos penales, lo cual está en armonía con la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la carga probatoria en cabeza del

243 Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

244 Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 2005. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Estado, que es el llamado a desvirtuar tal presunción impulsando la actividad probatoria tendiente a establecer la verdad de los hechos, quedando el sindicado relevado de la obligación de declarar en su contra o de sus familiares cercanos. Sobre este punto la Corte Constitucional en Sentencia C-782 de 2005 sostuvo lo siguiente:

En la filosofía que orienta la adopción de un determinado sistema penal, ahora el acusatorio, existen garantías constitucionales producto de luchas de la humanidad que no son renunciables; por el contrario, deben ser maximizadas por estar de por medio el principio constitucional a la libertad individual y el respeto a la dignidad humana. Ahora, no significa lo anterior, que el procesado no pueda optar dentro de su libre autonomía, por confesar el delito por el cual se le inculpa, caso en el cual previo el cumplimiento de los requisitos legales, al juez le corresponderá valorar ese medio de prueba, pero solamente sobre el supuesto de la absoluta libertad y espontaneidad de quien confiesa, pues en caso contrario se trataría de la provocación forzada de una confesión, circunstancia que se traduce en un verdadero atentado contra la dignidad humana, la libertad y la autonomía de la voluntad. Para la Corte es claro que la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, tiene el derecho de guardar silencio y de reservarse datos o hechos que puedan resultar perjudiciales para sus intereses y los de sus allegados.²⁴⁵

De otra parte, el artículo 33 de la Constitución Política es una norma constitucional que también pretende proteger a la familia de la incriminación, cuya interpretación está en armonía con los artículos 5²⁴⁶ y 42²⁴⁷ de la Carta Política cuando establece que la familia es la institución básica de la sociedad y determina la inviolabilidad de su

245 Corte Constitucional, Sentencia C-782 de 2005. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

246 “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” Art. 5º, Constitución Política.

247 “La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad. [...] El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. [...] La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables” Art. 42, Constitución Política.

honra, dignidad e intimidad. Incluso, aunque una pareja se encuentre en estado de separación o divorcio ninguno está obligado a declarar en contra del otro por cuanto los vínculos familiares que subsisten al divorcio o separación de la pareja deben ser protegidos, en especial, la relación con los menores. De igual manera, el juez al recibir un testimonio a un menor debe prever y garantizar que no se le ocasionará un daño psíquico o emocional al revivir episodios que resulten violentos para su equilibrio mental; así mismo, el menor no estará obligado a delatar a ninguno de sus padres o a declarar cuándo con ello se puedan deteriorar las relaciones de su entorno familiar. No obstante, en eventos como estos, cuando la persona declina a su derecho de no declarar, la prueba es válida en el juicio (Villamil 1999: 88-90).

5.2.4 DERECHO A LA INTIMIDAD

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.
[...]

Constitución Política, art. 15, inc. 1

La intimidad, como derecho fundamental, fue definida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-437 de 2004:

[...] aquel ámbito que las personas reservan del conocimiento de los demás, (...). Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley"²⁴⁸. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad protege precisamente la indebida injerencia en ésta esfera privada del individuo y su familia, la cual está conformada por diversas situaciones y hechos reservados prin-

248 Cf. Sentencia T – 696 de 1996.

principalmente para sí o para el núcleo familiar, “y frente a los cuales no pueden interferir terceros.”²⁴⁹

Únicamente en aquellos casos en los cuales existe de por medio una aceptación expresa o tácita en dar a conocer informaciones o circunstancias que recaen en ésta esfera íntima, podría aceptarse la intromisión de un tercero. Así, la Corte en la sentencia SU-056 de 1995, señaló que si bien “El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños” éste debe mantenerse reservado “a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública.”

Con base en los anteriores criterios, la Corte en la sentencia T-696 de 1996, decisión reiterada en las sentencias T-169 de 2000 y T-1233 de 2001, ha indicado que el derecho a la intimidad es vulnerado por lo menos de las siguientes maneras. Primero, cuando puede corroborarse una intromisión irracional en el ámbito reservado de las personas. Segundo, cuando son divulgados hechos privados sin que medie un consentimiento o aceptación clara. Y tercero, cuando aún a pesar de la aprobación por parte de una persona, de divulgar hechos o circunstancias personales o íntimas, éstos son presentados de forma tergiversada o mentirosa. Bajo estas circunstancias, la acción de tutela es el mecanismo principal con el cual buscar su protección.²⁵⁰

No obstante su carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, según lo previsto en el artículo 85 de la Constitución Política, la Corte Constitucional también ha sostenido que el derecho a la intimidad no es absoluto, ya que puede ser objeto de limitaciones o restringido su ejercicio cuando debe prevalecer el interés general con fundamento en el artículo 1º de la Carta Política, sin que por ello deba

249 Cf. Sentencia SU - 1723 de 2000 en el mismo sentido puede consultarse la sentencia T - 696 de 1996.

250 Corte Constitucional, Sentencia T-437 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

afectarse su núcleo esencial, pero quedando de presente que en ciertas ocasiones es necesario obtener información del individuo que interesa a la comunidad; por ello, es usual que se pondere su protección cuando se encuentra en tensión con otros derechos como el de información o el de libertad de expresión. Pero al mismo tiempo ha expresado que los artículos 15 y 28 de la Constitución Política han establecido una protección más fuerte a ciertos ámbitos de la intimidad, como son la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada y la inviolabilidad del domicilio²⁵¹.

En Sentencia T-453 de 2005, la Corte Constitucional se refirió al derecho a la intimidad en los términos que se destacan a continuación:

Aun cuando el derecho a la intimidad tal como lo consagra el artículo 15 constitucional, comprende varias manifestaciones, para efectos del presente caso, resulta relevante examinar sólo algunas de ellas.

De conformidad con lo que establece el artículo 15 Superior, “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.” Adicionalmente, se consagra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, las cuales “sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.” Este derecho permite resguardar la vida privada y familiar de intromisiones arbitrarias, innecesarias, desproporcionadas y proteger las comunicaciones privadas del escrutinio invasivo del Estado o de terceros.

Esta Corporación ha estudiado el contenido y alcance del derecho a la intimidad en numerosas ocasiones.²⁵² Esa doctrina constitucional

251 Corte Constitucional, Sentencias C-692 de 2003 y C-1024 de 2002

252 Ver, entre muchas otras sentencias de la Corte Constitucional, las siguientes: T-349 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo (derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia de los reclusos); C-189 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz (incidencia de los medios de comunicación en el derecho a la intimidad); T-066 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz (divulgación de datos de un personaje público en una revista); SU-1723 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero (derecho a la intimidad e información divulgada por periódicos sobre aspectos de

también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y puede ser limitado, por ejemplo, a fin de garantizar un fin imperioso, como ocurre cuando se enfrentan los derechos a la intimidad de un funcionario público y el derecho a la información, caso en el cual, se ha reconocido una prevalencia *prima facie* del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad.²⁵³

En esa medida, las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que la de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el contexto de un sistema democrático. Estos principios han sido aplicados por esta Corporación para examinar las limitaciones a los derechos que haga el legislador, pero también al ponderar el enfrentamiento de derechos.²⁵⁴

Principios derivados del derecho a la intimidad:

5.2.4.1 Inviolabilidad de la correspondencia y toda otra forma de comunicación. Reserva de libros y papeles privados

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación

la vida de personaje famoso que interesan a la opinión pública); T-1202 de 2000, MP: Vladimiro Naranjo Mesa (derecho a la información e intimidad de funcionario público).

253 Corte Constitucional, Sentencia T-066 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte dijo que cuando se presentaban “conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece *prima facie* el derecho a la información”.

254 Ver por ejemplo, las Sentencias C-673 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, C-475 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-489 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil.

de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Constitución Política, art. 15, inc. 3 y 4

Como expresión del derecho a la intimidad personal y familiar y a la dignidad humana, la Constitución Política consagró la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, protección para la cual sólo proceden excepciones de orden legal con fines judiciales o administrativos del Estado, según el caso. Por mandato constitucional una orden de interceptación de comunicación, de registro de correspondencia o revisión de documentos privados, debe provenir del funcionario judicial que indiquen las disposiciones legales que regulen la materia, en la forma que en ellas se haya previsto. En la legislación colombiana la apertura de correspondencia y la interceptación de comunicaciones privadas sólo está prevista en los procesos penales. En consecuencia, con fundamento en la Constitución no es dable para las demás jurisdicciones ordenar dichas intervenciones en la intimidad por cuanto no hay sustento legal para ello (Villamil 1999: 79-82). En el caso de las interceptaciones ilegales de comunicaciones telefónicas o de correo electrónico (hecha por un juez sin autorización legal o por un particular), el contenido de las comunicaciones no puede ser apreciado en un proceso por cuanto se trataría de una prueba ilícita frente a la cual opera la cláusula de exclusión constitucional de la nulidad de pleno derecho por violación del debido proceso (Constitución Política, art. 29, inc. 5°).

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-159 de 2002, al referirse a la interceptación arbitraria de comunicaciones en relación con el derecho a la intimidad, se pronunció en el siguiente sentido:

La interceptación arbitraria de comunicaciones es, a todas luces, una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales. Por ello, la interceptación de comunicaciones, sólo puede ser realizada bajo las condiciones y procedimientos expresamente señalados en la Carta y

en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad.

[...] Esta Corporación ha estudiado el contenido y alcance del derecho a la intimidad, que es el que directamente resulta comprometido por la interceptación de comunicaciones²⁵⁵. La doctrina constitucional desarrollada sobre la materia, distingue claramente el derecho a la intimidad de un particular y el derecho a la intimidad de un funcionario o personaje público, y reconoce que si bien los funcionarios públicos, por su investidura, no pierden su derecho a la intimidad, el ámbito de éste es más reducido que el de los particulares, dado que el ejercicio de sus funciones implica actuaciones públicas de interés general.²⁵⁶

En cuanto a la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado²⁵⁷, pero también cuando esa interferencia es realizada por personas pri-

255 Ver, entre muchas otras sentencias de la Corte Constitucional, las siguientes: T-349/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo (derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia de los reclusos); C-189/94, MP: Carlos Gaviria Díaz (incidencia de los medios de comunicación en el derecho a la intimidad); T-066/98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz (divulgación de datos de un personaje público en una revista); SU-1723/00, MP: Alejandro Martínez Caballero (derecho a la intimidad e información divulgada por periódicos sobre aspectos de la vida de personaje famoso que interesan a la opinión pública); T-1202/00, MP: Vladimiro Naranjo Mesa (derecho a la información e intimidad de funcionario público).

256 Ver, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-066/98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz (divulgación de datos de un personaje público en una revista) y T-1202/00, MP: Vladimiro Naranjo Mesa (derecho a la información e intimidad de funcionario público).

257 Corte Constitucional, Sentencia T-349/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte protege el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia de los reclusos, la cual sólo podía ser interceptada si se cumplía con 3 requisitos: 1. Que medie orden judicial; 2. Que se presente alguno de los casos establecidos en la ley; 3. Que se cumplan las formalidades señaladas en la ley. Ver también Sentencia No. C-179/94, MP: Carlos Gaviria Díaz. En la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara "Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia", donde se examinó puntualmente la interceptación de comunicaciones.

- vadas, como cuando, por ejemplo, se divulgan a través de los medios de comunicación situaciones o circunstancias que sean de exclusivo interés de la persona o sus allegados²⁵⁸. Esa doctrina constitucional también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y ha señalado, por ejemplo, que cuando se trata de personas y hechos de importancia pública, el derecho a la información prevalece *prima facie* sobre el derecho a la intimidad²⁵⁹. (260)

5.2.4.2 Inviolabilidad del domicilio

Nadie puede ser molestado en su persona o familia, [...], ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Constitución Política, art. 28

La inviolabilidad del domicilio, garantía del derecho constitucional consagrada en diversos tratados internacionales de derechos humanos, tiene relación con los derechos a la intimidad y a la libertad personal y se conecta con la actividad probatoria en cuanto a las formalidades que deben observarse para adelantar registros o allanamientos de domicilio con miras al recaudo de pruebas, los cuales deben estar siempre sustentados en una orden de autoridad judicial competente, con el respeto pleno de las garantías constitucionales y legales previstas

258 Corte Constitucional, Sentencia T-611/92, MP: José Gregorio Hernández. En este fallo la Corte tuteló el derecho a la intimidad de los familiares de un personaje público que había sido asesinado, frente a la difusión de información privada que hicieran distintos medios de comunicación.

259 Corte Constitucional, Sentencia T-066/98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte dijo que cuando se presentaban “conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece *prima facie* el derecho a la información”.

260 Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda.

para ello, y su realización debe garantizar los derechos fundamentales de las personas que se encuentren en el lugar.

Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-599 de 1999, de la siguiente manera:

[...] por inviolabilidad de domicilio se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil.” En efecto, ha precisado la Corte, “la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad”²⁶¹.

Esto muestra que, conforme a tales criterios, la protección del domicilio no comprende exclusivamente el lugar de habitación sino que se proyecta a otros espacios cerrados, que son importantes para el amparo de la intimidad y del libre ejercicio de la libertad individual. Por tal razón, esta Corporación ha protegido como domicilios otros espacios como los cuartos de hotel. Dijo entonces la Corte:

“El derecho a la intimidad de toda persona y de toda familia, protegido por la Constitución, que las autoridades deben respetar y hacer respetar según el precepto mencionado, comprende el ámbito reservado e inalienable al que aquéllas se acogen, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las cobija, o del tiempo durante el cual permanezcan dentro de él, por lo cual no es menos susceptible de amparo constitucional la casa tomada en arriendo, la habitación de un inquilinato o el cuarto de un hotel, que la casa cuyo derecho de dominio puede demostrar quien la habita, o en la cual ha vivido por muchos años.”²⁶²

En síntesis, conforme a los criterios adelantados por esta Corte, la definición constitucional de domicilio “comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y

261 Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

262 Sentencia C-181 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sin su presencia (subrayas no originales)²⁶³ En ese mismo orden de ideas, esta Corporación ha concluido que es perfectamente válido aceptar que incluso las personas jurídicas pueden ser titulares de este derecho, en el entendido de que en tal caso, esta protección constitucional al domicilio corporativo “no serviría de instrumento valioso para garantizar la intimidad personal o familiar”, pero “tendría ese carácter respecto de los asuntos, materias, procedimientos y demás actividades que revisten carácter reservado, que no por desarrollarse asociativamente adquieren una especie de publicidad forzada”²⁶⁴.

[...] Sin embargo, esto no significa que todas las garantías que la Carta confiere al domicilio en sentido estricto, esto es, al lugar de residencia de una persona natural, se extienden automáticamente a estos otros lugares cerrados, como los sitios de trabajo o los centros de estudio. Para entender lo anterior, es necesario tener en cuenta que, como ya se dijo, la inviolabilidad del domicilio es una garantía que busca proteger los lugares en donde una persona desarrolla su intimidad o privacidad. Esto significa que la inviolabilidad del domicilio no protege tanto un espacio físico en sí mismo considerado sino al individuo en su seguridad, libertad e intimidad.²⁶⁵

5.2.4.3 Secreto profesional

El secreto profesional es inviolable.

Constitución Política, art. 74, inc. 2

El secreto o sigilo profesional consagrado en la Constitución Política, es considerado por la jurisprudencia constitucional como una extensión del derecho a la intimidad que, no obstante su carácter de inviolable, puede admitir restricciones en circunstancias especiales, previo juicio de razonabilidad, en función de los principios de

263 Sentencia C-041 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

264 Sentencia T-061 de 1996 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

265 Ver sentencias C-024 de 1994, C-041 de 1994 y T-061 de 1996.

relevancia y necesidad. Se presentan a continuación apartes de la Sentencia T-440 de 2003 de la Corte Constitucional, en la cual se establece el alcance del sigilo profesional y su relación con el derecho a la intimidad:

El secreto profesional [...] no obstante estar ubicada en el artículo constitucional referente a la actividad periodística, ha sido aplicada por la Corte para proteger información que debe ser mantenida en secreto por diversos profesionales. [...] dicho secreto:

“impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada, destinados a mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos.”²⁶⁶

[...] el secreto profesional guarda una estrecha relación con el derecho a la intimidad en tanto que es una “garantía funcional” de este último derecho fundamental. En efecto, en la sentencia C-264 de 1996²⁶⁷ la Corte explicó dicha relación de la siguiente manera:

“La estructura del secreto ofrece un cuadro en el que se destaca una persona que confía a un determinado profesional una información que no puede trascender por fuera de esa relación o que le permite conocer e inspeccionar su cuerpo, su mente o sus sentimientos más recónditos, todo lo cual se hace en razón de la función social que desempeña el profesional y a través de la cual se satisfacen variadas necesidades individuales. En el ámbito de la relación profesional,

266 Sentencia C-538 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que, con la sentencia C-062 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz), declararon exequibles unas normas legales que imponían a los contadores y revisores fiscales la obligación de revelar información privada adquirida en virtud del cumplimiento de sus tareas profesionales que fuera sospechosa en relación con las funciones de organismos estatales de investigación penal, y de control y vigilancia.

267 MP Eduardo Cifuentes Muñoz. En dicha providencia, la Corte declaró exequibles ciertas disposiciones del artículo 38 de la Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas en materia de ética médica), en la cuales se establecen ciertos casos en los cuales es permitido la revelación de información protegida por el secreto profesional del médico tratante. La Corte se ha pronunciado en varias ocasiones acerca del ámbito de protección del secreto profesional del médico. Ver por ejemplo las sentencias T-526 de 2002 (MP Alvaro Tafur Galvis), T-1563 de 2000 (MP (e) Cristina Pardo Schlesinger), T-623 de 1996 (MP Jorge Arango Mejía).

depositado el secreto o conocida la información o el dato por parte del profesional, el sujeto concernido adquiere el derecho a que se mantenga el sigilo y este derecho es oponible tanto frente al profesional como frente a las personas que conforman la audiencia excluida. Correlativamente, el profesional tiene frente al titular del dato o información confidencial, el deber de preservar el secreto. Como una proyección del derecho del titular del dato o información, al igual que como una concreción particular del interés objetivo y legítimo de una profesión en auspiciar un clima de confianza en las personas que constituyen el círculo de los usuarios de los servicios que dispensa, el profesional, a su turno, tiene el derecho de abstenerse de revelar las informaciones y datos que ingresan en el reducto de la discreción y la reserva.

“El derecho y el correlativo deber que se derivan de la prohibición de revelar el secreto profesional, tienen carácter formal en cuanto que, en principio, son indiferentes respecto de su contenido concreto. En realidad, lo comprendido por el secreto no es tan significativo desde el punto de vista jurídico como la necesidad de que permanezca oculto para los demás. Aquí se revela una faceta peculiar del secreto profesional y que consiste en servir de garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que se destaca el derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad etc. De otra parte, este nexo funcional, explica por qué las limitaciones que en un momento dado pueden revelarse legítimas y proporcionadas en relación con un derecho fundamental, eventualmente pueden en una situación extrema repercutir sobre el propio ámbito del secreto profesional, inclusive restringiéndolo [...]”²⁶⁸ “De

268 Adicionalmente a la sentencia precitada, otras providencias de la Corte se han pronunciado acerca de la relación entre el derecho a la intimidad y el secreto profesional. En sus inicios, esta Corporación consideró que el secreto profesional hacía parte del derecho a la intimidad. La sentencia T-011 de 1992 (MP Alejandro Martínez Caballero) sostuvo que “el derecho genérico a la intimidad quedó consagrado en cuatro artículos de la Carta: 15, 21, 33 y 74. El artículo 15 establece propiamente la noción de vida privada y sus implicaciones. El artículo 21 regula el derecho a la honra. El artículo 33 la prohibición de obligar a una persona a declarar contra sí o contra sus seres queridos. Y el artículo 74 el acceso de los particulares a los documentos públicos y el secreto profesional. Todo lo anterior debe ser complementado además con el artículo 28, sobre inviolabilidad del domicilio”. En el mismo sentido,

esta manera, la Corte Constitucional ha considerado que los datos resguardados en virtud de la relación profesional entre las personas, pueden hacer parte de la información personal que a la vez está protegida por el derecho fundamental a la intimidad.

[...] “Desde el punto de vista del derecho comparado, cabe resaltar que la protección del derecho a la intimidad es relativamente amplia en Colombia dado que se reconoce expresamente este derecho fundamental y se protege de manera genérica “la intimidad personal y también familiar” (artículo 15 de la CP), y no solo en algunas de sus manifestaciones, como el domicilio, la correspondencia y los papeles privados como ocurre en otros regímenes constitucionales. Además, son pocos los sistemas que constitucionalizaron “el secreto profesional”, como sucede en nuestro país.

[...] “El alcance del derecho a la intimidad no se reduce a su núcleo esencial, sino que se extiende hasta abarcar relaciones intersubjetivas por fuera del ámbito meramente personal o familiar, como las relaciones dentro de asociaciones privadas, los vínculos de naturaleza partidista e, inclusive, algunos aspectos de las relaciones sociales y económicas dentro de los cuales se encuentra el secreto profesional y la reserva bancaria.

“En ciertas circunstancias, el deber de guardar secreto sobre información personal cede ante las necesidades del interés público o de la protección de otros derechos y por ende puede ser sometido a limitaciones constitucionalmente legítimas. Además, el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución dispone excepciones a la confidencialidad de documentos privados.

[...] No obstante, la limitación de los derechos fundamentales está sometida al principio de razonabilidad aún cuando hay competencia expresa para limitarlos. En materia de revelación de información amparada por el derecho a la intimidad en conexidad con el secreto profesional, este principio se manifiesta en tres requisitos, entre otros aplicables en hipótesis diferentes. Para que a las autoridades

la sentencia precitada C-538 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) afirma que “(l)a inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente”.

del Estado competentes les sea permitido limitar el derecho a la intimidad accediendo a datos o documentos también protegidos por el secreto profesional en su manifestación concreta de reserva bancaria, es preciso que la divulgación de la información requerida (i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (principio de exclusión del capricho), (ii) sea relevante para la obtención de dicho fin (principio de relevancia), y (iii) sea necesaria, es decir, que no exista otro medio para alcanzar el objetivo buscado que sea menos oneroso en términos del sacrificio de la intimidad o de otros principios o derechos fundamentales (principio de necesidad).²⁶⁹

Así, por ejemplo, cuando para efectos judiciales se requieren documentos o datos sujetos a reserva, los jueces sólo pueden ordenar su revelación en los casos en los cuales la información solicitada sea

²⁶⁹ La Corte ya ha aplicado estos principios en casos en los cuales los organismos estatales requieren de información protegida por el derecho a la intimidad. En un asunto tributario, en el cual una norma legal obligaba a los operarios colombianos de Internet a suministrar a la DIAN, información de sus transacciones económicas, la Corte consideró lo siguiente: "(E)n los casos en los que resulten amenazados derechos fundamentales de los asociados por efecto de una disposición legal, sólo admite aquellas limitaciones que resulten estrictamente necesarias para alcanzar los fines buscados por la norma. Es indispensable, entonces, cumplir con los referidos principios de relevancia y finalidad de la información que pueda requerir la administración tributaria." La Corte, en sentencia C-1147 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), declaró exequible el artículo 91 de la Ley 633 de 2000, "en el entendido que la información que puede requerir la DIAN es la directamente relevante y estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones en ejercicio de sus competencias legales". De otra parte, en relación con la divulgación de información almacenada en bases de datos accesibles por Internet, en la sentencia T-729 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), la Corte sostuvo que "según el principio de finalidad, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, definida de manera clara, suficiente y previa". En dicha sentencia, la Corte concedió la tutela al derecho a la intimidad de un ciudadano cuyos datos personales aparecían en una base de datos del Departamento Administrativo de Catastro de Bogotá, la cual era accesible al público a través del Internet, y cuya información incluía su dirección, zona de conservación, vigencia de la formación, tipo de propiedad, estrato, área de terreno y área de construcción.

relevante y necesaria para los fines del proceso judicial, fines que gozan de una presunción de legitimidad constitucional²⁷⁰.

5.3 GARANTÍAS PROCESALES DE CARÁCTER PROBATORIO

5.3.1 UNIDAD DE LA PRUEBA

Las pruebas recaudadas en un juicio (de una misma clase o de distintos medios probatorios) conforman una *unidad*, cuyo fin no es otro que obtener el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos que sustenten una decisión justa. El conjunto de los distintos medios probatorios allegados a un proceso debe ser analizado, examinado o apreciado por el juez de manera simultánea, con el propósito de confrontar e identificar las correspondencias y discordancias presentes en dicha unidad, y determinar su valoración sobre los hechos y las pretensiones de las partes.

La apreciación conjunta de las pruebas no supone la ausencia de un análisis individualizado de cada una de ellas, pues el juez tiene el deber de exponer las razones de la valoración que le da a cada medio probatorio, pero es el examen del conjunto lo que le permite arribar a un fallo coherente y consistente con lo obtenido en el desarrollo del proceso (Devis 1981: 117; Palacio 2004: 23; Parra 2007: 7-9; García 2005: 26; Tirado 2006: 218).

Normas que consagran el principio de *unidad de la prueba*:

Código de Procedimiento Civil, art. 187; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), art. 238; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), art. 380; Código Contencioso Admi-

²⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda. En el caso objeto de revisión se constató una vía de hecho por defecto sustantivo en relación con el decreto de pruebas que atentaban contra el derecho a la intimidad, el secreto profesional derivado de la reserva bancaria.

nistrativo, arts. 168 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), art. 141; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto –Ley 2158 de 1948), arts. 60 y 61.

5.3.2 IGUALDAD

La igualdad de oportunidades para la prueba está relacionada con el principio de contradicción y se deriva, a su vez, del principio de igualdad de las partes ante la ley procesal, la cual prescribe idénticas oportunidades de defensa, y rechazo de procedimientos privilegiados o de privilegios para alguna de las partes involucradas en una causa.

Respecto de la actividad probatoria, este principio tiene el propósito de lograr el equilibrio de las partes en el proceso, brindando las mismas oportunidades para presentar y solicitar la práctica de pruebas, para controvertir las de la contraparte y, en general, para el ejercicio de los derechos en la actuación procesal probatoria. Al mismo tiempo, este principio implica que la escogencia y valoración de los medios probatorios por parte del juez deben ser proporcionadas para las partes, reconociendo las diferencias e intereses de cada una, y sus efectos en el conocimiento de los hechos que interesan a la investigación (Devis 1981: 124; Villamil 1999: 90; Parra 2007: 9-10; Rory 2005: 76; Tirado 2006: 217-218;).

Normas que consagran el principio de igualdad:

Código de Procedimiento Civil, arts. 4, 180 y 183; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), art. 5; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 4, 357 y 374; Código Contencioso Administrativo, arts. 3, 168, 169 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 15 y 132; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto –Ley 2158 de 1948), art. 59.

5.3.3 PUBLICIDAD

La publicidad de la prueba como principio constitucional y legal es aplicable en todo tipo de proceso judicial, a partir del cual nace la contradicción. Al juez se le exige que las pruebas sean conocidas por las partes, con el propósito de que intervengan en su práctica, bien sea para objetarlas o para solicitar la práctica de otras a partir de las cuales se refuten los argumentos de su contraparte²⁷¹. Las partes deben ser notificadas de la decisión en la que se decretan pruebas con el señalamiento de la fecha en que se practicarán, o bien del acto en que se rechacen, para darles la oportunidad de impugnación. La publicidad es una condición necesaria para la eficacia de los medios probatorios que pretenden ser puestos en conocimiento del juez en un proceso.

Al mismo tiempo, este principio impone al juez la obligación de que sean de conocimiento de las partes y de los demás interesados en la causa, el examen y las conclusiones a las que se llega en la valoración de las pruebas, pues la publicidad también es fundamento de la decisión judicial (Devis 1981: 124-125; Villamil 1999: 64; Palacio 2004: 27-28; Parra 2007: 10-11; García 2005: 27; Whittingham 2005: 24; Tirado 2006: 202-211).

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-880 de 2005 resaltó la importancia de la publicidad de la prueba en los siguientes términos:

271 Contrario a este principio es posible hablar de “**pruebas ocultas**”, como aquellas que se encuentran en poder de una de las partes y que conscientemente no las aporta al proceso o impide que el juez acceda a ellas. El funcionario judicial puede llegar a esta conclusión a través de indicios que, sumados a las demás pruebas, determinen que existen puntos vacíos en cuanto a lo que se debe probar. En materia tributaria, el Consejo de Estado ha resuelto restarle credibilidad a las contabilidades de los particulares y acudir oficiosamente a otros medios probatorios para verificar si los valores concuerdan con lo consignado en la contabilidad del particular. Al respecto, puede consultarse en el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, Sentencia de marzo 24 de 2000, C. P. Daniel Manrique Guzmán.

La publicidad, como criterio rector del debido proceso en general y del régimen probatorio en particular, presenta dos dimensiones fundamentales. De una parte, involucra un interés de la colectividad en ejercer un control público sobre las formas como se administra justicia, y de otra, habilita una serie de garantías para que los sujetos procesales y los terceros intervinientes se manifiesten dentro del proceso. Esta última dimensión se presenta en clara imbricación con el derecho de defensa.

En materia de pruebas la vigencia del principio de publicidad (art. 228 C.P.) se proyecta en la proscripción de las pruebas ocultas para las partes. Tal prohibición resulta correlativa a tres imperativos básicos: la providencia que decreta u ordena las pruebas debe ser notificada; la prueba debe ser practicada con audiencia de las partes, particularmente de aquella contra la cual se postula, y éstas deben conocer el valor o poder de convicción que el juez le atribuye a cada prueba (motivación probatoria).²⁷²

Normas que consagran el principio de *publicidad*:

Constitución Política, arts. 29 y 228; Código de Procedimiento Civil, arts. 4, 179, 180, 183 y 313; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), arts. 8, 9, 14, 236 y 330; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 8, 18, 149 y 377; Código Contencioso Administrativo, arts. 3, 35, 46, 168, 169 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 17, 21, 90, 92, 94 y 138; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto –Ley 2158 de 1948), arts. 42 y 43.

5.3.4 LIBERTAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

El principio de libertad de la prueba sustenta la admisibilidad de distintos medios probatorios en el curso del proceso, a iniciativa de las partes o del juez, siempre que sean de utilidad para determinar la existencia o inexistencia de los hechos que interesan en el juicio. En

²⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-880 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

función de este principio, puede ser usado todo elemento de conocimiento útil para la determinación de los hechos. Es el derecho a usar cualquier medio de prueba disponible que sirva para tal efecto.

La libertad probatoria encuentra límites constitucionales y legales, en aras de preservar la moral pública, la dignidad humana, las buenas costumbres y en especial, los derechos fundamentales, lo cual debe ser tenido en cuenta por el juez en el momento de aceptar o no un medio de prueba propuesto por las partes, y en la práctica de la prueba que ha sido decretada dentro del proceso²⁷³.

No obstante que la legislación enuncia medios probatorios para la actividad procesal, el juez (sin perjuicio de estimar la licitud y pertinencia o relevancia de las pruebas para esclarecer la verdad procesal) no debe afectar la libertad probatoria que tienen a su favor las partes comprometidas en el juicio (Devis 1981: 131-133; Villamil 1999: 94-96; Palacio 2004: 32; Parra 2007: 15-17).

Normas que consagran el principio de *libertad de los medios de prueba*:

Código de Procedimiento Civil, art. 175; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), arts. 233 y 237; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 275, 373 y 382; Código Contencioso Administrativo, art. 168; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 130 y 131; Estatuto Tributario, arts. 742 y ss.; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto -Ley 2158 de 1948), art. 51.

273 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia restringe el alcance de la libertad probatoria al respeto a los derechos fundamentales, como puede verse a continuación: "El principio de libertad probatoria que rige el derecho colombiano consiste en que la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado pueden acreditarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales". Auto del 10 de agosto de 2005. M. P. Marina Pulido de Barón.

5.3.5 INMEDIACIÓN

El principio de inmediación de la prueba impone como condición de su eficacia la intervención del juez como director del proceso, tanto al admitirla como al practicarla, manteniendo el control de la producción de la prueba, lo cual asegura su legalidad y licitud, al tiempo que hace posible una apreciación más adecuada del acervo probatorio para la decisión final. Aún cuando la inmediación se surte de manera inequívoca en los procedimientos orales, también en los procedimientos escritos este principio es aplicable, pues el juez está llamado a cumplir un papel activo en el desarrollo del debate procesal, sin importar el medio probatorio de que se trate. No obstante que el legislador ha previsto excepciones en la aplicación de este principio, como cuando autoriza la comisión para la práctica de una prueba o cuando las partes son las que allegan la prueba al proceso, la inmediación es un criterio que rige de manera general el recaudo probatorio y, en todo caso, pese a las excepciones legales que se consagren, la valoración de las pruebas estará a cargo del juez de la causa²⁷⁴ (Devis

274 Al referirse al principio de inmediación en el análisis de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional sostuvo que "...las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de **permanencia de la prueba**, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

[...] En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente "pruebas", salvo las anticipadas de ma-

1981: 128-129; Parra 2007: 72-73; García 2005: 27; Rory 2005: 75-76; Tirado 2006: 221-225).

Normas que consagran el principio de inmediación:

Código de Procedimiento Civil, arts. 31 a 36, 181, 182 y 185; Código Procesal Laboral, art. 52; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), arts. 84, 234 y 239; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 16, 357 y 379; Código Contencioso Administrativo, arts. 116, 120, 168, 169, 234 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 129, y 133; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto –Ley 2158 de 1948), art. 52.

5.3.6 CONSERVACIÓN DE LA PRUEBA

Con el objeto de evitar una posible eliminación, pérdida, alteración o deterioro de la prueba (doloso o no), los sujetos procesales pueden proponer medidas conservativas o cautelares de la prueba, cuya denominación técnica corresponde a *prueba anticipada* (Villamil 1999: 62), las cuales pueden ser practicadas de manera excepcional en cualquier clase de proceso judicial o administrativo, siendo su fundamento constitucional los derechos al debido proceso, derecho de

nera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros. En el escrito de acusación, el cual se presenta ante el juez de conocimiento en el curso de una audiencia de formulación de acusación, el fiscal deberá descubrir las pruebas de cargo, incluyendo los elementos favorables al acusado. A su vez, podrá solicitarle al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Posteriormente, en el curso de la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa deberán enunciarle al juez de conocimiento la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral, pudiendo solicitársele la aplicación de la regla de exclusión. Finalmente, en virtud del principio de inmediación de la prueba en el juicio oral, se practicarán las pruebas que servirán para fundamentar una sentencia..." Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

defensa, proposición y contradicción de pruebas y al acceso a la justicia (Constitución Política, arts. 29 y 229)²⁷⁵. En el sistema acusatorio colombiano, la *prueba anticipada* constituye una excepción válida al principio de inmediación, siempre que en su práctica ante el juez de control de garantías, se respeten las garantías procesales, en particular los principios de legalidad, contradicción y publicidad²⁷⁶.

5.3.7 NECESIDAD DE LA PRUEBA

Este principio (articulado con los principios de publicidad y de contradicción) consiste en que la decisión judicial debe fundarse en los hechos demostrados con el acervo probatorio recaudado oportunamente durante el proceso, sin importar si fueron practicadas a iniciativa de las partes o del juez, siempre que se hayan respetado los derechos fundamentales, el debido proceso y las formalidades legales previstas para su práctica y valoración. Por ende, está implícita la proscripción de fallos sustentados en la experiencia o en el conocimiento privado del funcionario judicial. La necesidad de la prueba se presenta como una garantía de la imparcialidad que debe acompañar al juez en la búsqueda de la verdad procesal, cualquiera que sea la naturaleza de los procesos, y a resolver de conformidad con lo que ha sido alegado y demostrado (Devis 1981: 115; Villamil 1999: 65; Palacio 2004: 21-22; Parra 2007: 73-74; García 2005: 25; Rory 2005: 71; Whittingham 2005: 17).

Normas que consagran el principio de necesidad de la prueba:

Código de Procedimiento Civil, art. 174; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), art. 232; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 357, 381, 435 inc. 2; Código Contencioso Administrativo, arts. 168, 169 y 267; Código Disciplinario

²⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-830 de 2002, C-798 de 2003.

²⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005.

Único (Ley 734 del 2002), art. 142; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto –Ley 2158 de 1948), art. 54.

5.3.8 COMUNIDAD DE LA PRUEBA

La comunidad de la prueba se refiere a la indisponibilidad de las pruebas aportadas al proceso en forma regular y oportuna por el sujeto procesal que tuvo la iniciativa, pues una vez practicadas pertenecen al proceso y el juez debe valorarlas para determinar la existencia o no de los hechos, sea que resulte favorable o desfavorable para quien la invocó. Para el juez resulta irrelevante cuál fue el sujeto procesal que aportó o solicitó la práctica de la prueba, pues los medios de prueba constituyen elementos que le permitirán arribar a la verdad. Las pruebas se sustraen de la disposición de las partes para su conocimiento objetivo en el proceso, su controversia y la apreciación del juez.

Con fundamento en este principio, se rechaza la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada, pues ésta hace parte del proceso mismo y, por lo tanto, no pertenece al sujeto procesal que la solicitó. En el caso de que se presente una renuncia o desistimiento de una prueba solicitada, incluso decretada pero no practicada, el juez podrá valorar su importancia para decretarla de oficio. En el evento de una acumulación de procesos, las pruebas recaudadas en cada uno de ellos se tendrán en cuenta para todos en la decisión final (Devis 1981: 118; Villamil 1999: 90; Palacio 2004: 24-26; Parra 2007: 75-76; García 2005: 26; Tirado 2006: 219-220;).

Normas que consagran el principio de *comunidad de la prueba*:

Código de Procedimiento Civil, art. 344; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), art. 53; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 357, 358 y 359; Código Contencioso Administrativo, arts. 168, 169 y 267.

5.3.9 CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

El artículo 29 de la Carta Política señala el derecho de la persona a presentar y a *controvertir* las pruebas que se alleguen en su contra, consagrando la contradicción como una garantía constitucional para la realización del *debido proceso* y del *derecho de defensa*, por medio del cual los sujetos procesales tienen oportunidad de oponerse o de rebatir las pruebas allegadas al proceso.

Este principio presupone la publicidad de la prueba y la participación de las partes en la indagación de los hechos. La contradicción otorga validez y, en algún grado, eficacia a las pruebas judiciales, una vez las partes han intervenido en su práctica, las han impugnado cuando es el caso, han aportado otras pruebas y han presentado alegaciones sobre su contenido; actuaciones que, al mismo tiempo, constituyen el soporte para la valoración judicial de los medios probatorios y de la decisión en la causa, en tanto el juez solamente deberá pronunciarse sobre los hechos conocidos durante el proceso.

Sobre este principio la Corte Constitucional en Sentencia C-880 de 2005 precisó:

En cuanto al criterio rector de la contradicción, del artículo 29 de la Carta se deriva el derecho a la prueba y a su controversia como una variante del derecho de defensa, y un desarrollo del principio de igualdad que indiscutiblemente orienta el proceso civil de partes.

En virtud de este principio, está prohibido el ingreso al proceso de pruebas obtenidas en forma subrepticia, escondida o a espaldas de la contraparte. El sujeto procesal contra el cual se opone o aporta la prueba debe conocerla, pero además el medio de convicción correspondiente no puede ser valorado si no se ha celebrado con su audiencia [...] ²⁷⁷

Se trata de un principio orientado a funcionar en el proceso, para la formación y control de pruebas. Así, se coloca a las partes en

²⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-880 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

condiciones de intervenir, discutir e influir en el decreto, práctica y valoración probatoria. Es, en suma, una proyección del derecho de defensa y, además, se puede manifestar en términos de proponer pruebas contrarias a las que propone la otra parte, o las decretadas de oficio; es decir, pruebas destinadas a refutar versiones de los hechos, al ser aducidas como elementos de confrontación que, a su turno, constituyen posibilidades de control al servir como contraste de las pruebas a las que se enfrenta. Además, el aporte de pruebas contrarias aumenta la base cognoscitiva de la determinación fáctica, al ampliar el material probatorio sobre el cual se ha de fundamentar la decisión, al verificar la calidad del acervo probatorio formado (Devis 1981: 123-124; Villamil 1999: 62-64; Palacio 2004: 28-29; Parra 2007: 76-78; García 2005: 26; Rory 2005: 71-74; Whittingham 2005: 24; Tirado 2006: 202-211).

Respecto al alcance de este derecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

[...] el ejercicio del derecho de contradicción no se funda exclusivamente en la posibilidad de contrainterrogar, pues el concepto es mucho más amplio, por cuanto presentar otros medios en oposición a los esgrimidos en contra, impugnar las decisiones que valoran los elementos de juicio, entre otras opciones, también comportan el cabal ejercicio del contradictorio²⁷⁸.

Normas que consagran el principio de *contradicción de la prueba*:

Código de Procedimiento Civil, arts. 146, 183 y 300; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), arts. 8, 13, 30, 48, 69; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 15 y 378; Código Contencioso Administrativo, arts. 3º, 168, 169 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 90, 92, 94 y 138.

278 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de agosto de 2005, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

5.3.10 PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN DE LA PRUEBA

En el proceso judicial, por disposición legal, como formalidad de tiempo y oportunidad, existen etapas y términos para que las partes propongan pruebas y para que se decreten, practiquen y valoren. Este principio, también conocido como *de la eventualidad*, exige cumplimiento y responsabilidad con las cargas procesales en el momento indicado normativamente para ello. Si las partes dejan pasar el momento procesal para solicitar y controvertir las pruebas, pierden la oportunidad de participar en el desarrollo del proceso, de lo cual se pueden derivar consecuencias jurídicas que no estén a su favor. El principio de preclusión de la prueba tiene la finalidad de evitar actuaciones sorpresivas para las partes, en aras de garantizar la buena fe y la lealtad procesal al tiempo que permite un impulso ordenado del mismo (Devis 1981: 127-128; Villamil 1999: 92-94; Palacio 2004: 30-31; García 2005: 27; Whittingham 2005: 24-26).

Normas que consagran el principio de preclusión de la prueba:

Código de Procedimiento Civil, arts. 174, 183 y 184; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), arts. 232 y 400; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 357 y 374; Código Contencioso Administrativo, arts. 168, 169 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 132 y 138.

5.3.11 DISPONIBILIDAD DE LA PRUEBA

La disponibilidad de la prueba, concepto doctrinario que también se denomina vecindad o facilidad de la prueba, consiste en que la carga de la prueba no está necesariamente en cabeza del demandante, sino que le corresponde a quien esté en capacidad de suministrarla; por ejemplo, en razón de la profesión dicha obligación puede desplazar-

se del demandante al demandado (institución financiera, médico, persona que registró un procedimiento técnico, etc.).

Para algunos doctrinantes el concepto de disponibilidad de la prueba tiene sustento constitucional en el artículo 95 de la Carta Política cuando establece para todo ciudadano el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, mandato dentro del cual se subsume el suministrar todas las pruebas que se hallen en su poder, así estas resulten desfavorables para el demandado o el demandante. En este evento las reglas tradicionales de la carga de la prueba cambian por cuanto la obligación de aportar la prueba no le corresponde a quien pretende beneficiarse de ella sino a quien está en condiciones de allegarla al proceso (Villamil 1999: 105-106).

5.3.12 LEGALIDAD Y FORMALIDAD DE LA PRUEBA

La legalidad del medio probatorio consiste en la aptitud que le confiere la ley a la prueba para producir la convicción del juez, esto es, que el medio probatorio es aceptado por el legislador, con lo cual le otorga eficacia jurídica. En cuanto a la formalidad de la prueba, el legislador puede contemplar exigencias o un procedimiento determinado para la formación de una prueba, siendo indispensable respetar la modalidad estipulada como requisito, para que se pueda contar con la validez y legitimidad de su integración al proceso.

Este principio compromete la responsabilidad de los sujetos procesales y del juez en la observancia de las formalidades previstas legalmente para el recaudo probatorio, desde la solicitud o aducción de pruebas hasta su valoración judicial; formalidades que constituyen normas de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento; en caso contrario, la prueba que se pretenda incorporar al proceso sin el lleno de los requisitos exigidos, o que adolezca de vicios, pierde su mérito probatorio y debe ser desestimada por el funcionario judicial. La legalidad o formalidad de la prueba tiene estrecha relación con el

principio de licitud de la prueba, en tanto que la prueba irregular o la prueba ilegal puede afectar el *debido proceso* (Devis 1981: 117-125; Palacio 2004: 29-31; Parra 2007: 11-14; García 2005: 25; Whittingham 2005: 18-24; Tirado 2006: 211-217).

Normas que consagran el principio de *legalidad y formalidad de la prueba*:

Código de Procedimiento Civil, arts. 6, 174, 178; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), art. 235; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 23, 276, 359 y 360; Código Contencioso Administrativo, arts. 168 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 128, 132, 140 y 149; Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto—Ley 2158 de 1948), arts. 51, 53 y 61.

5.3.13 LICITUD DE LA PRUEBA

Por último, pero no menos importante, debe destacarse el tema de la licitud de la prueba que corresponde a un principio constitucional derivado del *debido proceso*, según el cual se establece como regla fundamental que la obtención y posterior valoración de la prueba deben ceñirse a los mandatos constitucionales y legales, respetando los derechos fundamentales de las personas, las garantías procesales y las formalidades previstas para su recaudo. La ilicitud puede estar referida no solamente al *debido proceso* sino a la violación de garantías constitucionales y derechos fundamentales. Como expresión de este principio, el artículo 29 de la Constitución Política sanciona con nulidad de pleno derecho la prueba obtenida con violación del *debido proceso*, sobre la cual opera tal cláusula de exclusión, con el propósito de que no sea valorada por el juez ni sirva de sustento para su decisión. (Devis 1981: 134-135; Parra 2007: 22 y ss; Tirado 2006: 252-253)

Cabe entonces destacar que, en el sentido más estricto, la prueba, para que obre como tal en el proceso judicial debe ser lícita,

de modo que carecería de sentido asumir con validez procesal pruebas ilícitas. Una “prueba ilícita” no puede ser considerada como prueba en el ámbito judicial, así como tampoco tiene sentido hablar de “pruebas irrelevantes” (Taruffo 2002: 449).

Normas que consagran el principio de *licitud de la prueba*:

Constitución Política, art. 29, inc. 5; Código de Procedimiento Civil, art. 174, 178; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), art. 235; nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), arts. 23, 232, 276, 359 y 360; Código Contencioso Administrativo, arts. 168 y 267; Código Disciplinario Único (Ley 734 del 2002), arts. 128, 132, 140 y 149.

Ilícitud probatoria. Consideraciones jurisprudenciales

Como ya se ha mencionado, el principio de licitud de la prueba exige que su obtención y valoración, además de respetar las formalidades legales y constitucionales, debe sujetarse a las limitaciones establecidas por el debido proceso, el derecho a la defensa, o el respeto a la dignidad e intimidad de las personas. De esta forma, nociones como *libertad probatoria* y *libre apreciación* que rigen la actividad probatoria deben partir de la exigencia de licitud respecto del acceso y valoración de los medios probatorios.

En Colombia se ha contado con una prolongada trayectoria respecto del cuestionamiento de la capacidad probatoria de los elementos de juicio obtenidos ilegalmente²⁷⁹. Sin embargo, desde la promulgación de la Carta Política de 1991 se pretende que la actividad jurisdiccional se oriente aún más hacia un sistema de aplicación del

279 En 1985 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de una prueba magnetofónica obtenida con indebida intromisión a la intimidad. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 1985. M. P. Dante Fiorillo.

derecho garantista que, antes de priorizar la búsqueda judicial de la “verdad real” a cualquier precio, controle los posibles excesos y arbitrariedades del aparato coactivo estatal²⁸⁰.

La Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2002 expone de manera precisa la interpretación del inciso 5° del artículo 29 de la Carta Política referida a la *nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso* y las condiciones de aplicación de dicha cláusula constitucional de exclusión de pruebas, pronunciamiento que debe tenerse presente para abordar el tema de la ilicitud en la prueba y es por ello que se reproducen en seguida los apartes que se estiman pertinentes:

El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos:

Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales

280 Corte Constitucional, Sentencia T- 280 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.

La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad.

[...] La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

[...] Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes ... consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido

proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.

En segundo lugar, es necesario considerar el *alcance del concepto de debido proceso* al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia [...]

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta se-

ñala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución.²⁸¹

En el año 2005, la Corte Constitucional definió los criterios bajo los cuales las pruebas derivadas de la prueba ilícita podrían ser admitidas al proceso, en examen de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004 que determina la asunción del sistema de procedimiento penal acusatorio en Colombia. El artículo 455 de la mencionada ley establece lo siguiente: “*Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23²⁸² se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley*”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005²⁸³ dejó sentado que se excluyen las pruebas derivadas ilícitas que provienen de

281 Corte Constitucional, Sentencia SU159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (En la cita fueron omitidas las notas de pie de página del texto original de la Sentencia).

282 El artículo 23 de la Ley 906 de 2004 transcribe el artículo 29 de la Constitución Política: “será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso”.

283 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la prueba ilícita. En cambio, se admiten las pruebas derivadas, siempre y cuando entre la prueba ilícita y éstas medien factores como la relación lejana; que se trate de un medio probatorio autónomo; o que su descubrimiento devenga insoslayable por parte de los investigadores.

En este fallo la Corte Constitucional también deja sentado que cuando se adelante un allanamiento o registro con carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenido en la misma, queda contaminado, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellos que dependan directa y exclusivamente de ella. Sin embargo, si en la diligencia se hallan elementos o evidencias materiales no vinculados con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, el funcionario que realiza la diligencia deberá ponerlos en conocimiento de la autoridad competente para que sean tenidos como evidencia material pero no como elemento de responsabilidad.

En cuanto al alcance procesal de la exclusión de la prueba ilícita el tribunal constitucional estableció un avance jurisprudencial en cuanto a que, si bien en el derecho colombiano se ha asumido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, tal principio debe ser exceptuado cuando se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida con desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de *lesa humanidad* como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. En estos casos el juez debe proceder a la exclusión de la prueba ilícita y sus derivadas, así como a la declaración de nulidad de todo el proceso. Y, como puede verse comprometida la imparcialidad del juez de conocimiento, el proceso debe ser remitido a otro juez.

En un fallo de tutela del 2005, la Corte Constitucional también aplicó la regla de exclusión sobre las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales de las víctimas y al incumplimiento de la cadena de custodia. En la Sentencia T-453 de 2005²⁸⁴ se revocó, por vía de hecho por defecto fáctico, el fallo de un juez penal que decretó pruebas que representaban una intromisión desproporcionada en la intimidad de una víctima por delito de acceso carnal violento y que, además, no significaban un medio para garantizar la defensa del imputado.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁸⁵ ha señalado que la libre formación del convencimiento le es permitida al operador judicial únicamente cuando se trata de pruebas legalmente recaudadas en el proceso. La no valoración de la prueba ilícita no se irradia automáticamente en toda la actuación procesal. En Sentencia del 7 de septiembre de 2006, la Sala Penal de la Corte precisa la diferenciación entre *prueba ilícita* y *prueba ilegal* :

El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La exclusión opera de maneras diversas y comporta consecuencias distintas dependiendo si se trata de **prueba ilícita** o prueba ilegal. ...Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima²⁸⁶; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

284 Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

285 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Agosto 10 de 2005, M.P. Marina Pulido de Barón

286 Constitución Política, artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de confirmad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.

Al respecto, confrontar la Sentencia de Casación del 8 de julio de 2004 (radicación 18451), providencia donde la Sala analiza la doctrina y perfila la línea jurisprudencial.

Pero además, como lo sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, pueden existir ciertas pruebas ilícitas que generan como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial:

[...] La **prueba ilegal** se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba²⁸⁷.

De otro lado, en relación con el aporte de una grabación ilícitamente obtenida, el Consejo de Estado sostuvo que no puede ser considerado como medio probatorio válido un documento magnetofónico, si se obtiene de manera subrepticia y en abierta deslealtad contra quien se opone. En tales condiciones la prueba pierde vocación para ser valorada. Así mismo, en un proceso en el que la prueba es recaudada por una autoridad no competente, se declara su invalidez puesto que

287 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Septiembre 7 de 2006, Proceso 21529. M.P. Javier Zapata Ortiz. (Negrillas fuera del texto original). Este pronunciamiento ha sido reiterado en las Sentencias del 5 de octubre de 2006 (proceso 23284) y del 9 de noviembre de 2006 (proceso 23327).

es producida ilegalmente²⁸⁸. Respecto de grabaciones magnetofónicas, el Consejo de Estado también ha manifestado que:

[...] la Corte Constitucional se ha pronunciado amparando el derecho a la intimidad en casos en que la prueba es obtenida en forma subrepticia, sin la anuencia de la persona contra quien se aduce; sin embargo, tal protección no puede estar referida a conductas que por sí mismas revisten ilicitud, pues lo contrario significaría proteger la intimidad para delinquir. Observa la Sala, así mismo, que resulta contrario a toda lógica pretender la exigencia del consentimiento de quien va a cometer un ilícito en la producción de la prueba que habrá de comprometerlo, pues tal exigencia conduce sin lugar a dudas al favorecimiento de la impunidad en aras de la protección del derecho. Es incuestionable que el amparo del derecho a la intimidad está fundado en el presupuesto de la licitud de la conducta.

Por otra parte, aparece en el plenario que la prueba magnetofónica fue allegada al proceso y puesta en conocimiento de las partes, tanto que el disciplinado se defiende pretendiendo darle a las palabras contenidas en la cinta un alcance distinto, pero en manera alguna niega que fueran sus dichos los que allí se encuentran grabados.²⁸⁹

A continuación encontrará una serie de preguntas relacionadas con las temáticas de la unidad:

Ca

- Con respecto a las garantías constitucionales, seleccione una sentencia de tutela (de las citadas en notas de pie de página), relacionada con el tema probatorio, a fin de analizar la ponderación respecto de la prevalencia de tales garantías. Presente los argumentos de la Corte Constitucional.
- Seleccione, analice y discuta casos en los cuales resulte pertinente la aplicación de los principios expuestos en esta unidad.
- Seleccione y analice cinco de los casos que se encuentran

288 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 14 de diciembre de 2001, C. P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

289 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de febrero de 2005, C. P. Ana Margarita Olaya Forero (e).

Ca

relacionados al final del módulo, aplicando alguno(s) de los principios reseñados.

- ¿Qué es el *debido proceso*?
- De las garantías que integran el debido proceso constitucional, ¿cuáles considera usted que tienen relación directa con la solicitud, práctica y valoración de pruebas y por qué?
- ¿Cómo puede verse afectado el debido proceso en relación con la actividad probatoria dentro del proceso judicial?
- ¿En cuál principio encuentra su fundamento la apreciación conjunta de las pruebas por parte del juez? ¿Cuál es su propósito?
- Para el juez, ¿cuáles son las implicaciones frente al deber de brindar igualdad de oportunidades a las partes para aportar la prueba?
- Para el juez y para las partes, ¿qué actividad probatoria puede derivarse de la aplicación del principio de publicidad de la prueba?
- ¿La libertad de los medios de prueba qué límites encuentra?
- ¿A cuál de los principios corresponde la proscripción de fallos sustentados en la experiencia o en el conocimiento privado del funcionario judicial?
- ¿Cuál es el principio que sustenta la indisponibilidad de las pruebas?
- Como juez, ¿usted admitiría una renuncia o desistimiento de una prueba ya practicada? Y en el evento de que haya sido decretada pero no practicada, ¿cuál sería su decisión? Argumente su respuesta.
- ¿En qué consiste el principio doctrinal de la disponibilidad de la prueba?
- ¿Cómo opera la regla de exclusión de la prueba ilícita?
- Según la Corte Constitucional, ¿cuáles son las condiciones para proceder a la exclusión de una prueba?
- ¿Qué debe hacer el juez cuando detecta una prueba ilícita en el proceso?
- ¿Cuál es la posición jurídica asumida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado respecto de la prueba ilícita y los efectos jurídicos dentro del proceso?
- ¿Qué diferencia hay entre prueba ilícita, prueba ilegal e irregularidad de la prueba respecto de la regla de exclusión prevista en el inciso 5° del artículo 29 de la Constitución Política, así como en el nuevo ordenamiento procesal penal?

UNIDAD 6

SITUACIONES ESPECIALES DE INICIATIVA PROBATORIA

La carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio constituyen temas que han suscitado especial interés en el medio judicial, dada la elaboración de la cual han sido objeto en el seno de las Altas Corporaciones, de modo que en esta unidad se registran pronunciamientos jurisprudenciales que han establecido el carácter y modalidades que revisten, atendiendo a las diversas circunstancias procesales que marcan apreciables diferencias en el tratamiento dado a estos tipos de iniciativa probatoria. Dada la disimilitud de condiciones que son tenidas en cuenta en los fallos, y que ameritan una discriminación de las particularidades consideradas, antes de contarse con una homogeneidad, no necesariamente deseable, se dispone de una serie de consideraciones diversas, las cuales se pasan a exponer.

Dicho interés está relacionado con circunstancias de diversa índole que pueden dar lugar a dudas en el tratamiento que debe ser aplicado con respecto a, y a los presupuestos que en materia de carga probatoria conducen a que las partes que se encuentran en mejores condiciones asuman la responsabilidad de aportar los elementos probatorios asociados a los temas en discusión. Otro tanto ocurre en relación con la iniciativa del juez, en orden a establecer la verdad relativa a los enunciados que conforman hipótesis fácticas admisibles y pertinentes en el proceso judicial, sin perjuicio de las connotaciones propias del tratamiento especial que se da al tema de la prueba de oficio en el proceso penal, y que no será objeto de consideración en el texto, habida cuenta de la advertencia planteada al comienzo del módulo.

Los objetivos de la presente unidad son:



- Distinguir los criterios tenidos en cuenta en la jurisprudencia reciente respecto de la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio.
- Contrastar el enfoque dado a éstas figuras procesales en las distintas jurisdicciones, por parte de las Altas Corporaciones Judiciales.

6.1 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

6.1.1 CARGA DE LA PRUEBA

La ley procesal regula las modalidades de decisión en casos en los que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre los hechos, para ello entran en juego las reglas de la carga de la prueba, que permiten tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre sobre los hechos, determinando las consecuencias de esa incertidumbre (Taruffo 2002: 247). La *carga de la prueba* corresponde a una pauta que debe seguir el juez respecto de cuál parte procesal debe asumir las consecuencias de la falta de prueba de los hechos y las respectivas afirmaciones.

De acuerdo con el principio de la *carga de la prueba*, quien afirma la existencia de un hecho debe demostrarlo mediante pruebas. El *derecho a la prueba* implica que las partes tengan efectivamente la posibilidad de satisfacer la carga de la prueba, allegando las pruebas disponibles para demostrar la verdad de los enunciados fácticos que cada una de ellas tiene la carga de probar. En general, la *carga de la prueba* se satisface cuando la parte que debe demostrar un hecho logra que el enunciado correspondiente cuente con un grado de probabilidad prevaleciente²⁹⁰, por lo que puede considerarse jurídicamente verdadero. Se requiere que la parte que tiene la carga probatoria demuestre la verdad relativa

²⁹⁰ Ver pag. 109 del presente texto.

a los hechos que ha presentado como fundamento de su derecho y, por tanto, que pruebe que los enunciados correspondientes se encuentran debidamente fundados siguiendo la regla del “más probable que no” (Taruffo 2005).

La carga de la prueba tiene su fundamento en el artículo 177 del C.P.C, el cual dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. También el artículo 1757 del Código Civil hace referencia expresa a la carga de la prueba, al señalar que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*. De manera que, cuando una parte en litigio esté interesado en que un juez aplique determinada norma del ordenamiento jurídico, tendrá radicado en su cabeza la carga de la prueba, es decir, deberá probar el supuesto fáctico que dicha norma señala. En relación con estas disposiciones la Corte Constitucional en Sentencia C-202 de 2005 destacó que:

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 174 del Código de Procedimiento Civil, acerca de la necesidad de la prueba en los procesos civiles, “toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

En este campo, por regla general cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos “onus probandi incumbit actori”, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y “reus in excipiendo fit actor”, es decir que el demandado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano esta regla está consagrada en el campo del Derecho Privado en los Arts. 1757 del Código Civil, en virtud del cual “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, y 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”²⁹¹.

291 Corte Constitucional, Sentencia C-202 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha definido la carga de la prueba en los siguientes términos: “...*(la) carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él*”²⁹².

Como prototipo de la obligación procesal asociada a la carga de la prueba, puede considerarse la situación planteada por la Sala Civil de la Corte en reciente fallo:

[...] de conformidad con las reglas sobre carga de la prueba (C.P.C., art. 177), probado el contrato de compraventa y las obligaciones que de él se derivan, sobre lo cual no hay disputa, la alegación de falta de pago constituye, en línea de principio, una afirmación indefinida, regla que complementa el artículo 1757 del Código Civil, según el cual, “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, es decir, que quien invoca la existencia de una obligación a su favor, tiene la carga de probarla, como también, en sentido contrario, tiene la carga de probar la extinción quien la postula. Dentro de esa dinámica que es inherente a la carga de la prueba, el caso es que la parte demandante probó la existencia del contrato de compraventa y las obligaciones en él originadas, y trajo al proceso el alegato de que la demandada no pagó el precio. Por tal motivo, esa afirmación tenía que desvirtuarse con prueba de la extinción de la obligación, compromiso que no atendió la demandada, pues intentó salvar su responsabilidad alegando que hizo el pago a una persona que recibió en nombre de la demandante.²⁹³

En síntesis, la carga de la prueba plantea la determinación de a quién le corresponde demostrar la existencia o inexistencia de los hechos dentro del proceso, con miras a establecer quién debe asumir

292 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 4 de marzo de 1998, M. P. Carlos E. Jaramillo S.

293 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC- 196 del 14 de diciembre de 2006. M.P. Edgardo Villamil Portilla

el riesgo cuando dicha prueba falte. Entre las características más relevantes se encuentran las siguientes:

- Es el legislador quien distribuye la carga de la prueba, por tanto ésta es imperativa para el juez, y los posibles intervinientes de un proceso la conocen de antemano.
- Quien está interesado en que una norma se aplique en su favor debe probar los supuestos fácticos de dicha norma.
- En el evento en que la parte obligada a probar un hecho no lo haga, o la contraparte no aporte prueba sobre el mismo (comunidad de la prueba), la carga de la prueba le permite al juez fallar en contra de quien incumplió, es decir, en contra de quien estaba interesado en que el hecho apareciera demostrado.
- La carga de la prueba se refiere a quien está obligado a pedir la prueba, no a quien tiene la obligación de aportarla.

Una vez caracterizada en términos generales la carga de la prueba, podemos establecer, en contraste, la denominada *carga dinámica de la prueba*.

6.1.2 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La doctrina de la *carga dinámica* considera que la parte que se encuentre en posición privilegiada para probar un hecho debe allegar la prueba respectiva ya que, en ciertos casos, a alguna de las partes le resulta especialmente difícil aportar elementos probatorios en razón a que éstos implican un conocimiento técnico o científico altamente calificado, o se presenta un elevado grado de dificultad para acceder a los medios respectivos. La *carga dinámica de la prueba* corresponde a una doctrina que se introdujo con la finalidad de flexibilizar la rigidez en la que puede caer el juez al aplicar la carga de la prueba (Lépori White 2005: 60); en consecuencia, a partir de la dificultad para aplicar la carga de la prueba, el juez hace un análisis dinámico de cada situación, y en casos en que así lo determine, la carga de la prueba se traslada

a la parte que se encuentra en condiciones de aportar los medios al proceso. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la ha establecido en los siguientes términos: “[...] *el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado*”.²⁹⁴

La buena fe es uno de los principios en que se fundamenta la carga de la prueba, pues es una presunción y al mismo tiempo un deber, es decir, aunque se presume la buena fe tanto de los particulares como de las autoridades públicas, ante la facilidad de aportar una prueba a un proceso, la buena fe indicaría realizar dicho aporte. La lealtad se trata de un deber legal de las partes involucradas en una controversia, e implica una actuación sin subterfugios, ni ocultaciones, cuando una parte soporta la carga de la prueba. Y en tercer lugar, se fundamenta en el principio de solidaridad, como un valor que orienta el ordenamiento jurídico; ésta solidaridad es palpable en la carga de la prueba cuando se conmina a que quien pueda obtener más fácilmente una prueba está obligado a aportarla. Por lo anterior, se plantea un desplazamiento del *onus probandi* hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para aportar las pruebas (Airasca 2005: 135).

En otros términos, la carga dinámica implica un derecho de las partes involucradas en un proceso para que quien tenga la mayor facilidad de probar un hecho, lo haga, para proteger a la parte más débil en el litigio. Está fundamentada en la determinación de la verdad, pues se trata de una carga procesal impuesta por el ordenamiento jurídico a una de las partes en consideración a sus particulares condiciones (técnicas, científicas, institucionales, etc.) y a su proximidad con respecto a la prueba, para que la aporte.

Cuando el sistema jurídico impone a una determinada parte la carga de la prueba, en estos términos reconoce una desigualdad

294 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

yacente entre las partes, debido a los distintos niveles de formación o tecnificación de las mismas, o a la facilidad de la cual dispone una de las partes para procurar la prueba.

Así, se reconoce que existe una desigualdad material entre las partes involucradas en un litigio y se pretende subsanarla. El interrogante que debe formularse para determinar a quién corresponde la carga de la prueba es del siguiente tenor: ¿a quién le queda más fácil probar el hecho? Y se trata de determinar en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para suministrar los medios probatorios a partir de los cuales se establezcan los hechos procesalmente relevantes.

La doctrina argentina en esta materia asume que tiene el deber de probar quien se halle en mejor condición de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso; quien se halle en mejor condición profesional o técnica de hacerlo; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba; quien se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; y quien afirme hechos anormales (Lépori White 2005: 70).

6.1.2.1 Responsabilidad médica

La responsabilidad derivada del acto médico debe considerarse a la luz de la responsabilidad médica, como actividad de medios y no de resultados. En un principio, ante el incumplimiento de las obligaciones del médico, le correspondía al paciente la carga de la prueba (Pereira Marques 2005: 484). Esto suponía una especie de inmunidad para el profesional, y una prueba diabólica para el ciudadano, de modo que la jurisprudencia ha avanzado en este campo, de suerte que, en fallo del 2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sostuvo que:

[...] corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; de igual manera, corresponde al

demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le resulte muy difícil -si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar²⁹⁵

La carga dinámica de la prueba, se aplica para proteger a la parte más débil de la relación procesal y cuando a una de las partes se le facilita más probar un hecho. Esto se encuentra armonizado con el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 90 de la Constitución Política. Así lo señaló el Consejo de Estado:

[...] la obligación de probar la ausencia de falla o la ausencia de nexo causal corresponde a la parte que se sitúa en condiciones más favorables para demostrar la imputabilidad (*imputacio facti* e *imputacio juri*); ello no quebranta ni desconoce el artículo 90 de la C.P., que constituye el régimen de responsabilidad que nos gobierna, en la medida en que el Estado está llamado a responder por los daños anti-jurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, teniendo en cuenta que la fuente del daño constituye la misma actividad de la administración.²⁹⁶

Así, para efectos de determinar la responsabilidad es indispensable que no exista duda sobre el nexo causal, porque de lo contrario se llegaría a aceptar que la entidad pública en todos los casos se viera abocada a responder muy seguramente por un daño que no tiene origen en su actuación o cuando la causa del aquel se desconoce.

Tratándose de la actividad médico-quirúrgica, se requiere de especial cuidado y diligencia, dados los riesgos particulares de cada caso, circunstancia que además impone la obligación de informar de manera completa y clara al paciente, no sólo de los reglamentos del

295 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 14626. C. P. María Elena Giraldo.

296 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, radicación 9875 (12706). C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

establecimiento hospitalario, o de los procedimientos que requiere, sino de las vicisitudes y eventualidades que pueden llegar a presentarse en su curso, con ocasión de, o con posterioridad a la intervención, y esa obligación de información adquiere especial importancia como actitud preventiva del médico, así como trascendencia probatoria si con posterioridad a la actuación llegare a presentarse un accidente.

El Consejo de Estado ha aceptado la carga dinámica de la prueba en los siguientes términos:

[...] puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por, el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia. En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa.²⁹⁷

La mencionada Corporación ha construido una doctrina dirigida a proporcionar elementos para aplicar el principio de las cargas probatorias dinámicas y valorar las pruebas aportadas en esta materia, teniendo en cuenta el grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño, en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profe-

297 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2001, radicación 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166). C. P. Ricardo Hoyos Duque.

sional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal. El Consejo de Estado ha establecido que, cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “*el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia*”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “*cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad*”²⁹⁸.

En fallo del año 2004 el Consejo de Estado precisó los criterios en materia de responsabilidad médica en relación con la carga de la prueba, al señalar que:

[...] (i) Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio.²⁹⁹

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por el acto médico defectuoso, en general, operan las reglas para el establecimiento de la responsabilidad civil contractual común. No

298 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 1999, radicación: 11169. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

299 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005, radicación: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

obstante, por tratarse de una responsabilidad por actividad profesional de medios y no de resultados, salvo la responsabilidad derivada de la actividad de cirugías estéticas, para la prueba del elemento subjetivo que produce el daño, no es dable aplicar reglas absolutas ni de manera independiente al caso concreto. Según las circunstancias que indiquen la situación fáctica a examinar, para probar podrán operar las presunciones de derecho en contra del médico demandado, o una distribución equitativa de la carga de la prueba entre el demandado y el demandante. Al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en los siguientes términos:

En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los

supuestos configurantes del tema de decisión³⁰⁰. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).³⁰¹

En la sentencia citada la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a los presupuestos de la responsabilidad civil de los médicos, sostuvo que *“en torno a este panorama axiológico, debe operar el principio de la carga de la prueba (C.P.C. art. 177), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones.”*³⁰²

6.1.2.2 Diferencias entre carga de la prueba y falla presunta

El Consejo de Estado ha precisado que el principio de la *carga dinámica de la prueba* se presenta como una excepción a la regla general según la cual quien alega, prueba; la excepción consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales que sólo una de las partes tiene el privilegio de manejar. En síntesis, la aplicación del principio de la carga dinámica está condicionada al criterio del juez y supone la inversión

300 Subrayado fuera del texto original

301 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 30 de enero de 2001, exp. 5507. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

302 Ibidem.

de la carga de la prueba para un caso concreto. Por su parte, la *falla presunta* del servicio exime a la parte actora de la prueba de la falla del servicio, pues ésta se presume; en estos casos, corresponde a la entidad demandada desvirtuar dicha presunción, lo cual permite afirmar, contrario a lo que sucede tratándose de la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, que la inversión del deber probatorio se presenta como consecuencia necesaria de la aplicación de dicho régimen³⁰³.

6.1.2.3 Accidentes de trabajo

En relación con la carga probatoria en casos de accidentes de trabajo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, una vez el trabajador indique que la causa eficiente del accidente se da con ocasión de la falta de revisión por parte del encargado de prevenir el riesgo, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica se configura en cabeza del empleador, de conformidad con el artículo 216 del C.S.T., en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual. De esta forma, así el trabajador afectado alegue la responsabilidad de la empresa, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, a la empresa se le impone el deber de probar que cumplió de manera satisfactoria con la obligación de evitar el riesgo en la ejecución laboral³⁰⁴.

6.1.2.4 Protección especial en materia laboral

La Corte Constitucional ha planteado algunas reglas sobre la carga de la prueba y carga dinámica, en materia de derechos funda-

303 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12338. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

304 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 3 de marzo de 2005, M. P. Eduardo López Villegas; Sentencia del 30 de junio de 2005, M. P. Isaura Vargas Díaz; Sentencia del 10 de marzo de 2005, M(s) P(s) Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López; Sentencia del 16 de marzo de 2005, M. P. Gustavo José Gneco Mendoza.

mentales. Su aplicación consiste, tal como se señalaba anteriormente, en la protección de la parte más débil de la relación procesal. En este sentido, el dinamismo de la carga de la prueba, según la Corte, es aplicable a los grupos o personas en situación de desventaja, 'marginamiento o debilidad manifiesta, tales como los niños (Constitución Política, art. 44), los ancianos (C.P., art. 47), los minusválidos (C.P., art. 47), la minorías étnicas (C.P., art. 7), y los consumidores. De esta forma se busca promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y no simplemente un parámetro formal que deje intocadas las desigualdades sustanciales que se presentan en la sociedad.

Respecto de personas en discapacidad en medio de una relación laboral, la Corte Constitucional ha sostenido que procede la tutela cuando se trata de un despido en razón de su condición. En estos casos, esta Corporación ha señalado que la carga de la prueba se traslada de tal forma que es el demandado el que debe demostrar que el despido se dio por una justa causa.

Un pronunciamiento en este sentido fue la Sentencia T-427 de 1992 en la cual se señaló:

La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.³⁰⁵

En la Sentencia T-1040 de 2001, la Corte Constitucional conoció de un caso en el cual el médico recomendó trasladar a la actora a un cargo que no implicara tanto movimiento, en razón a un problema físico en sus rodillas. La empresa hizo caso omiso de la recomendación y se agravó el estado de salud de la actora. Posteriormente la trasladó

305 Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sin proporcionarle estudios ni capacitación en las labores que debía asumir y, finalmente, la despidió sin justa causa pagando la indemnización. La Corte señaló que tratándose de una persona con discapacidad, se invierte la carga de la prueba y le corresponde al empleador demostrar que el despido no fue por razón de la incapacidad, sino por causal objetiva de terminación. Con base en lo anterior concluyó que *“En estos casos, por lo tanto, opera una presunción a favor del trabajador, que, en todo caso, no lo exime de la carga de allegar una prueba sumaria, que le proporcione al juez los suficientes elementos de juicio para concluir que el despido se efectuó por razón de la condición de especial protección...”*³⁰⁶

En Sentencia T-1219 de 2005 la misma Corporación reiteró lo siguiente:

Adicionalmente, en ciertos casos especiales cuando el empleador demuestra que le resulta objetivamente imposible o evidentemente desproporcionado cumplir con esta carga especial, debe quedar eximido de la misma.

Con todo, en casos como este, la carga de la prueba le corresponde al empleador. En consecuencia, debe justificar de manera suficiente, las decisiones que afectan a la persona desaventajada³⁰⁷.

En este mismo pronunciamiento, la Corte Constitucional estableció que es una carga del empleador, y no del trabajador, demostrar que determinada dolencia o enfermedad es claramente incompatible e insuperable en relación con el cargo que se va a desempeñar³⁰⁸:

306 Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

307 Corte Constitucional, Sentencia T-1219 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño

308 Este caso se trata de una persona enferma de diabetes que se había vinculado a una empresa por medio de contrato de trabajo indefinido para desempeñarse como asistente de poda; en el transcurso de 4 meses, cumpliendo jornadas de trabajo hasta de 17 horas, sufrió dos crisis de salud durante su jornada laboral, caracterizadas por desmayo y pérdida del conocimiento. Los empleadores luego de un proceso de descargos lo despidieron por considerar que dicha enfermedad era incompatible con sus funciones de trabajo. La misma protección especial se aplica para las personas que sufren de VIH. (Cf. Corte Constitucional, Sentencia SU-256 de 1996).

[...] al no haberse demostrado la existencia de una incompatibilidad cierta del actor con las labores de asistente de poda y siendo esta una carga que según la jurisprudencia de la Corte corresponde al empleador, la Sala considera que en principio el trabajador no estaba en la obligación de informar su dolencia en la entrevista realizada por la empresa para seleccionar al trabajador que requería³⁰⁹.

De otra parte, la Corte Constitucional ha admitido la acción de tutela como mecanismo transitorio para solicitar el reintegro cuando no se ha surtido el debido proceso para los trabajadores con fuero sindical y el juez laboral de la acción de reintegro ha incurrido en vía de hecho. Aquí también la carga de la prueba se traslada al empleador, quien debe demostrar la existencia de una causa objetiva para su despido.³¹⁰ Además, en materia laboral, para desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, el empleador debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial no regido por las normas laborales, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Al respecto ha manifestado la Corte:

[...] al trabajador sólo le bastará con acreditar la existencia de la relación laboral para que opere la presunción legal de contrato de trabajo, con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador quien para desvirtuarla tendrá que acreditar que esa relación nunca estuvo presidida por un contrato de trabajo aportando los elementos probatorios que le permitan al fallador llegar a tal conclusión³¹¹.

309 Corte Constitucional, Sentencia T-1219 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño

310 En este pronunciamiento, la Corte Constitucional plantea la inversión de la carga de prueba, como una garantía más del derecho de asociación y libertad sindical, derechos fundamentales en el caso de los trabajadores. Al respecto puede consultarse la Sentencia T-1209 de 2000.

311 Corte Constitucional. Sentencia T-255 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas. En este mismo sentido puede consultarse: Corte Constitucional. Sentencias C-1110 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-159 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández.

6.1.2.5 Acción de extinción de dominio

La Corte Constitucional ha declarado constitucional una norma que consagra la aplicación de la *doctrina de la carga dinámica de la prueba* en los procesos de extinción de dominio. En Sentencia C- 740 de 2003 la Corporación sostuvo lo siguiente:

Corresponde al sujeto pasivo en la acción de extinción de dominio demostrar probatoriamente la procedencia lícita de los bienes. Las negaciones indefinidas, en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. Con ello, al afectado le es aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.³¹²

6.2 PRUEBA DE OFICIO

Según el *principio dispositivo* es responsabilidad de las partes elegir y aportar los medios de prueba necesarios para que el juez fije los hechos materia del litigio. De otra parte, en nuestro ordenamiento procesal existen varias normas que se fundan en el *principio inquisitivo* al postular la facultad del juez de decretar pruebas de forma oficiosa con el fin de verificar la realidad de los hechos³¹³.

312 Corte Constitucional, Sentencia del 28 de Agosto de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Fallo sobre constitucionalidad de la Ley 793 de 2002 “por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”.

313 Así lo consagran los arts. 37 num.4, 179 y 180 del Código Procesal Civil; los arts. 54, 83 y 84 del Código Procesal Laboral; los arts. 20, 234 y 401 del Código Pro-

En este campo se ha planteado un debate doctrinal vinculado a la necesidad de producir decisiones justas, y la posibilidad de la libre confrontación de las partes en el proceso (Parra 2004: 9)³¹⁴

En el seno de las Cortes estas consideraciones se han planteado en torno a temas referidos a la calificación del *decreto oficioso de pruebas* como *deber* o como *facultad*. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha optado por calificarla como *facultad-deber*, mientras el Consejo de Estado viene sosteniendo que pasa de ser una *facultad* a ser un *deber* en casos que atañen al interés público o en asuntos disciplinarios. Por su parte, la Sala Laboral de la Corte ha dejado a discreción del juez el decreto oficioso de pruebas, por considerar que su criterio es suficiente para determinar en qué casos es necesario acudir a esta figura para esclarecer los hechos. A continuación expondremos posiciones planteadas al respecto.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo en 1997 que *decretar pruebas de oficio* deja de ser una *facultad* para convertirse en un *deber* cuando la prueba es útil³¹⁵, y en el año 2004 insistió en que se trata de una *facultad-deber*, en tanto se relaciona con el interés público o común de establecer la verdad:

Por ello es que repetidamente esta Corporación ha resaltado la importancia y alcances de la atribución de decretar oficiosamente pruebas, para indicar sobre el particular, entre otras cosas, que a los órganos jurisdiccionales en el orden civil no les está permitido ... desentenderse de la investigación oficiosa con el fin de llegar a la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiendo có-

cesal Penal; el art. 169 del Código Contencioso Administrativo. Cabe anotar que el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), establece en el art. 361 que en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

314 En relación con este punto Parra Quijano ha considerado que “El estado social de derecho no puede ‘prestar’ un juez para que dirima un conflicto como sea, sino con algún criterio que permita hablar de justicia, y no cabe duda que ese criterio debe ser la verdad”. (Parra 2004: 9).

315 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 9 de Mayo de 1997, Exp. 4577. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

modas actitudes omisivas, por lo general puestas al servicio de una desapacible neutralidad funcional que el estatuto procesal en vigencia repudia siempre que por fuerza de las circunstancias que rodean el caso, llegare a hacerse patente que decretando pruebas de oficio puede el juez, mediante la práctica de las respectivas diligencias y aun a pesar de que hacerlo implique suplir vacíos atribuibles al descuido de las partes, lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia. En consecuencia, no es facultativo del juzgador obrar de este modo ‘... sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor ... es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los Arts. 37 Num. 4, 179 y 180 del C. de P. C.’³¹⁶

Reiterando el planteamiento que asume el *decreto de pruebas de oficio como deber*, en el año 2005 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que se deben decretar obligatoriamente las pruebas de forma oficiosa si “*se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia.*”³¹⁷ De lo contrario, sólo será una facultad que queda a discreción del juez.

Sobre el decreto oficioso de pruebas, en relación con el error de derecho que pueda o no, derivarse de una omisión del juez en tal sentido, la Sala Civil de la Corte sostiene lo siguiente:

[...] el error de derecho endilgado al Tribunal por no haber decretado pruebas de oficio, no tiene la amplitud que el censor le asigna. La sentencia dictada por esta Sala, el 12 de septiembre de 1994, que se cita en desarrollo del cargo, admitió que excepcionalmente se podría incurrir en tal yerro, cuando ante la preexistencia de la prueba

316 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 25 de Mayo de 2004, Exp. 7127. M. P. César Julio Valencia Copete.

317 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 25 de mayo de 2005, Exp. 1469. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

pertinente de un hecho sobreviniente, el juez se abstenía de decretar la prueba de oficio que permitiera su aducción al proceso.

En la sentencia antes citada, se dijo con meridiana claridad que "... resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso", pero que "... cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub examine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, de la otra, se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajenas a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial" (CCXXXI, Tomo I, 493 y 494).

Y en el fallo dictado el 4 de marzo de 1998, agregó la Sala que "... el deber de verificación judicial oficiosa de que se viene hablando en estas consideraciones, se halla consagrado efectivamente en normas de disciplina probatoria cuya infracción, por el cauce que señala el Num. 1º, segundo inciso del Art. 368 del C.de P.C...da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. Esto significa, entonces, que por fuera de esta reducida moldura y para los fines propios del re-

curso en cuestión, ante situaciones que no tengan la entidad apuntada, no puede configurarse yerro probatorio de derecho, porque en opinión del censor, era factible alguna forma de pesquisa oficiosa adicional conveniente a sus intereses,..." (CCLII, 400).

Finalmente, aunque la anterior doctrina fue ampliada en otras providencias dictadas por la Sala [Vid: 14 de julio y 7 de noviembre de 2000, 22 de febrero y 19 de junio de 2002], recientemente la Corte rectificó su doctrina en cas. civ. de 11 abril de 2005, Exp. 0056-02, afirmando que "Admitir que faltar al deber de decretar pruebas de oficio podría implicar un error de derecho, no constando aún, itérase, el requisito de la existencia y la trascendencia de la mismas, no cuadra del todo con la filosofía del recurso de casación" y que "Necesitaríase que las especiales circunstancias del pleito permitieran evadir los escollos preanotados, como cuando el respectivo medio de prueba obra de hecho en el expediente, pero el sentenciador pretexto que no es el caso considerarlo por razones que atañen, por ejemplo, a la aducción o incorporación de pruebas. Evento este que posibilitaría al fallador, precisamente porque la prueba está ante sus ojos, medir la trascendencia de ella en la resolución del juicio; y por ahí derecho podría achacársele la falta de acuciosidad en el deber de decretar pruebas oficiosas. Sería, en verdad, una hipótesis excepcional, tal como lo advirtió la Corte en un caso específico (cas. civ. 12 de septiembre de 1994)".³¹⁸

En posterior pronunciamiento, puede verse que la Sala Civil de la Corte mantiene los criterios definidos para el decreto oficio de pruebas por parte del juez:

No se discute la facultad-deber con que cuenta el juzgador para decretar pruebas de oficio, asumida jurisprudencialmente luego de superar la visión privatista del proceso civil, que suponía una conducta pasiva del juez y un beneficio e interés exclusivo de los particulares. Esta evolución auspició que el proceso se convirtiera en una actividad del Estado enderezada a la realización del Derecho, mediante

318 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC-122 del 10 de junio de 2005. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (subrayado del texto original).

la expedición de sentencias acordes con la legalidad, la justicia y la verdad.

Pero ese desarrollo, no implica la total discrecionalidad en la labor de pesquisa probatoria, pues tanto las reglas del procedimiento como el entendimiento jurisprudencial que de ellas se ha hecho, enmarcan y limitan tal proceder. De un lado, el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, prescribe que el juez debe "... Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias", y el artículo 179 ibidem consagró la autorización para el ejercicio de tal prerrogativa, para lo que también dispuso la misión del juez de verificar los hechos afirmados por las partes. Por otro lado, sobre el decreto oficioso de pruebas, esta Corporación tiene sentado que "sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que sólo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio (artículo 179, inc. 2° Código de Procedimiento Civil) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, sólo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso" (sent. cas. civ. de 12 de septiembre de 1994).

La tendencia de los precedentes indica que la omisión en el decreto y práctica oficioso de pruebas puede dar pie a un error de derecho cuando tal decreto "sea exigido forzosamente por la ley o que 'con posterioridad a la presentación de la demanda ... sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial' o que 'se aduzca o aporte, aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmen-

te al proceso' (G.J. t. CCXXI, pag. 481), entre otros supuestos" (sent. cas. civ. de 26 de julio de 2004 exp. No. 7273).³¹⁹

Por otra parte, desde 1988 el Consejo de Estado estableció que el decreto oficioso de pruebas es más allá que una facultad, un *deber*: [...] en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor -puntualiza esta corporación en el segundo de los fallos de casación avocados líneas atrás-, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas...³²⁰

Así, el límite al ejercicio de esta potestad consistía en que los hechos que se buscaba probar con las pruebas decretadas de forma oficiosa hubiesen sido alegados por las partes. Posteriormente, en el año 2001, el Consejo de Estado estableció otros límites frente a esta figura:

El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y procede únicamente en los casos contemplados en el art. 214 del ordenamiento procesal administrativo, esto es, respecto de las dejadas de practicar en la primera instancia pese a que fueron decretadas; las que versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas, pero solamente para demostrar o desvirtuar los hechos, la prueba documental no aducida en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y las que traten de desvirtuar el caso anterior...³²¹

Meses después, el Consejo de Estado sostuvo que: "...el juez administrativo tiene autorización legal para solicitar pruebas de oficio tendien-

319 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC-207 del 11 de agosto de 2005. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

320 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de octubre de 1988 (G.J. CXCII, p. 234). Citada en Sentencia de febrero 1 de 2000, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

321 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 Mayo de 2001, Exp.13347. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

*tes a desentrañar la verdad procesal, pero siempre limitado a los hechos y derechos invocados por el demandante.*³²²

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha planteado la obligatoriedad de ejercer la facultad de decretar pruebas de oficio; sin embargo, ha sostenido que esta facultad se hace imperativa en materia disciplinaria y cuando el asunto estudiado es de interés general:

La facultad de decretar pruebas de oficio en las acciones de pérdida de investidura se deriva del carácter inquisitivo del proceso en el derecho colombiano que obliga al juez a asumir una conducta activa en todo momento, así las partes hayan obrado de manera negligente en el aporte o solicitud de las mismas. Deber que se torna aún más imperativo tratándose de un asunto disciplinario y en particular en casos como el que se examina, en el cual se encuentra comprometido sensiblemente el interés general por la alta misión que desempeña el servidor público acusado.³²³

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a esta facultad del juez, en pronunciamiento reiterado recientemente sostuvo que sólo es viable el decreto oficioso de pruebas si es absolutamente indispensable para resolver el asunto, y siempre permitiendo la posibilidad de contradicción.

[...] debe reiterarse que la dicha posibilidad de pruebas en segunda instancia, aun ex officio, no es la regla general sino la excepción, y de ella no se puede hacer uso con el propósito de enderezarle el camino a una de las partes, sino para cumplir con los objetivos atrás indicados, de modo que será válido su ejercicio si a juicio del sentenciador fuere indispensable emplear ese mecanismo para resolver el fondo del asunto debatido y siempre y cuando se acaten los principios de

322 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de Diciembre 14 de 2001. C. P. Darío Quiñones Pinilla.

323 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Febrero 1 de 2000, radicación AC-7974. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

publicidad y contradicción de la prueba, pues de lo contrario sí se estaría frente a una violación del debido proceso laboral.³²⁴

De este modo, la Sala Laboral se ha acercado más al principio dispositivo, y en tal sentido, en fallos recientes afirma que la facultad oficiosa del juez no es una obligación:

Los artículos 83 y 84, al igual que el 54 del Código Procesal del Trabajo y s.s., consagran la actividad oficiosa del juez en materia probatoria muy coherentemente, como una facultad y no como una obligación, por lo que en este aspecto se regula la materia en forma tal que excluye la posibilidad de imponerle al juez laboral el deber de decretar pruebas tendientes a establecer los hechos que en el litigio sustentan las pretensiones o planteamientos de las partes.³²⁵

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que la prueba de oficio, consagrada en el artículo 54 del Código Procesal Laboral, es una facultad que tiene el juez antes que un deber, y que sólo está determinado por su juicio y criterio en caso de considerarla necesaria para esclarecer los hechos.

Como apoyo a lo antes dicho, se considera oportuno destacar la posición que sostiene la misma Sala en cuanto al decreto oficioso de pruebas en segunda instancia:

La Sala de Casación no encuentra error jurídico alguno en la actividad procesal probatoria del Tribunal. Primeramente, porque tenía plena competencia para ordenar de oficio la prueba, de acuerdo con el artículo 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En segundo término, por cuanto siendo admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, según las voces del artículo 51 ibidem, obviamente con las restricciones legales sobre solem-

324 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 28 de Octubre de 1997, Rad. : 9983. Apartes de este fallo fueron reiterados por la misma Sala, en Sentencia del 7 de marzo de 2006, Rad. 25672, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

325 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 21 de Agosto de 2002, Exp. 18620, M. P. Germán Valdés Sánchez. Postura reiterada en sentencia del 11 de mayo de 2005. M. P. Camilo Tarquino Gallego.

nidades ad substantiam, ninguna limitación tenía para decretarla, dado que de ningún tipo hállese dispuesta en los procesos en los que, como en el presente, se controvierte la evaluación psicofísica de una persona. En tercer lugar, porque la limitación general para la prueba pericial, señalada en ese mismo artículo 51 ya citado, no era oponible en el proceso bajo examen, dado que un dictamen médico y psicológico exige conocimientos profesionales que normalmente escapan a la preparación del juez.

Respecto de las pruebas oficiosas en segunda instancia, ninguna duda cabe sobre su procedencia, como la Corte ha tenido oportunidad de reiterarlo desde el fallo del 22 de enero de 1960. Y sobre su amplitud en cuanto al tipo de medios, también cabe memorar que los Tribunales no están limitados por el artículo 83 del C.P.T. y S.S., porque "...a juicio de la Sala, cuando la ley indica práctica de pruebas, debe entenderse que ellas comprenden "todos los medios de prueba establecidos en la ley" (Art. 51 del C. de P.L.), ya sean documentos, testimonios, interrogatorios de parte, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, etc." (sentencia del 29 de enero de 1997, exp. 9.197)³²⁶.

Respecto del decreto oficioso de pruebas en la justicia laboral la Corte Constitucional se pronunció afirmando que el juez laboral tenía el deber de practicar oficiosamente las pruebas. En este sentido encontramos la Sentencia T-958 de 2005 donde se dice:

El artículo 72 del Código Procesal Laboral establece que una vez fracasada la etapa conciliatoria, o en caso de no resultar ésta procedente, el juez decretará de inmediato la práctica de las pruebas solicitadas por las partes. Además, como ya quedó expuesto en líneas precedentes, **el juez puede y debe**, en procura de hallar la verdad real, decretar de oficio la práctica de todas aquellas pruebas que sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos, en desarrollo del principio inquisitivo...³²⁷

326 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 13 de septiembre de 2006, Rad. 29328. M. P. Carlos Isaac Nader.

327 Corte Constitucional, Sentencia T-958 de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (negrillas fuera del texto).

Más adelante, en la misma Sentencia, se estableció que:
Además, derivada del principio inquisitivo, la autoridad judicial **está facultada** para decretar y practicar las pruebas que considere indispensables para lograr un convencimiento sobre los hechos objeto de controversia que se han puesto a su consideración, las cuales debe apreciar de conformidad con las reglas de la sana crítica.³²⁸

De otra parte, resulta pertinente destacar la posición que ha asumido la Corte Constitucional respecto del decreto oficioso de pruebas cuando se refiere a la intervención del juez de tutela, en donde consagra de forma clara que se trata de un deber más que de una simple facultad. Esta posición puede apreciarse en la Sentencia T-042 de 2005:

Esta Corporación, ha sostenido la obligación que le asiste a los jueces de tutela de decretar y practicar pruebas de oficio cuando en el proceso no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su conocimiento, al no haberse allegado estos con la solicitud de amparo, esto en razón de que la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales, de suerte que es imperativo para el juez constitucional como conocedor del derecho, reunir todos los elementos probatorios que le permitan determinar con certeza la procedencia del amparo solicitado.³²⁹

Esta posición de la Corte Constitucional se observa en reiterados pronunciamientos donde también se ha establecido que el juez de tutela no puede fallar argumentando ausencia de pruebas, esto es, que la práctica oficiosa de pruebas para el juez de tutela no es sólo una potestad, sino que es un deber, que se hace imperativo en tanto la función jurisdiccional, en este caso debe propender por alcanzar soluciones justas y razonables.³³⁰

328 Ibidem (negrilla fuera del texto).

329 Corte Constitucional, Sentencia T-042 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

330 Corte Constitucional, Sentencias SU-819 de 1999, T-864 de 1999, T-1088 de 2001, T-990 de 2002, T-042 de 2005. Sobre la facultad del juez de tutela para

A continuación encontrará una serie de preguntas relacionadas con las temáticas de la unidad:

Ca

- Presente y discuta casos en los cuales se pueda considerar, en las diversas jurisdicciones la procedencia y condiciones de aplicación de la carga dinámica probatoria y de la prueba de oficio.
- Seleccione y analice cinco de los casos que se encuentran relacionados al final del módulo, aplicando alguno(s) de los criterios reseñados.
- ¿En qué consiste la carga de la prueba y en qué se diferencia de la teoría de la carga dinámica de la prueba?
- ¿Qué implicaciones tiene para el juez y para las partes la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba?
- ¿Cuáles son los elementos generales que pueden caracterizar la teoría de la carga dinámica de la prueba?
- ¿Cuáles son los criterios que sustentan la doctrina de la carga dinámica de la prueba?
- ¿Cuáles son los criterios que puede tener en cuenta el juez para aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba?
- En relación con la carga de la prueba, ¿cuáles son los criterios planteados por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica?
- De acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales de las Altas Corporaciones, ¿cuáles son los casos en que tiene vigencia la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba? Caracterice cada caso de acuerdo con la presentación contenida en el módulo.
- ¿Cómo se relacionan los principios inquisitivo y dispositivo con la prueba de oficio?
- Explique la posición asumida por cada una de las Altas Corporaciones respecto del decreto oficioso de pruebas.

solicitar pruebas se puede consultar el texto *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano* (Botero 2006: 128-130).

ANEXO

CASOS

La mayor parte de los casos que a continuación se relacionan han sido debatidos por los participantes en diversos talleres judiciales realizados en torno al tema probatorio. Para su análisis deben tenerse presente, además de los criterios aquí expuestos en este texto, las pautas indicadas en las unidades 3 y 4 del texto *Filosofía del Derecho*, y en las unidades 1 y 3 del texto *Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas* (Bonorino y Peña 2006).

CASO 1

Una parte se obstina en que el testigo que va a declarar a solicitud de la otra sea trasladado desde Australia para que se cumpla cabalmente con la contradicción.

¿Cómo resolver su petición y salvar la contradicción?

¿Si la prueba se recibe en Australia, cómo podría ser valorada sin contradicción?

Argumente.

CASO 2

Víctor Hugo pretende ganar por prescripción adquisitiva de dominio una finca de diez hectáreas, cuyo propietario, Dagoberto, falleció hace veinte años. Para tal propósito se instaaura la correspondiente demanda de pertenencia.

Con el objeto de probar sus actos posesorios y la viabilidad de la acción, Víctor Hugo solicita, dentro del proceso, el decreto de las siguientes pruebas:

- Registro civil de su matrimonio con Dora.
- Registros civiles de nacimiento de sus hijos Juan, Sandra y Claudia.
- Testimonios de Oliva, Berta y Gladys para acreditar actos posesorios.
- Inspección judicial sobre el predio a usucapir.
- Registro civil de defunción de Dagoberto.
- Registros civiles de nacimiento de Daniel y Marcela, herederos de Dagoberto.
- Tabla de intereses, fijado por la superintendencia bancaria.
- Folio de matrícula inmobiliaria del correspondiente inmueble.

Usted, como Juez competente para decidir la demanda, ¿decreta o no las pruebas solicitadas?

Analice y decida. Argumente probatoriamente.

CASO 3

En un *documento* aparece una firma nítida pero se ignora quién es el autor. ¿Cómo decretar el *testimonio* de esa persona si el C.P.C. establece que la petición de la prueba debe señalar el nombre del testigo?

Argumente.

CASO 4

¿Podría un tercero, en un proceso civil o penal, impedir que se proyectara un video con escenas íntimas, pretextando que ellas lesionan su derecho al buen nombre y a la intimidad? Intente una solución desde una perspectiva constitucional.

En el mismo caso, ¿accedería usted a una proyección privada con el interesado a fin de determinar la procedencia de la petición?

Seleccione y concilie principios.

CASO 5

En un proceso se allegan filmaciones que revelan la existencia de fotografías y de una exposición de pinturas y esculturas como obras de arte. La parte contra la cual se presenta la filmación tacha de falsas las obras de arte y no la filmación. ¿Cómo proceder en este caso?

CASO 6

En un proceso se pide la proyección de un holograma. ¿Cómo se practicaría la prueba?

CASO 7

Una escritura pública de venta de un inmueble, a pesar de estar rubricada por los contratantes, no fue autorizada por el notario. En ella se declara que el precio del inmueble está satisfecho ya, porque se trata de una dación en pago. ¿Qué valor probatorio tiene esa escritura en un proceso en que el demandante pide que le entregue la cosa vendida. (Suponiendo que haya pasado por registro y tradición sin reparo alguno).

CASO 8

En un proceso ejecutivo se extravía el título ejecutivo. El Juez dispone la reconstrucción del expediente y declara reconstruido el título valor. Posteriormente, el deudor es demandado en otro juicio por un tercero que alega ser tenedor de buena fe, dado que el título pudo seguir circulando. ¿Cómo se resolvería la situación?

CASO 9

En el curso de una diligencia de inspección judicial para demostrar que el prescribiente es poseedor de un fundo, el demandante presenta los recibos de pago del impuesto predial y unos contratos de aparcería. La parte contraria se opone, pues esos documentos debieron ser presentados con la demanda o con la contestación de la misma. ¿Cómo resolvería este asunto?

CASO 10

La señora ISABEL, en nombre y representación de su menor hijo JAVIER, decide iniciar un proceso de investigación de la paternidad contra su compañero permanente TEOFILO, quien ha negado ser padre del menor, que tiene año y medio de edad.

Enterado de los propósitos de su compañera, TEOFILO desaparece del hogar común y de todo contacto familiar y social, de manera tal que, cuando se presenta la demanda, la actora desconoce el domicilio del demandado; por tal razón, no es posible la práctica de la prueba pericial de ADN (art. 1º, Ley 721/2000).

ISABEL acude a la prueba testimonial (3 testigos) y a la documental (fotografías y recibos de pago de arrendamiento), para demostrar las relaciones sexuales sostenidas por ella y TEOFILO, por la época de la concepción de JAVIER.

Los testigos narran vagamente la relación marital que, según creen, existió entre la pareja, pero ninguno precisa fechas de su ocurrencia. Son coincidentes en afirmar que la pareja tenía serios conflictos, al parecer, por infidelidad de ISABEL y celos de TEOFILO, los cuales se acentuaron en los últimos dos años, provocando la partida de este último.

Las fotografías dan cuenta de una relación familiar entre los dos, pero no se precisa en qué épocas fueron tomadas. Los recibos de pago de arrendamientos datan de cuatro años atrás.

Por otra parte, se aportaron los registros civiles de nacimiento de VICTOR y JUAN, otros dos menores, de 7 y 5 años de edad, hijos comunes de la pareja, pero éstos sí están reconocidos por TEOFILO.

En la actuación procesal no se decretan otras pruebas.

Se pregunta: ¿Usted declara o niega la paternidad demandada?

Analice y decida. Argumente.

CASO 11

Después de enervar queja ante la Comisión Nacional de Televisión, cuarenta padres de familia interponen acción de tutela en contra de tres canales de televisión para que se suspenda la emisión de algunos programas, de modo que se protejan los derechos de los niños a crecer en un medio cultural sano. Afirman los actores que la programación de televisión en las franjas familiares comportan un alto contenido de sexo, morbo, violencia, y de apologías a la comisión de delitos, y que las advertencias que suelen aparecer antes de los programas resultan inocuas si se tiene en cuenta que los padres de familia, por diversas razones, no siempre pueden acompañar a sus hijos a ver televisión; además, los menores, frecuentemente, asumen comportamientos agresivos imitando personajes de novelas y de series televisivas, a pesar de que reciben educación adecuada de orden moral, intelectual y religioso.

Durante el proceso, un sociólogo, un siquiatra y un psicólogo declaran que, en general, las presentaciones audiovisuales no corresponden a una causa única o determinante de comportamientos violentos en los menores de edad.

El juez de primera instancia considera que sí existe violación a los derechos a la educación, la cultura y la unión familiar, ya que ninguna prueba científica o estudio teórico, de manera contundente, descarta que las imágenes audiovisuales no representen un factor constitutivo en las conductas agresivas de los menores.

la protección de lazos de familia y sus relaciones con los hijos menores comunes sufriría un quebranto mayor si se le obligase a declarar.

¿Cuál es su opinión al respecto? Argumente.

CASO 21

Quien fuera, apoderado de un sindicato, voluntariamente concurre a declarar a un proceso penal y suministra toda la información que le había confiado su representado. ¿Cómo apreciaría usted ese material probatorio? ¿Cuál sería su análisis, si al momento de fallar contara, además, con un conjunto de indicios? Argumente.

CASO 22

Un fiscal ordena la interceptación de las comunicaciones entre un sindicato (por falsificación de billetes) y su apoderado. Como fruto de esas interceptaciones se hallan las planchas para hacer los mismos billetes que reposan en el expediente (con la misma numeración). ¿Qué valor probatorio se puede reconocer a ese hallazgo? ¿Qué tipo de elementos probatorios serían esas planchas?

CASO 23

Una de las dos personas que sostienen una conversación graba su contenido. Si el interlocutor respectivo admite la existencia de un delito, ¿qué valor probatorio se le puede atribuir a ese documento?

Con los mismos supuestos de la hipótesis anterior, ¿cuál sería la conclusión si se admite la existencia de una obligación a cargo de uno de los participantes de la conversación y a favor del otro?

Con las mismas premisas, ¿cuál sería el valor probatorio atribuible a un documento (filmación) encontrado como resultado de una interceptación hecha sin orden judicial?

CASO 24

¿Cómo resolvería usted la oposición del representante legal de un menor a que éste rinda declaración, con el argumento de que la evocación de los hechos en que ocurrió un crimen y las circunstancias que lo rodearon produciría un estado tal de angustia que podría erigirse en violencia psicológica?

¿Qué diferencia habría si el declarante es menor de edad, pero mayor de doce años, y se opone a rendir declaración con los mismos argumentos?

CASO 25

Una persona viola el domicilio de una pareja para impedir que un hombre cause una lesión grave a su mujer. ¿Cómo valoraría usted el testimonio de esta persona?

CASO 26

Bajo tortura, un sujeto confiesa ser el autor de un delito contra la propiedad y revela dónde están las joyas. Suponiendo que se ha decretado y practicado el allanamiento siguiendo las reglas de esa actividad procesal, no es hallado el botín pero sí la valija marcada en la cual fue robado. ¿Qué tipo de elemento probatorio es la valija?

¿Usted como juez expulsaría esa prueba del proceso durante la audiencia? Argumente.

Hecho el allanamiento y hallada la valija en la cual se produjo el hurto, en ella aparecen las huellas digitales de Daniel y David. ¿Llamaría usted a indagatoria o a declaración a Daniel y David, como testigos o como sospechosos?

Al hacer el allanamiento e ingresar al domicilio de Carlos encuentra el botín con las huellas digitales de Carlos en los objetos

sustraídos (joyas). ¿Qué tipo de prueba es ésta?; ¿será suficiente para condenar a Carlos?

Argumente.

CASO 27

Carlos es torturado, confiesa ser autor de secuestro, narra dónde está el secuestrado, se dispone el allanamiento y en ese lugar encuentran al secuestrado Sánchez, a Pedro y a Roberto que parecen ser los cómplices de Carlos.

¿Tiene usted en ese momento prueba para acusar y aún para condenar a Carlos? Argumente.

En esta hipótesis, Pedro y Roberto, en la diligencia de indagatoria y, por supuesto, sin juramento, acusan a Carlos de ser el verdadero autor, ya que ellos no sabían nada del secuestro y sólo cuidaban al secuestrado, por ser un anciano.

¿Tiene usted prueba para condenar a Carlos o por lo menos para acusarlo?

Pedro y Roberto confiesan ser autores del delito, reclaman rebaja de pena por confesión, se acogen a la rebaja por colaboración con la justicia y admiten que junto con Carlos planearon y consumaron el secuestro del señor Sánchez, quien pagó rescate y nunca denunció los hechos.

¿Tiene usted prueba para condenar a Carlos por secuestro?

¿Tiene usted prueba para condenar a Carlos por concierto para delinquir?

¿Puede iniciarse de oficio la investigación por el secuestro del señor Sánchez?

Argumente.

En la misma situación anterior (tortura previa), hecho el allanamiento, no se encuentra a ninguna persona, pero se hallan ropas del secuestrado, una fotografía suya y borradores de las notas reclaman-

do el rescate. En semejante hipótesis, ¿tiene usted prueba contra Carlos?

Argumente.

CASO 28

A la altura del kilómetro 10 de la antigua vía que conduce a Villavicencio, es hallado el cadáver de una mujer sin identificar, que presenta en la cabeza un orificio causado por proyectil disparado por arma de fuego. Como resultado de diferentes exámenes médicos legales se pudo establecer que se trataba de LUISA PEREZ, una estudiante de 20 años de edad que vivía en una residencia estudiantil con cinco compañeras de la misma edad.

Una vez informadas de la aparición del cadáver, los investigadores, al interrogar a las compañeras que vivían con Luisa, registraron los siguientes datos:

- 1- María declara que vio por última vez a LUISA el 12 de mayo en la noche y que se encontraba enferma de gripe. También declara que el 13 de mayo Carmen recibió una llamada de una amiga de LUISA quien les comunicaba que LUISA no iría a dormir porque se está tomando un remedio para la gripa. Agrega que el 14 de mayo llamaron de nuevo a la casa e informaron a Carmen que LUISA no llegaría porque se había practicado un aborto. Manifiesta que al contarle sobre esta llamada a Rosa ella afirmó *"...de razón que tuve que lavar las sábanas manchadas"*
- 2- Rosa declaró que el 13 de mayo Juana había recibido una llamada donde informaban que no regresaría a la casa. Declara que LUISA se encontraba enferma y tenía mucha hemorragia. Informa que ella se dio cuenta de esto cuando le lavó las sábanas.
- 3- Carmen manifiesta que ella recibió una llamada el 13 de mayo donde le comunicaron que LUISA no iría a la casa porque le estaban haciendo un remedio para la gripa. Y que recibió otra

llamada el 14 de mayo donde le decían que LUISA no regresaría porque se había practicado un aborto. Agrega que en la casa cada una lava su propia ropa.

- 4- Luz, una amiga de LUISA que no vivía en las residencias, manifiesta que el 12 de mayo se enteró que LUISA se encontraba enferma, razón por la cual el 15 de mayo decidió pasar por la casa. Rosa la recibió y se puso a llorar, diciéndole que LUISA se había descarriado, y que la semana anterior había estado muy enferma con mucha hemorragia, que ella le había lavado las sábanas y la pijama que estaban llenas de sangre. Luz asegura que Rosa intentó dañar la imagen que ella tenía de LUISA.

El Juez que analizó el caso consideró que el hecho de que Rosa hubiese lavado las sábanas de la occisa y que la hubiese desprestigiado ante las demás compañeras, así como el hecho de incurrir en contradicciones al informar el nombre de quien recibió la llamada que afirmaba que LUISA se estaba practicando un aborto; son indicios suficientes para determinar su responsabilidad en el homicidio de LUISA PEREZ.

¿Considera que esos indicios permiten llegar a esta conclusión? Fundamente.

CASO 29

El señor Guevara presentó ante el Juzgado de Ejecución de Penas, una solicitud de suspensión o aplazamiento de la pena a la que fue condenado, en razón a la enfermedad de cáncer que padece, la cual fue dictaminada por los doctores París y Cepeda; por lo cual fue necesario practicar una intervención quirúrgica en la que se extirpó todo el esófago y parte del estómago, con el fin de evitar la expansión del cáncer.

El Juez de Ejecución de Penas solicitó la presencia física del señor Guevara para ser sometido a un examen, al cual no accedieron los

médicos que lo tratan, por encontrarse éste en condición grave y en peligro inminente de muerte por infección, debido a la quimioterapia a la que está permanentemente sometido.

Ante la insistencia del señor Guevara, el Juez de Ejecución de Penas ordenó practicar prueba médica al solicitante por parte del Instituto de Medicina Legal, como medio único para determinar la gravedad de la enfermedad, dejando así, sin eficacia probatoria, los certificados aportados por el peticionario y las constancias de otros médicos oficiales que laboran al servicio del Estado.

Posteriormente, el Juzgado en referencia decidió negar la suspensión de la pena, argumentando que el mencionado ciudadano no se había presentado ante el Instituto de Medicina Legal, y que además, no es la parte la que escoge el tipo de peritazgo a seguir, sino el Juez.

¿Considera acertada la actuación del juez?

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA Y COMENTADA

Se presentan a continuación una serie de libros que pueden resultar interesantes para profundizar en algunas de las cuestiones analizadas en el Módulo, así como para ingresar en ciertos temas que por razones de espacio debimos dejar sin tratar. Me he ceñido a obras publicadas en castellano, que se pueden encontrar con relativa facilidad en librerías especializadas.

- Andrés Ibáñez, Perfecto, **Los “Hechos” en la sentencia penal**, México, Fontanamara, 2005, 225 págs.

A partir de una crítica sistemática a la práctica judicial española, es ésta una obra esclarecedora que confronta la praxis con los requerimientos teóricos e institucionales, con miras a disponer de lineamientos de gran utilidad para las labores cotidianas de la judicatura. Todo ello centrado en el tema probatorio, su análisis y su motivación.

- Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván, **Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas**, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, 152 págs.

Constituye la base argumental del presente texto en la medida en que se ocupa del razonamiento jurídico en el ámbito judicial, destacando el lugar, papel y función de la premisa fáctica. Es de

precesoria consulta, en especial, la Unidad 1, Sentencia Judicial, y la Unidad 3, Argumentos inductivos.

- Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván, **Filosofía del Derecho**, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, 105 págs.

Permite conectar el tema del razonamiento jurídico y la argumentación judicial con las cuestiones más profundas de filosofía del derecho a las cuales se encuentran íntimamente enlazadas. Se resalta la importancia del concepto de derecho para la identificación de los materiales normativos a utilizar, como de premisas normativas en un razonamiento judicial. El último capítulo está dedicado a los presupuestos filosóficos de la argumentación probatoria.

- Devis Echandía, Hernando, **Teoría general de la prueba judicial**, Buenos Aires, Víctor de Zabalía, 1981.

Este tratadista colombiano es el autor latinoamericano más citado en los estudios italianos, españoles y argentinos. Es una obra que se caracteriza por su erudición, tratamiento minucioso de los temas, y por una sorprendente actualidad. Es un texto que puede consultarse con provecho, con respecto a la mayor parte de los problemas probatorios más frecuentes.

- Ferrajoli, Luigi, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**, Madrid, Trotta, 1995, 991 págs.

Este texto es ya un clásico en su género. Registra pormenorizadamente las implicaciones probatorias en el marco de su modelo garantista que inscribe en las pautas metodológicas y epistemo-

lógicas la actuación procesal y su proyección en términos filosóficos y constitucionales.

- Gascón Abellán, Marina, **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**, Madrid, Marcial Pons, 230 págs.

Es un libro que, de manera precisa y minuciosa, caracteriza el ámbito probatorio en relación con las exigencias motivacionales de la sentencia. Realiza un interesante seguimiento a los debates que desde la filosofía de la ciencia iluminan la reflexión contemporánea sobre la teoría y la práctica probatoria. Establece de manera clara las pautas que debe seguir la motivación, a la luz de su propuesta de modelo cognoscitivista de fijación judicial de los hechos.

- Taruffo, Michele, **La prueba de los hechos**, Madrid, Trotta, 2002, 542 págs.

Es la obra más completa disponible en idioma castellano. Desarrolla con gran detalle los temas más básicos, con un cuidadoso examen de los problemas asociados con la prueba y la justificación de la decisión judicial. Se plantea una excelente síntesis de la teoría de la prueba y de la teoría de la motivación, vinculando perspectivas de lógica y de epistemología.

- Wróblewski, Jerzy, **Sentido y hecho en el derecho**, México, Fontamara, 2001, 338 págs.

La obra de Wróblewski en buena parte ha marcado el rumbo de la investigación jurídica en torno al desempeño judicial, en particular con relación a su modelo teórico de aplicación del Derecho. Este libro desarrolla el modelo respecto de las diversas

decisiones en el ámbito del mencionado desempeño, en particular respecto de las correspondientes a la prueba y la subsunción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIRASCA, Ivana. **Reflexiones sobre la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas.** En PEYRANO, Jorge W. (dir.) **Cargas Probatorias Dinámicas.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- AÍSA MOREU, Diego. **El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial.** Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. **Concepciones de la lógica.** En ALCHOURRÓN, Carlos E.; MÉNDEZ, José M. y ORAYEN, Raúl. **Lógica.** Madrid: Trotta-C:S:I:C:, 1995
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Los Hechos en la Sentencia Penal.** México: Fontamara, 2005.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales.** Bogotá: Nueva Jurídica, 2000.
- BERNAL P., Carlos. **El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BERNAL C., Jaime y MONTEALEGRE L., Eduardo. **El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio.** Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BOCHENSKI, J. M. **Historia de la lógica formal.** Madrid: Gredos, 1966.
- BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA, Jairo Iván. (a) **Filosofía del Derecho.** Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

- _____. (b) **Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas.** Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- BOTERO, Catalina. **La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano.** Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Derecho Procesal Civil.** Londres: Primera Serie Oxford Press, 2001.
- COHEN, Morris y NÁGEL, Ernest. **Introducción a la lógica y al método científico 2. Lógica aplicada y método científico.** Buenos Aires: Amorrortu, 1990.
- COPI, Irving M. y COHEN, Carl. **Introducción a la lógica.** México: Limusa, 1997.
- DA COSTA, Newton. **El conocimiento científico.** México: UNAM, 2000.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nueva Teoría de la Prueba.** Bogotá: Temis, 2003.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial.** Tomo II, Bogotá: Temis, 2002.
- _____. **Compendio de Derecho Procesal.** Tomo II: Pruebas Judiciales. Bogotá: Editorial ABC, 1982.
- _____. **Teoría general de la prueba judicial.** Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. De Zabalía, 1981.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995.
- FERRER B., Jordi. **Prueba y Verdad en el Derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2002.
- GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. **Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law.** Bogotá: Legis, 2006.
- GARCÍA V., David. **Lecciones de derecho probatorio.** Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2005.

- GASCÓN A., Marina. **Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Hechos y argumentos.** En: Jueces para la democracia. N° 46 y 47 (2004). Madrid: 2003.
- HANSON, Norwood Russell. **Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuales de la ciencia.** Madrid: Alianza, 1977.
- HOLLAND, John H.; HOLYOAK, Keith J.; NISBETT, Richard E.; THAGARD, Paul R. **Induction. Processes of Inference, Learning, and Discovery.** Londres: The MIT Press, 1986.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional.** Cuadernos y debates 149. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- KLUG, Ulrico. **Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho.** México: Fontamara, 1992.
- LÉPORI WHITE, Inés. **Cargas probatorias dinámicas.** En PEYRANO, Jorge W. (dir.) **Cargas Probatorias Dinámicas.** Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2005.
- NAGEL, Ernest. **La lógica sin metafísica.** Madrid: Tecnos, 1974.
- PALACIO H., Juan Ángel. **Derecho Procesal Administrativo. La Prueba Judicial.** Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.
- PARRA QUIJANO, Jairo. **Manual de Derecho Probatorio.** Bogotá: Ediciones del profesional, 2007.
- _____. **Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio.** Bogotá: Temis, 2004.
- PEÑA AYAZO, Jairo Iván. **WITTGENSTEIN y la crítica a la racionalidad.** Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1994.
- PEREIRA MARQUES, Silvina. **La Carga de la Prueba de la Culpa Profesional Médica.** En PEYRANO, Jorge W. (dir.).

- Cargas Probatorias Dinámicas.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- POPPER, Kart. **Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico.** Barcelona: Paidós, 2001.
- _____. **Conocimiento Objetivo.** Madrid: Tecnos, 1988.
- _____. **La lógica de la investigación científica.** Madrid: Tecnos, 1985.
- REYES ALVARADO, Yesid. **La Prueba Testimonial.** Bogotá: Reyes Echandía, 1988.
- RORY FORERO, José. **De las pruebas en materia disciplinaria.** Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2005.
- STEBBING, Susan L. **Introducción a la lógica moderna.** México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez.** Bogotá: Temis, 1999.
- STRAWSON, Peter. **Introducción a una teoría de la lógica.** Buenos Aires: Nova, 1969.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** Madrid: Trotta, 2002.
- _____. "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial". En: Boletín Mexicano del Derecho Comparado. N° 114 (septiembre-diciembre 2005). México: 2005.
- _____. **Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil.** Bogotá: Temis, 2006.
- TIRADO HERNÁNDEZ, Jorge. **Curso de Pruebas Judiciales. Parte general.** Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.
- TWINING, William. **Rethinking Evidence. Exploratory Essays.** Evanston (Illinois): Northwestern University Press, 1994.
- _____. **Theories of Evidence: Bentham & Wigmore.** London: Weidenfeld & Nicolson, 1985.

- TWINING, William y ANDERSON, Terence. **Analysis of Evidence: How to Do Things with Facts Based on Wigmore's Science of Judicial Proof**. Evanston (Illinois): Northwestern University Press, 1998.
- TWINING, William y MIERS, David. **How To Do Things with Rules**. Londres: Butterworths, 1996.
- UPRIMNY, Rodrigo; UPRIMNY, Inés y PARRA, Oscar. **Derechos humanos y derecho internacional humanitario**. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- VARELA, Casimiro A. **Valoración de la prueba**. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- VILLAMIL P., Edgardo. **Teoría Constitucional del Proceso**. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.
- VON WRIGHT, G.H. **Explicación y comprensión**. Madrid: Alianza, 1987.
- _____. "El determinismo y el estudio del hombre". En: J. HINTIKKA, A. MACINTYRE, P. WINCH y otros. **Ensayos sobre explicación y comprensión**. Madrid: Alianza, 1980.
- _____. **Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción**. México: UNAM, 1976.
- _____. **Norma y Acción**. Madrid: Tecnos, 1970.
- WAISMANN, Friedrich. **Los principios de la filosofía lingüística**. México: UNAM, 1970.
- WHITTINGHAM G., Elizabeth. **Las pruebas en el proceso tributario**. Bogotá: Temis, 2005.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Madrid: Alianza, 1987.
- WROBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y Hecho en el Derecho**. México: Fontanamara S.A., 2001.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN FEBRERO DE 2008
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
UNIBIBLOS, diruniblo_bog@unal.edu.co
BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA