

Teoría General de la Prueba Judicial

PLAN NACIONAL
DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

ALFONSO GUARÍN ARIZA
GILBERTO OROZCO OROZCO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Teoría General de la Prueba Judicial

ANA GIACOMETTO FERRER

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

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

© Ana Giacometto Ferrer

ISBN 958-97153-6-2

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, D.C., 2003

Contenido

Presentación	13
Introducción	17
Objetivos generales del módulo de autoaprendizaje	21
Metodología	23
Perfil del formador	25
Convenciones	27

UNIDAD 1

Verdad real y verdad procesal, ¿un mito?	29
Objetivos	29
1. Teoría del conocimiento	32
1.1 Etapas de la teoría del conocimiento	32
Autoevaluación	40

UNIDAD 2

Principios vs. Reglas técnicas	43
Objetivos	43
1. El Concepto de principio y regla técnica	44
Inmediación vs. Mediación	48
Autoevaluación	54

UNIDAD 3

Actividad Probatoria	55
Objetivos	55
1. Etapas Probatorias	56
1.1 Solicitud	56
1.2 Decreto	57
1.3 Práctica	67
1.4 Valoración	68
Autoevaluación	70

UNIDAD 4

Sana crítica frente a los medios de prueba	71
Objetivos	71
1. Concepto de Valor Probatorio	72
1.1 Momento de la Evaluación	75
1.2 Finalidad de la Valoración	76
1.3 Convencimiento Judicial	77
2. Sana Crítica	78
2.1 Reglas que orientan la sana crítica	82
2.2 Características de la sana crítica	83
2.3 Sana Crítica frente algunos Medios de Prueba	85
2.3.1 Prueba Testimonial	85
2.3.2 Prueba Pericial	92
2.3.3 Prueba Indiciaria	103
Autoevaluación	118

UNIDAD 5

Nuevas tendencias	121
1. Carga dinámica de la prueba y decreto oficioso	122
1.1 Objetivos específicos	122
1.2 Campo de aplicación y concepto	122
1.3 Excepciones a la distribución de carga de la prueba en su noción tradicional	124
2. Práctica de pruebas directamente por las partes	142
2.1 Objetivos específicos	142
2.2 Campo de Aplicación	145
3. Prueba de la paternidad a través del ADN	148
3.1 Objetivos específicos	148
3.2 Avance en la prueba genética	149
3.3 Antecedentes legislativos y jurisprudenciales en la práctica de la prueba biológica en los procesos en que se investiga la paternidad	151
3.4 La prueba científica frente a las presunciones de paternidad	154
Autoevaluación	163

Bibliografía	165
Anexo I	
Ley 794 de 2003	169
Anexo II	
Jurisprudencia	181

Presentación

Es grato poner a disposición de los magistrados y jueces del país, y en general de la comunidad jurídica, el módulo sobre “La Prueba Judicial” del que es autora la doctora Anita Giacometto Ferrer especialista en Derecho Probatorio, quien contó con la asesoría del Magistrado Gustavo Adolfo Cuello Iriarte para concretar el contenido temático propuesto por la autora que, para el desarrollo y metodología del mismo participó en los diversos talleres con magistrados y jueces del país, promovidos por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El núcleo de desarrollo temático está expresado en cinco unidades:

13

La primera analiza los objetivos, desarrollo y teoría del conocimiento, en la Verdad Real y la Verdad Procesal para determinar si es o no, la manera apropiada para llegar a la verdad a través de sus etapas.

La segunda identifica los Principios Rectores del Proceso y las Reglas Técnicas de Procedimiento. Precisa el concepto de principio y regla técnica para alcanzar la unidad de criterios y continúa revaluando la importancia de algunos de los que hasta ahora se han conocido como principios absolutos y esenciales de la actividad probatoria, y que probablemente en la actualidad empiecen a tornarse obsoletos para lograr la celeridad del proceso y la consecución de la justicia.

La tercera resalta la importancia de la actividad Probatoria fijando sus objetivos, etapas y desarrollo. Teniendo en cuenta los problemas que se evidenciaron en los trabajos preliminares de este módulo en la actividad probatoria, como la diferencia entre varias causales de rechazo de la prueba y la práctica directa de esta por los jueces, entre otros, proporciona puntos claves que sirvan de base en la aplicación del derecho probatorio por parte de los funcionarios judiciales en la realidad que se vive en los estrados judiciales.

La cuarta se refiere a la sana crítica frente a los medios de prueba donde puntualiza el concepto de valor probatorio y sana crítica frente a la prueba testimonial, pericial e indiciaria y establece las diversas operaciones del proceso mental de la valoración de la prueba,

el momento evaluador y la finalidad de la valoración, como presupuestos para el estudio claro de la unidad.

La quinta sobre nuevas tendencias expone la carga dinámica de la prueba y el decreto oficioso, práctica de pruebas directamente por las partes, la prueba de la paternidad a través del ADN concluyendo con el régimen probatorio establecido en la Ley 794 de 2003.

Los invitamos, señores magistrados y jueces, al estudio reflexivo de cada una de las unidades del módulo y de la bibliografía seleccionada. Recuerde que estas le proponen ampliar y profundizar los temas que desarrollan.

14 Por tanto, es importante que usted realice los ejercicios de evaluación en cada una de las unidades del módulo, porque de no estar seguro de su comprensión, es necesario retomar su estudio para continuar con la siguiente.

Estos ejercicios le permitirán prepararse para conformar pequeños grupos de estudio participativo con otros magistrados y jueces. Las reflexiones, comentarios y sugerencias que surjan, deberán llevarse a los debates discusiones que sobre este módulo se realicen en las mesas de estudio que programa la Escuela Judicial en grupos más grandes, con la conducción de un facilitador. Para estos efectos le sugerimos elaborar un documento de estudio, donde incluya sus anotaciones, ejercicios y reflexiones sobre las unidades del módulo.

La aplicación de este módulo es de su responsabilidad. Todas las actividades académicas en que usted toma parte de manera individual y grupal tendrán que reflejarse en su trabajo diario, en sus decisiones judiciales y en su participación en los eventos que sobre el tema programe la Escuela Judicial entre los cuales está prevista la evaluación formal de los conocimientos adquiridos.

Dentro de la metodología integral unificada que constituye parte fundamental del sistema de formación de facilitadores, aparecen los compromisos de los formadores judiciales en el sentido de aportar sus conocimientos teóricos su experiencia práctica y su espíritu de creatividad para promover el proceso de formación autodirigida de sus pares en todos los distritos judiciales del país.

El objetivo final de todos estos esfuerzos es lograr una actividad judicial culta, dinámica y en sintonía con el país y sus problemas. La calidad del derecho en Colombia depende de sus jueces y abogados, y sus decisiones y actitudes. La comunidad en general confía en que los procesos judiciales muestren, de la mejor manera posible, la verdadera cara de la justicia.

Además de sus comentarios, le solicitamos el envío de las decisiones que usted o sus compañeros produzcan en los tribunales o juzgados que puedan servir para alimentar este módulo.

Para enriquecer este proceso de construcción del conocimiento le rogamos enviar sus comentarios e inquietudes a nuestro correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, teléfonos 6213077, 6213901, 6214183, 6213934, 6213920, de Bogotá.

15

ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Introducción

El Derecho Probatorio, ciencia que estudia el conjunto de reglas positivas reguladoras de las pruebas procesales en su producción, fijación, características, procedimientos y evaluación¹, ha sido considerado como una de las áreas más importantes del Derecho, pues es precisamente a través de la aplicación de la misma como los funcionarios judiciales soportan sus decisiones. En efecto, el funcionario judicial sólo decide justamente los negocios procesales cuando la convicción y la certeza provienen de pruebas correctamente valoradas.

Y es por esa importancia que se ha hecho necesario realizar un análisis de su utilización, indagar si se está aplicando e interpretando debidamente, o si por el contrario existen problemas en su utilización, para así proponer medidas tendientes a superarlos, generando eficacia en la administración de justicia y sentencias que correspondan a la verdad material.

17

Este es precisamente el fin que persigue este módulo, pues al tratar de identificar la problemática que hoy en día enfrenta nuestro sistema judicial en materia probatoria, desde el punto de vista de los usuarios de la administración de justicia y de quiénes la proporcionan, descubrimos que era necesario tratar de manera más profunda la materia probatoria como fundamento de las decisiones judiciales.

Como material de referencia tomamos las opiniones obtenidas por medio de un formato de encuesta, a través del cual cada entrevistado, usuario y administrador de justicia, respondió 14 preguntas acerca de los problemas que consideramos más comunes y evidentes en la utilización del sistema probatorio. Formato con el cual también pretendimos generar un espacio abierto para opinar sobre las causas, consecuencias y posibles soluciones a la indebida aplicación del Derecho Probatorio por parte de los funcionarios judiciales en Colombia.

¹ Ver, RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, Curso de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional, Quinta Edición, Páginas 1, 2. Bogotá D.C. - Colombia. 1995.

Principalmente se analizaron tres etapas:

El conocimiento del Derecho Probatorio por los funcionarios judiciales y por los usuarios de la administración de justicia.

El Entendimiento y la interpretación del mismo por parte de los funcionarios judiciales.

La Aplicación del Derecho Probatorio por parte de los funcionarios judiciales.

Cabe anotar que este módulo toma como punto de referencia la prueba judicial, mas no la prejudicial; nos referimos entonces a la prueba decretada, practicada y valorada dentro de un proceso judicial, analizada desde la perspectiva de los usuarios de la Administración de Justicia y de los Funcionarios de la misma, esperando ante todo construir un aporte importante para el debate académico e investigativo del Derecho Probatorio.

Durante la etapa de investigación pudimos observar que los problemas que más se presentan en el desempeño de los funcionarios judiciales, en materia probatoria son:

- a) Falta de conocimientos y preparación
- b) Profundización en el conocimiento de la materia
- c) Alta carga de trabajo
- d) Ausencia del funcionario judicial en la práctica de las pruebas, lo que ha generado la delegación de esta presencia en sus ayudantes.

Lo anterior genera demora en el trámite de los negocios judiciales y deficiencia en la calidad de los fallos, lo cual es preocupante, toda vez que la jurisprudencia es fuente de Derecho, y tal como lo expresaron tanto los usuarios como los funcionarios, constituye la base de los mismos fallos. Se trata entonces de una cadena en donde la ausencia de calidad se va prolongando paulatinamente, lo que en últimas conduce a la desconfianza por parte de los ciudadanos y a la impunidad.

Ante esta situación es necesario tratar de buscar soluciones ya que la noción de prueba está incluida en todas las actividades de tipo social. Lo cual nos obliga a aplicar el Derecho Probatorio para saber quién tiene la razón.

Por lo tanto, partiendo de nuestro trabajo de campo y de las valiosas opiniones recogidas con el mismo, y de nuestra experiencia y conocimientos personales, nos atrevemos a proponer algunas estrategias dirigidas a corregir los defectos de nuestro esquema probatorio, entre las que se encuentra: el módulo de capacitación que se presenta a continuación.

Finalmente, creemos que vale la pena aclarar que los antecedentes de este trabajo se deben a la participación de los usuarios de la Administración de Justicia y de los Funcionarios Judiciales, pues son ellos quienes han aceptado sus errores en materia probatoria, y se han atrevido a compartirlos con nosotros, llegando a las mismas conclusiones sobre las falencias de nuestra Administración de Justicia.

Objetivos Generales del Módulo de Autoaprendizaje

1. Contribuir con el mejoramiento de la calidad de la Administración de Justicia, en la medida en que no sólo se afianzan los aspectos teóricos de la teoría probatoria, sino que se identifican las principales falencias respecto de la aplicación de la misma, que se encontraron a partir tanto de la confrontación del testimonio de usuarios de la justicia como de jueces y magistrados.

2. Reflejar las necesidades de capacitación de los funcionarios de la rama judicial, identificados a partir de las encuestas realizadas a usuarios de la administración de justicia así como a los jueces y magistrados que asistieron en el primer encuentro entre estos y el facilitador del módulo.

3. Responder a las necesidades académicas de actualización de los funcionarios de la Rama Judicial, partiendo de la base de que la elaboración del contenido del módulo se efectuó de manera concertada, con el objeto de no perder la conexión con la realidad que se vive en los estrados judiciales.

4. Servir de herramienta eficiente de autoaprendizaje individual para los jueces y magistrados de las diferentes especialidades jurisdiccionales, por medio de la cual estos puedan unificar criterios y se aclaren dudas mediante ejemplos, ejercicios y casos prácticos expuestos de forma didáctica, con el fin de iniciar el proceso de capacitación en la utilización del Derecho Probatorio por parte de los funcionarios de la rama judicial.

5. Incentivar y promover la conformación de pequeños grupos participativos de miembros de la rama judicial en el ámbito local para que se discutan y se estudien los temas objeto de aprendizaje. El módulo pretende a través de su estructuración lógica y didáctica ser un complemento a los conocimientos adquiridos por los operarios del Derecho durante su desempeño profesional y amplia experiencia.

6. Preparar a jueces y magistrados de manera apropiada para que una vez se lleve a cabo el seminario taller presencial se pueda abrir una discusión en torno a los más álgidos temas alrededor de los problemas encontrados en la utilización del Derecho Probatorio.

7. Proporcionar elementos de análisis práctico y casuístico a través del **anexo** que se incluye en este módulo, de tal manera que el aprendizaje se consolide con el apoyo de las jurisprudencias y notas doctrinales que se incluyen en dicho anexo.

Metodología

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, diseñaron el Plan Nacional de Formación y Capacitación Judicial, en donde a través de un nuevo enfoque se elaboró el módulo introductorio a todos los demás cursos modulares, denominado: “*Aprender a Aprender: Módulo del discente*”; en dicho módulo se enfatizó en que la metodología integral unificada concebida para dicho efecto, tiene como base el *módulo de autoaprendizaje*, seguido secuencialmente del trabajo en pequeños grupos de estudio participativo y de los talleres en grupos grandes. Esta metodología se fundamenta en los principios, métodos y estrategias de la **andragogía**, pero adecuada a las características, exigencias y misión de la Rama Judicial; definida la andragogía como: *una ciencia multidisciplinaria que estudia el carácter singular del aprendizaje en los adultos que laboran en una organización, en este caso, funcionarios y empleados de la Rama Judicial*².

23

Por estar en un todo de acuerdo con esta metodología o proceso de enseñanza-aprendizaje, que rompe con esquemas pedagógicos convencionales, este módulo de autoaprendizaje sobre TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL no se sustrae a ella; porque este método contempla técnicas y estrategias didácticas especiales que además de fomentar el aprendizaje autodirigido y el continuo mejoramiento profesional, permiten establecer una similitud entre la actividad académica y la dinámica del trabajo cotidiano en los estrados judiciales.

Como lo hemos expresado anteriormente, esta metodología tiene carácter integral:

a. ***Un estudio individual***, en donde los destinatarios del módulo, entiéndase Jueces y funcionarios de la rama judicial, puedan desa-

² ARBOLEDA TORO, Néstor, Aprender a Aprender: Módulo del Discente; Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” – Universidad Nacional de Colombia; Bogotá, D. C. 2002.

rollar por su propia cuenta el programa académico sobre TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL.

b. *Estudio en pequeño grupo participativo*, el participante conformará este pequeño grupo de estudio con un colega que resida en la misma ciudad o cerca de ella, con el propósito de intercambiar con él experiencias de aprendizaje, discutir y analizar temas ya estudiados, etc.

c. *Grupo grande de estudio en los seminarios-talleres*, en donde se valora la importancia del trabajo en equipo para la formación de criterios, espíritu crítico y creatividad. Los seminarios-talleres están centrados en la discusión de casos prácticos.

Perfil del Formador

Las nuevas teorías del desarrollo organizacional se enmarcan en que las personas son el activo más valioso de que disponen, expresado en términos de experiencia, capacidad, compromiso y productividad. Sobre esta base consideramos que el *perfil del formador* en el módulo de autoaprendizaje TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, mínimo debe:

1. Ser consciente de que el mejoramiento profesional es continuo, permanente, y que tiene una responsabilidad compartida con sus otros pares.

2. Compenetrarse con las actitudes y valores acordes con la misión de la rama judicial.

25

3. Conocer las nuevas estrategias de formación y capacitación permanente diseñadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, que buscan fundamentalmente el mejoramiento de la administración de justicia.

4. Conocer y asimilar el “Módulo del discente: aprender a aprender”, como guía sobre técnicas de estudio autodirigido.

5. Haber participado activamente a través de los Comités y Grupos Seccionales de Apoyo, en la construcción del Plan Anual de Formación y Capacitación Judicial.

6. Entender que el Juez es un humanista y que en consecuencia de manera integral debe desarrollar no sólo el plano cognitivo, sino también el de habilidades prácticas y el plano axiológico.

7. El humanista Juez debe saber que esta condición se logra con la lectura de textos no simplemente jurídicos, sino aquellos que reflejen nuestra condición humana y nuestra problemática social.




CONVENCIONES

O	Objetivos generales
o	Objetivos específicos
r	Resumen
j	Jurisprudencia
t	Taller
c	Cuestionario
e	Ejemplo

UNIDAD 1

Verdad Real y Verdad Procesal, ¿Un Mito?

OBJETIVOS

	<p>Reconocer la posición actual que se presenta en nuestra legislación sobre el tema teniendo en cuenta la realidad probatoria y procesal de nuestro país.</p>
	<p>Estudiar y comprender la Teoría del Conocimiento para determinar si es o no, la manera apropiada para llegar a la verdad, a través de sus etapas.</p>
	<p>Determinar la inoperancia de esta discusión en la práctica y reafirmar los conocimientos adquiridos en esta primera unidad, a través de la autoevaluación.</p>

Históricamente en occidente, se han evidenciado las diferentes posiciones sobre el concepto de verdad. Por ejemplo, la verdad como la coincidencia del conocimiento con su objeto, según Kant; la verdad como la unión del conocimiento, el pensamiento y la realidad, según los epistemólogos³, entre otros.

Sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que filosóficamente la verdad es una sola, aunque tenga varias concepciones o medios de acceder a ella, y se reconoce cuando se comprueba la total ausencia de contradicción.

30 Esta concepción tiene gran importancia en nuestra legislación, pues el fin de la justicia es la equidad y a ella se llega a través de la verdad, ya que es esta la que debe dirigir toda concepción lógica y racional del juez.

El juez para desempeñar su función de administrar justicia debe tratar de llegar a la verdad, lo cual se logra por medio de las pruebas, pues toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como bien lo consagra nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 174, y el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 232, en desarrollo del artículo 29 -debido proceso- de la Constitución Nacional.

En esta oportunidad, la discusión que se plantea es, si se debe hacer distinción entre la verdad real y la verdad procesal en nuestro sistema jurídico; o si por el contrario debemos reducir a una, la verdad que genera los fallos judiciales, sin tener en cuenta dicha distinción, como filosóficamente se establece, y determinar qué medios son los más idóneos para obtener esa verdad.

Iniciaremos esta dilucidación, conceptualizando cada una de las concepciones entre las cuales se presenta la discusión, para luego exponer los argumentos en favor y en contra, estableciendo finalmente las conclusiones pertinentes:

3 PELAYO GARCÍA, Ramón, Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse. París- Francia. 1964

1. Verdad Real: Calidad de lo que es cierto, conformidad de lo que se dice con lo que existe, es la realidad lo que verdaderamente sucede, la que está en los hechos, la objetiva, la buscada, el deber ser.

2. Verdad Procesal: La proporcionada por los negocios jurídicos, por las pruebas, la otorgada por la certeza, la que está en el juez, lo que es.

Debemos decir entonces, que el juez al ser el principal dispensador de justicia debe obtener la verdad, la verdad real, que es por excelencia la que nos lleva a la justicia, y el fin último de la confianza depositada en él por los habitantes del conglomerado social, y el hecho de no poder llegar a ella, algunas veces nos impone la obligación de crear una ficción, es decir la verdad procesal, como justificación de los fallos judiciales; lo que nos lleva a determinar que existe un ser (verdad procesal) y un deber ser: (verdad real).

Realizando un análisis sobre este punto, debemos determinar de dónde proviene el conocimiento de esa verdad, para establecer el porqué de esa diferencia que hoy se presenta en nuestro sistema judicial. Esta fuente es el proceso, las pruebas determinan los hechos y el juez debe atenerse a lo que obra en este.

Y es por esto, que esa discusión se vuelve inoficiosa en la práctica pues aunque debemos tratar de llegar a la verdad real, no lo logramos algunas veces, lo cual lo convierte en un mito. Por lo cual es importante determinar: ¿qué es lo mejor?, ¿de qué manera contribuimos a la eficiencia, transparencia y mejoramiento de la rama judicial? Respondemos que ello solo es posible teniendo en cuenta la única verdad, la procesal, pues es a través del proceso, de sus diferentes etapas, que se llega a una sentencia, a una decisión judicial que los habitantes de este conglomerado se ven sujetos a respetar para poder mantener la convivencia.

Todo lo cual se mantendrá de esa manera, mientras que la percepción del juez dependa de lo que las partes le den a conocer, y ejerza una función de árbitro dejando de lado la función social que en estos tiempos se hace necesaria.

Como conclusión, debemos dejar de lado esta discusión pues la sentencia judicial siempre deberá fundamentarse en la verdad, una

sola, que generalmente será la procesal, y tratar que esta coincida con la real, es decir, tratar de que lo que es siempre tenga en cuenta el deber ser, pues no se quiere que la apariencia venza a la realidad.

Con el fin de desarrollar la conclusión, la siguiente exposición será sobre los medios de acceder a esa verdad.

1. TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

Es el método que actualmente colma las expectativas de acceder a la verdad, pues a través de esta teoría, se llega a la certeza, fundamento actual de las sentencias judiciales.

32 Este saber teórico de las situaciones objetivas contempla la posibilidad de relacionar un objeto o sujeto (entiéndase cosa, situación, hecho, realidad, propiedad, persona, animal, etc.) con su consecuencia, siempre y cuando subsista la posibilidad de comprobación a través del entendimiento, de la razón, que se relaciona con diferentes ciencias como la filosofía, psicología, la lógica, la metafísica, el derecho y toda técnica o ciencia que necesite una operación racional.

Esas técnicas de comprobación que llevan al conocimiento tienen varias etapas y, dependiendo de su eficacia y rango de credibilidad, se llega a la verdad. A continuación se establecen y definen cada una de esas etapas.

1.1 ETAPAS DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

a. La ignorancia

“El desconocimiento o la falta de instrucción sobre un objeto o sobre un tema determinado.”⁴

Este estado subjetivo de la conciencia es la primera etapa que se manifiesta en la teoría del conocimiento y es cuando el juez aún no ha tenido acceso a la situación que se va a poner en su conocimiento,

⁴ MARTÍNEZ ECHEVERRI, Leonor; MARTÍNEZ ECHEVERRI, Hugo, Diccionario de Filosofía. Editorial Panamericana. Página 280. Bogotá D.C. - Colombia. 1997

desconoce todo lo relacionado con el objeto, sin embargo, se encuentra abierto al conocimiento.

En esta etapa el juez no tiene por qué conocer los hechos pues las partes no le han dado oficialmente esta función. Vale la pena aclarar que para fines jurídicos no basta el conocimiento privado de los hechos, sino que se debe seguir el procedimiento estipulado para la iniciación de un proceso, es decir, por iniciativa de las personas.

- principio dispositivo- o del Estado -principio inquisitivo-.

b. La duda

“Tendencia espontánea de la razón, que oscila entre la aceptación y la no aceptación de una entre varias proposiciones o tesis, entre las cuales la mente se siente fluctuar, yendo de una a otra sin detenerse”⁵.

33

Es el conocimiento de varias situaciones sobre las cuales no se tiene convencimiento, entonces se presenta una indeterminación del ánimo entre ellas.

La noción general es que en el proceso civil estas dudas se deben aclarar, mientras que en el proceso penal existe el *indubio pro reo*, en el cual el sindicado es absuelto porque prima la duda, es decir, al equiparar los argumentos que absuelven con los que condenan, no hay una seguridad del autor del hecho y por lo tanto esa indeterminación se vuelve favorable para el sindicado así existan razones para culparlo.

A pesar de todo esto, no se debe olvidar que solo es un grado del conocimiento y que el fin de todo este procedimiento es llegar a la certeza.

“Aquello que según las apariencias puede ser verdadero o cierto”⁶

⁵ MARTÍNEZ ECHEVERRI, Leonor. MARTÍNEZ ECHEVERRI, Hugo, Diccionario de Filosofía. Editorial Panamericana. Página 147. Bogotá D.C.- Colombia. 1997

⁶ MARTÍNEZ ECHEVERRI, Leonor. MARTÍNEZ ECHEVERRI, Hugo, Diccionario de Filosofía. Editorial Panamericana. Página 464. Bogotá D.C.- Colombia. 1997

c. La probabilidad

Aquí nos encontramos ante el predominio de la afirmación sobre la negación o viceversa, lo que nos lleva a determinar que dentro de esta etapa existen grados de menor o mayor convencimiento dependiendo de los motivos convergentes o divergentes, respectivamente.

Entonces hablaremos de mayor probabilidad cuando esos motivos convergentes nos aproximan a la certeza y, de menor probabilidad cuando los motivos divergentes nos aproximan a la duda. Esta graduación se realiza con base en la importancia de las pruebas que obran en el proceso, según la lógica y la razón.

34 Por lo anterior podemos considerar esta etapa como una imperfección que no puede ser considerada buena lógica, pero sí un primer paso hacia la certeza, la percepción de iguales razones para afirmar como para negar una situación determinada puesta en conocimiento del dispensador de justicia, en la cual el razonamiento lógico prioriza las razones afirmativas.

d. La certeza

“Asentimiento firme fundado en la evidencia de un estado de cosas”⁷

Este estado subjetivo en el que se cree tener la verdad es el fundamento actual de las sentencias judiciales, por lo cual se estudiará con mayor profundidad.

A este estado se puede llegar siguiendo las etapas expuestas anteriormente o directamente cuando las situaciones o verdades son evidentes, sin embargo nos encontramos con un procedimiento lógico, determinado para obtener la certeza.

Este procedimiento se inicia a través de la *inteligencia*, la cual percibe las situaciones a través de los sentidos -certeza física- y a

⁷ MARTÍNEZ ECHEVERRI, Leonor, MARTÍNEZ, ECHEVERRI, Hugo. Diccionario de Filosofía. Editorial Panamericana. Página 68. Bogotá D.C.- Colombia. 1997.

través del raciocinio -certeza lógica- para proporcionar la verdad percibida de un modo seguro.

La inteligencia trabaja por medio de la *intuición* -percepción de la verdad de modo inmediato- y de la *reflexión* -operación lógica que llega a una verdad desconocida partiendo de una conocida-, las cuales son conjugadas por la razón para llegar a una certeza mixta -física y lógica- que es la que proporciona la seguridad de la posesión de la verdad.

A su vez, esta certeza mixta se divide en tres, según los medios de acceder que la proporcionan:

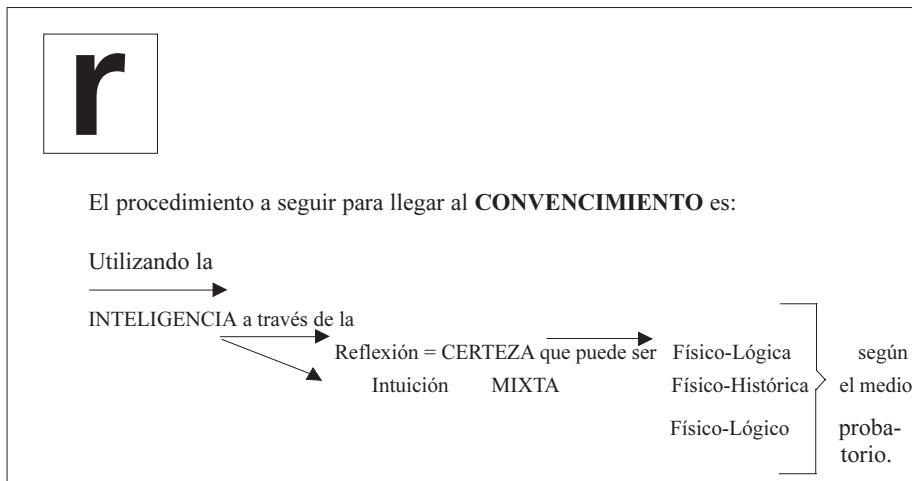
- Certeza Mixta Físico – Lógica: A esta se llega a través de los indicios, es decir, de un hecho plenamente probado se infiere otro nuevo con base en lo percibido, lo que lleva a consecuencias probables y no ciertas, y es por esta razón que un solo indicio no basta para determinar la responsabilidad o dictar sentencia.

35

- Certeza Mixta Físico – Histórica: Aquí se trata de establecer la veracidad de la prueba, su falsedad o su verdad, pues a través de los sentidos y el raciocinio se determina el grado de veracidad y concordancia de la prueba. En esta clase de certeza los medios probatorios empleados son el testimonio, la declaración de parte, el dictamen pericial y el documento; por lo cual se debe establecer la relación entre la declaración y la cosa sobre la cual se declara, entre el informe pericial rendido y su coherencia y entre quien otorga el documento y el documento otorgado respectivamente.

- Certeza Mixta Físico - Lógico – Histórica: Relación entre la afirmación veraz y la obligación jurídica o delito para determinar su concordancia a través de la percepción directa del funcionario judicial. Por eso el medio de prueba utilizado en esta clase de certeza es la inspección judicial.

Teniendo en cuenta y poniendo en práctica todo lo anterior es como el juez llega al convencimiento para poder dictar su sentencia.



36

Para concluir, es necesario desmitificar esta discusión y centrarnos en la realidad que se presenta actualmente en el ejercicio de la función judicial, y es hablar de una sola verdad, la verdad adquirida a través del proceso, que siempre debe tender al deber ser, es decir, coincidir en la mayoría de los casos con la real; verdad a la cual se accede por medio de la teoría del conocimiento, aplicando sus etapas.

Respecto de este tema se nos plantean varios interrogantes:

1.- *¿Existen límites en la motivación juiciosa del Juez atendiendo el procedimiento inquisitivo y el dispositivo?*

Conviene precisar que tanto en el procedimiento inquisitivo como en el dispositivo, la institución del DECRETO OFICIOSO de pruebas está llamada a prosperar; tanto así, que podemos afirmar que se trata de un deber-poder del juez -así lo ha reconocido en diversas ocasiones nuestra Corte Suprema de Justicia- ya que este debe tratar de llegar a la certeza para tomar la decisión pertinente en cada caso. Por lo tanto, si, no obstante las partes haber solicitado varias pruebas, el funcionario judicial tiene dudas o considera necesarias otras, está en el deber de decretarlas, más aún si con este hecho está coadyuvando para llegar a la verdad.

Entonces, en los dos procedimientos esta figura es admisible; en la práctica, en nuestro país los dos sistemas se integran generando un procedimiento mixto con preponderancia del uno o del otro. Así por ejemplo: el procedimiento civil es preponderantemente dispositivo pero el decreto oficioso es una característica inquisitiva del mis-

mo, mientras que el procedimiento penal es mayoritariamente inquisitivo; pero, al tener los sujetos procesales la posibilidad de participar en el proceso, solicitar pruebas y hasta impulsar en determinados momentos el proceso, se evidencia el aspecto dispositivo del mismo.

- **CONCLUSIÓN:** El Funcionario judicial no está atado a cada procedimiento como tal, sino que puede conjugarlos, y no tiene más límites que la misma Ley, la cual ha ampliado las facultades judiciales de manera progresiva para intentar proporcionarles las herramientas necesarias para aproximarse a ese “*deber ser*” que es la verdad real.

2.- *¿Qué habilidades o estrategias debe observar el Juez para abordar la verdad real en los asuntos de su competencia?*

37

El Juez debe ser un funcionario juicioso en su tarea y tratar de llegar a esa verdad real; por ello, sugerimos a continuación algunas de las habilidades o estrategias que, a nuestro juicio, debe observar para cumplir fielmente con su labor:

- **Disposición:** Encontrarse preparado para entrar a conocer el asunto, teniendo muy en cuenta su percepción sensitiva.
- **Estudioso:** El juez debe averiguar a fondo la materia de su competencia y la legislación aplicable con sus reformas.
- **Atento:** Para poder emitir una decisión, el funcionario judicial conocerá a fondo el proceso y por tanto, además de leer y analizar los documentos que se encuentran en él, en la medida de lo posible, practicará personalmente cada una de las diligencias del mismo.
- **Buen Interrogador:** Entratándose de las pruebas personales, entíendase: Interrogatorio de parte y de terceros, debe saber que el arte de contrainterrogar conlleva unas técnicas; por tanto, debe conocerlas y aplicar aquella que más se ajuste al caso en particular y a su personalidad. Tema este que abordaremos en la Unidad 4.
- **Responsable:** No se trata sólo de cumplir con su deber sino de ejercer la función social que le corresponde, es decir, no sólo ser un espectador del proceso, sino interactuar junto con las partes, participar en él, ser un verdadero Director del mismo.

- **Eficaz:** Resolver de manera competente el mayor número de casos en el menor tiempo posible.

Para terminar, podemos mencionar otras habilidades como ser buen escucha, respetuoso y tolerante, honesto, imparcial, justo, etc., pretendiendo acercarse a la verdad real, lo cual se consigue con personas preparadas, dispuestas a realizar su trabajo como un servicio a los demás y al Estado, con el fin de desarrollar ese aspecto social y humano del derecho, que genera desarrollo y trata de equiparar lo que naturalmente es injusto.

3- *¿Cuándo es posible que el juez esté convencido de la realidad de un hecho, con la sola “probabilidad suficiente”?*

38 Hemos expresado que el juez llega al convencimiento judicial agotando las etapas de la teoría del conocimiento; el juez debe llegar a la certeza de los hechos para tomar una decisión. En otras palabras el juez considera probado un hecho, sólo cuando está convencido de su realidad.

Sin embargo, en materia de *falla del servicio médico*, el Consejo de Estado, sección tercera, en Sentencia de mayo 3 de 1999, M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, con respecto a la prueba del vínculo de causalidad ha manifestado: “...El Juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante...”


“.... En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paroplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremida-

des inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada...”

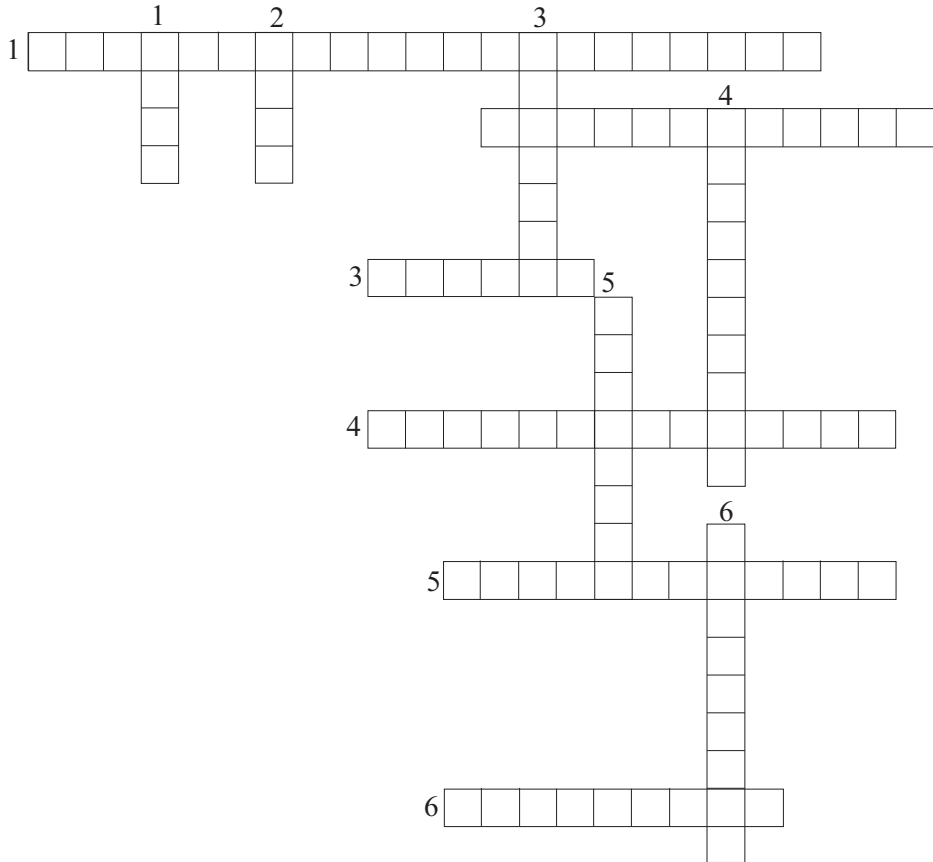
“... En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia.’ ...”

39

Refleja lo anterior una excepción a la regla de que la finalidad de la prueba, es la convicción, la certeza del juez. En materia de responsabilidad civil médica es clara la jurisprudencia del Consejo de Estado en este sentido, en tanto que la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia sobre el tema es la tradicional en materia de carga de la prueba. Sobre este punto volveremos de manera extensiva en la Unidad 5.

	<p>El proceso solo proporciona una verdad y es sobre esta que el juez toma sus decisiones; por lo tanto, la discusión entre la verdad real y la verdad procesal es inoperante.</p> <p>A la verdad se llega por medio de la teoría del conocimiento, y sus etapas son:</p> <table data-bbox="395 1385 889 1548"><tr><td data-bbox="395 1415 572 1543">IGNORANCIA DUDA PROBABILIDAD CERTEZA</td><td data-bbox="602 1385 622 1548">}</td><td data-bbox="643 1466 889 1494">CONVENCIMIENTO</td></tr></table> <p>El juez debe realizar esta operación lógica para llegar a la certeza, ya que esta debe ser el fundamento de sus decisiones.</p>	IGNORANCIA DUDA PROBABILIDAD CERTEZA	}	CONVENCIMIENTO
IGNORANCIA DUDA PROBABILIDAD CERTEZA	}	CONVENCIMIENTO		

AUTOEVALUACIÓN



40

Teniendo en cuenta los conocimientos adquiridos en la Unidad 1, llene el siguiente crucigrama.

HORIZONTALES

1. Método actual que cubre todas las expectativas, para obtener la verdad.
2. Una de las etapas de la teoría del conocimiento, en la cual puede haber grados, dependiendo de si prima lo afirmativo o lo negativo.
3. Coincidencia del conocimiento con su objeto.
4. Fin al que se llega con la teoría del conocimiento.




5. Facultad o función del intelecto, a través de la cual se pone en marcha el procedimiento para llegar al convencimiento.
6. Clase de conocimiento inmediato por medio del cual trabaja la inteligencia.

VERTICALES

1. Clase de verdad, el deber ser.
2. Etapa de la teoría del conocimiento en la cual se oscila entre la aceptación y la no aceptación entre varias proposiciones.
3. Asentimiento firme y fundado en la evidencia de un estado de cosas. 41
4. Desconocimiento total de los hechos.
5. Clase de verdad que se evidencia en las providencias judiciales y se adquiere por lo que obra en el proceso.
6. Clase de conocimiento mediato en el cual el entendimiento realiza una operación para llegar a la certeza mixta.

UNIDAD **2** Principios Vs. Reglas Técnicas

OBJETIVOS

	<p>Exponer de manera concisa y clara lo que se entiende como principios rectores del proceso y reglas técnicas de procedimiento en el Derecho colombiano, para llegar a un acuerdo conceptual que sea un punto de partida para el autoaprendizaje.</p>
	<p>Establecer la validez y la vigencia de la discusión que existe respecto de si se debe seguir hablando de principios absolutos o si algunos de ellos se han convertido en reglas técnicas que admiten excepciones.</p>
	<p>Reevaluar la importancia de algunos de los que hasta ahora se han conocido como principios absolutos y esenciales de la actividad probatoria, y que probablemente en la actualidad empiecen a tornarse obsoletos para lograr la celeridad del proceso y la consecución de la justicia.</p>

1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO Y REGLA TÉCNICA

Esta distinción ha sido acogida en la doctrina colombiana a través de los trabajos del jurista Hernán Fabio López Blanco⁸, quien a su vez adoptó esta clasificación de la doctrina mexicana. De la misma manera acogió un listado de principios que pueden ser llamados como tales en estricto sentido, para dejar los demás que se conocen con la denominación de *reglas técnicas*. Pero, tanto los principios como las reglas técnicas deben ser interpretados y aplicados con fundamento en la teleología y axiomas contenidos en la Constitución Nacional, toda vez que constituye una finalidad del Estado la cabal administración de justicia.

44

Con el fin de unificar criterios presentamos el siguiente glosario de principios y reglas técnicas más relevantes:

- **Eventualidad o preclusión:** El proceso, incluida desde luego la actividad probatoria, debe desenvolverse cumpliendo con los términos y oportunidades precisas que señala la ley, con el objeto de brindar garantías, seriedad y seguridad jurídica al proceso. Por razones del cúmulo de trabajo de los jueces en los procesos civiles tal obligación es más estricta para las partes que para el juzgador, con lo que se logra motivarlas para que se comporten diligentemente en el cumplimiento de sus cargas procesales en el momento oportuno. En el campo penal, partiendo de la presunción de inocencia, del derecho del procesado a la pronta definición de su situación jurídica, esta exigencia opera de manera más estricta también para el fiscal que investiga el caso.

- **Publicidad y contradicción:** Es obligación correr traslado a las partes de las actuaciones procesales de las mismas y las decisiones del juez con el objeto de poder controvertirlas en ejercicio de su derecho de defensa, y de poder interponer recursos en contra de las mis-

⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Dupré Editores, Séptima edición, Bogotá, 1997.

mas, dado el carácter dialéctico que tiene el proceso, indispensable para poder llegar a la verdad y hacer justicia. En el campo penal existe la reserva sumarial que impide que terceros conozcan el desarrollo de la investigación, previniendo que puedan entorpecerla con consecuencias funestas. Sin embargo, incluso la investigación previa debe estar abierta a las partes, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional⁹. De igual manera, el Código de Procedimiento Penal consagra una prerrogativa para los medios de comunicación consistente en dar a conocer a la opinión pública sobre la expedición de resoluciones de acusación. (Art. 330 inc. final).

- **Igualdad:** Todas las personas tienen la misma potestad de ejercitar sus derechos en las mismas condiciones y oportunidades, sin ninguna consideración especial. Por tal razón, las decisiones disímiles en casos iguales deben estar sustentadas expresamente por el juzgador en la motivación de su sentencia.¹⁰

45

- **Lealtad o moralidad:** Significa que en toda actuación procesal los sujetos procesales y quienes intervengan a cualquier título deben comportarse con arreglo a la buena fe, entendida como la exigencia de un comportamiento correcto en las relaciones sociales.

- **Economía procesal o celeridad:** La actuación del juez, de las partes y de los terceros debe surtirse sin mayores dilaciones a las que prevén los términos legales, y debe procurarse ante todo colaborar con la asistencia a las diligencias, con la puntualidad y con el respeto al principio de preclusión, en aras de una definición pronta de la situación jurídica de las partes.

- **Imparcialidad:** El juez debe tomar en consideración para proferir sus sentencias, y en general cualquier decisión dentro del proceso, únicamente la valoración objetiva de las pruebas recaudadas con base en los hechos pertinentes que fueron aducidos, y los preceptos normativos aplicables al caso, sin tomar partido nunca a favor de alguna de las partes, o desconociendo la presunción de inocencia. Esto

⁹ Ver ANEXO, Sentencia T-106 de 2000.

¹⁰ *Ibíd.*

guarda íntima relación con la noción del juez como actor social que trae la Constitución de 1991, puesto que si el juez debe decretar pruebas de oficio cuando no posea elementos de juicio para decidir, en vez de limitarse a dictar sentencia en contra de quien no pudo probar, debe hacerlo con observancia de la imparcialidad, consciente de que su misión es ante todo encontrar la verdad.

Principio: Aquellas orientaciones de índole filosófica reconocidas por la legislación o por la Carta Política, que se erigen como normas imperativas que guían el desarrollo del proceso judicial y la actuación de los sujetos procesales, cuya aplicación no se discute ni admite salvedades.

46

Regla técnica: Todas aquellas normas de comportamiento de los sujetos procesales y de desarrollo de las actuaciones procesales cuya aplicación depende de su utilidad o conveniencia en el caso concreto, lo que hace posible que en unos casos se apliquen unas y en otras hipótesis otras completamente antagónicas. Ejemplo: mediación e inmediatez.

No amerita mayor explicación el porqué se han mantenido como principios los antes enumerados, puesto que nadie discutiría, v. gr. que la imparcialidad del juez es una cuestión absoluta y no de aplicación eventual. Ofrece una mayor dificultad entender por qué otros de los tradicionalmente entendidos como principios han sido excluidos del listado indicado, de manera que a continuación nos ocuparemos de las más importantes y comúnmente aludidas reglas técnicas:

- **Regla técnica dispositiva:** La actuación procesal se inicia a petición del particular interesado, pero el impulso del proceso corresponde igualmente al juez y a la parte dado que existe el deber de decretar pruebas de oficio. Se trata de una regla predominante en el proceso civil, pero que no es absoluta, dado el poder-deber del decreto oficioso, del cual nos ocuparemos más adelante.

- **Regla técnica inquisitiva:** Predominante en el proceso penal, consiste en la iniciación de la acción judicial por parte del Estado, así como la impulsión del proceso en lo que tiene que ver con la consecución de las pruebas y la expedición del fallo, sin perjuicio de que los

hechos lleguen a conocimiento de la Administración de Justicia a través de los particulares. Debe asumirse como regla técnica porque excluye a las partes por completo de la actividad probatoria cuando son estas las que conocen mejor los hechos y por lo mismo pueden reconstruir con mayor celeridad y precisión aquellos que les sean favorables, así como sucede en el sistema probatorio norteamericano, donde las pruebas son recolectadas por los abogados de manera independiente y sólo se presentan al juez al momento de llegar al juicio. Un principio de tal tendencia se encuentra en el Decreto 2651 de 1991 con la práctica de pruebas de común acuerdo por las partes, que será objeto de análisis en otra unidad.

• **Inmediación y Mediación:** La inmediación se encuentra consagrada en el Art. 181 del C.P.C. y consiste en la necesidad de que el juez sea quien practique y valore directamente las pruebas, y por el contrario, la mediación hace referencia a que el juez de conocimiento del caso pueda delegar la investigación, es decir la recolección de pruebas en otros jueces o en otros funcionarios judiciales, sin perder este la responsabilidad de efectuar la valoración del acervo probatorio y la producción de la decisión final. Se trata de reglas técnicas porque ninguna de las dos debe aplicarse a ultranza, y de hecho en la realidad no ocurre, puesto que la carga de trabajo haría interminables los procesos.

47

El problema radica en que no se ha hecho un reconocimiento sincero de lo que ocurre en la práctica y por lo mismo no se ha preparado lo suficientemente a estudiantes de derecho, abogados y funcionarios de los despachos judiciales para realizar las labores de instrucción, haciendo que en el medio exista desconfianza a la idea de que el juzgador no sea quien practique las pruebas.

• **Reglas técnicas de la escritura y la oralidad:** La primera hace referencia al desarrollo de las actuaciones procesales de manera escrita y la segunda a implementar audiencias orales, tal como lo pretendió el Decreto 2651, teniendo en cuenta que esto, en principio acelera el trámite procesal en la medida en que pueden interponerse los recursos verbalmente sin necesidad de correr traslado a la contraparte

por un término, y se puede decidir lo mismo a continuación. Para la implementación de la oralidad se debe acudir al Art. 109 del C.P.C. Conviene asumirlas como reglas técnicas ya que si bien en principio la oralidad agiliza el proceso, debe quedar alguna constancia por escrito en aras de la seguridad jurídica y para agilizar el trámite de la segunda instancia.

48 • **Regla técnica de doble instancia:** Se asume como regla técnica dado que no todos los procesos ameritan que se prolongue la indefinición de la situación jurídica de las partes en razón de su cuantía a la materia del asunto. Si se permitiera a los litigantes vencidos en juicios de los que están definidos como de primera instancia, controvertir la decisión hasta el grado de casación, seguramente lo harían y terminarían agravando aún más la problemática de la decisión de la justicia. Por ello la doble instancia se justifica y es útil sólo en determinados asuntos. Tiene su fundamento en el artículo 29 de nuestra Carta Política.

• **Regla técnica de conciliación:** El deber del juez se extiende a instar a las partes a terminar la controversia a través de la transacción, también en aras de la celeridad, para lo cual debe proponer soluciones al conflicto. Es también desarrollo de esta regla la audiencia del Art. 101 del C.P.C., que de ser evacuada a conciencia acortaría considerablemente los procesos, puesto que en ella se fijan los hechos y se deciden las excepciones previas, evitando recursos y nulidades posteriores que dilaten el trámite. Igualmente, la Ley 640 de 2001 es la herramienta más completa con que se cuenta en la actualidad para materializar la conciliación, sin que sea de aplicación absoluta, puesto que con el solo hecho de excluir los procesos en donde haya lugar al decreto de medidas cautelares, se están excluyendo los procesos ejecutivos, que son el grueso de los negocios que cursan en los despachos.

INMEDIACIÓN VS. MEDIACIÓN

Tal vez de las reglas técnicas la que mayor controversia ofrece es la inmediatez, por ello la analizaremos más a fondo en esta unidad, teniendo en cuenta que otras serán analizadas en unidades posteriores.

Entre los juristas existen básicamente dos posturas adversas en torno a este principio: algunos consideran que se deben delegar personas preparadas, como estudiantes de Derecho de últimos semestres, para que estén presentes en las diligencias y puedan intervenir como lo haría el juez. En contraposición, otros opinan que el juez siempre debe estar presente para conocer todo sobre el proceso pues esto es indispensable para fallar; igualmente debe haber practicado él mismo la prueba, entendida esta como prueba directa en la que la percepción es, valga la redundancia, directa.

Reforzando la segunda opinión se afirma que es el juez quien debe informarles a las partes los deberes, derechos y consecuencias que acarrea la práctica o no de una prueba, por ejemplo el responder o no a una pregunta dentro de la práctica de la prueba testimonial, que incluso tiene mayor importancia en el campo penal.

49

Como puede observarse, la opinión mayoritaria se muestra a favor de la defensa de la inmediación, pero la realidad nos muestra cómo paradójicamente los funcionarios judiciales, que defienden la inmediación, admiten que en la práctica, el juez no está presente en la mayoría de las diligencias, no por falta de voluntad, sino sencillamente porque el cúmulo de trabajo no lo permite.

Lo anterior indica que la *inmediación es una regla técnica*, puesto que en la práctica no se sigue de manera absoluta. Sin embargo no deja de ser importante que el juez esté presente porque es él quien toma la decisión, y concretamente, es en él en quien recae la responsabilidad de valorar las pruebas.

Lo que ocurre es que quienes defienden la inmediación con mayor ahínco y se oponen a la delegación de ciertas funciones judiciales, suelen confundir el estar presente con la valoración misma de la prueba. Respecto de la valoración, es claro que es indelegable, que pese a que la percepción del juez no sea directa, la valoración de las pruebas le seguirá correspondiendo a él.

En algunas ramas del Derecho ya se está aplicando la inmediación como regla técnica no absoluta, con resultados positivos. En materia de familia y laboral, por la cantidad de diligencias que se

realizan en un mismo día, incluso a la misma hora, se admite que otra persona diferente al juez practique la prueba, siempre y cuando se respete la ley, el debido proceso y la contradicción de la prueba.

Otros apuntan a la carencia de funcionarios judiciales como la causa de que la inmediación como principio no funcione, y otros sostienen que aun así debe aplicarse puesto que los usuarios mismos piden que sea el juez quien esté presente, porque se confía en su credibilidad y se teme a la comisión de faltas al debido proceso.

50

La solución a esa falta de funcionarios puede encontrarse en disposiciones del Decreto 2651, la Ley 446 y hoy día la Ley 794/03, pues ofrecen nuevas oportunidades que demuestran que no es necesario que el fallador esté presente en la práctica de la prueba -práctica de pruebas de común acuerdo por las partes, fuera de los estrados- si esta es practicada de manera legal y por una persona preparada, siendo esto una salida a la congestión judicial.

La normatividad colombiana establece excepciones a la inmediación, consciente de la imposibilidad de que en todas las diligencias de práctica de pruebas esté presente el juez. Tales excepciones se concretan básicamente en los siguientes puntos:

1) En el Art. 21 del Decreto 2651 de 1991, se consagra la posibilidad de que las partes practiquen de común acuerdo pruebas como interrogatorios de parte, testimonios, inspecciones judiciales y peritajes, sin intervención judicial.

2) Artículo 181 C.P.C., el cual ordena que un juez comisione a otro para que en la misma forma practique pruebas, cuando no pudiere hacer en razón del factor de competencia territorial.

3) Artículo 185 C.P.C., se refiere a la prueba trasladada, en la cual podemos observar que el juez de un segundo proceso –civil, penal, laboral, administrativo, disciplinario, etc.– valora de acuerdo con las reglas de la sana crítica, una prueba practicada válidamente en un proceso distinto –primitivo–, la cual fue adquirida sin su mediación.

4) Artículo 193 C.P.C., además, la ley contempla el caso en el cual un juez puede comisionar al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo, por medio de exhorto, para que practi-

que las diligencias probatorias de conformidad con las leyes nacionales y las devuelva directamente. También se consagra la misma posibilidad, a través de un mecanismo diferente como lo es la Carta Rogatoria, enviada por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien hace entrega de dicha petición a la autoridad judicial competente del país comisionado para que realice la práctica probatoria y la regrese, por el mismo medio.

En ese orden de ideas, se observa como la *mediación*, entendida como la regla técnica según la cual las pruebas pueden ser practicadas por un funcionario diverso del que va a tomar la decisión, en materia civil, exclusivamente; sin que por ello pierda la facultad de decretar pruebas de oficio¹¹, se muestra como una orientación para la actuación procesal más acorde con la realidad de los estrados judiciales, dado que es de público conocimiento cómo los jueces no están presentes en la práctica de pruebas y delegan labores como la toma de interrogatorios de parte en secretarios y sustanciadores, que no siempre son estudiantes de derecho o personas idóneas comprometidas con el fin que debe cumplir la actividad judicial, encontrar la verdad.

51

Valdría más entonces, reconocer legalmente algo que en la práctica ocurre y tomar las medidas necesarias para que no se pierda el objeto de la actividad probatoria por el hecho de que las pruebas no sean practicadas por un juez. Nos referimos a capacitar a los secretarios y sustanciadores o a ocupar abogados y estudiantes de derecho en estas labores, contribuyendo así mismo con la celeridad y economía procesal.

Infortunadamente, algunos juristas continúan en la defensa de la inmediación, como si fuera lo único capaz de salvaguardar la confianza y la lealtad procesal en la práctica de pruebas. Para ello suelen proponer la implementación de audiencias orales. Esta es una propuesta que merece discusión, puesto que si bien para algunos es sinónimo de celeridad, para otros ha demostrado la evidencia empírica que la oralidad alarga los procesos judiciales.¹²

¹¹ *Ibíd.*, p. 86.

¹² Ver anexo

Pero más allá de la discusión sobre la celeridad, el problema que subyace sigue siendo el mismo, porque independientemente de si las actuaciones se surten de manera escrita o verbal, si se pretende que el juez esté presente siempre, no sólo sería más lenta la evacuación de los procesos, sino que se caería en una solución que suele evocarse cuando se habla de descongestionar despachos: crear nuevos juzgados. Esto representa un costo económico que el presupuesto de la rama judicial a todas luces no puede soportar en la coyuntura actual de las finanzas del Estado, y que por lo demás, nunca ha sido una solución eficaz.


52 Pero pasando a otro punto de la discusión, y reforzando el argumento según el cual la inmediación es conveniente sólo en algunos casos, es decir, concebida como regla técnica, vale la pena revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde se corrobora tal postura.

En la sentencia T-106/2000, se analiza la inmediación y correlación con el principio de la autonomía funcional de la Administración de Justicia, tutelada por el art. 288 de la Carta Política. Dicha correlación se analiza a partir de la extensión de la competencia del juez de tutela para cuestionar el cambio de línea jurisprudencial por parte de un juez al examinar un caso similar a otro anterior.

En efecto, en la sentencia, la Corte, afirma el juez de tutela, sólo puede intervenir en decisiones producidas en otros procesos cuando se constate la configuración de una vía de hecho. Vía de hecho que es alegada por el actor sobre la base de que se desconocieron ciertas pruebas dentro de un proceso penal y que no se respetó el debido proceso del sindicado como sí se hizo con otros procesados en una investigación en un proceso similar. Argumenta la Corte que en virtud del principio de inmediación el fiscal de conocimiento que recolectó las pruebas que se aducen es el funcionario más idóneo para evaluar dichas pruebas, y que intervenir en esa valoración menoscaba el principio de autonomía funcional.

Conclusión

- Lo que es claro es que los ritos procesales deben ceder ante la necesidad de celeridad en la administración de justicia real y eficiente.
- La regla técnica no debe verse como una degradación de los principios, sino por el contrario, como un instrumento que garantiza la aplicación de los principios cuando sea pertinente, permitiendo el buen desarrollo del proceso.

	PRINCIPIOS	REGLAS TÉCNICAS
	Eventualidad o Preclusión	Dispositiva
	Publicidad y Contradicción	Inquisitiva
	Igualdad	Inmediación y Mediación
	Lealtad Procesal	Escritura y Oralidad
	Economía y Celeridad	Doble Instancia
	Imparcialidad	Conciliación

INMEDIACIÓN

Ventajas:

- Proporciona seguridad y confiabilidad al levantamiento del acervo probatorio, ya que la persona mejor calificada para valorar las pruebas es quien las recauda.
- El tiempo de la valoración se reduce por cuanto es el mismo funcionario quien juzga y valora.

Desventajas:

- Demora de los procesos porque el excesivo número de negocios hace que el juez tarde demasiado en practicar las pruebas.
- En la realidad se hace imposible la intermediación por los motivos ya expuestos, por lo cual se delega esta función en sustanciadores y secretarios que no están preparados para ello.

Soluciones:

- Reconocer legalmente la posibilidad de que empleados judiciales distintos de los jueces practiquen las pruebas, previa capacitación, o que se delegue a otros funcionarios públicos que tengan la preparación suficiente o abogados o estudiantes de derecho como mínimo.
- Desarrollar el Decreto 2651 de 1991, artículo 21 en lo que se refiere a la práctica de pruebas de común acuerdo por las partes, artículos 193, 181 y 185 C.P.C.

AUTOEVALUACIÓN




54 El propósito de esta autoevaluación es proporcionar unas pautas para iniciar la reflexión personal sobre los temas tratados, y preparar el entorno para la discusión argumentada en grupos de juristas, para ello hemos formulado las siguientes preguntas:

<div style="text-align: center; border: 1px solid black; width: 40px; height: 40px; margin: 0 auto;"> c </div>	<p>1. ¿Qué opina usted de la propuesta de ampliar el número de sustanciadores, facultarlos para proferir autos de trámite y recaudar pruebas? Si está de acuerdo, ¿considera que los sustanciadores debe ser abogados o por lo menos estudiantes de derecho, o si se deben facultar a otros funcionarios públicos como los notarios para tales fines?</p>
<div style="text-align: center; border: 1px solid black; width: 40px; height: 40px; margin: 0 auto;"> t </div>	<p>2. ¿Cree qué es conveniente que se creen dentro de la justicia civil jueces de instrucción, como en la justicia penal, que colaboren con la práctica de pruebas, para que los jueces de conocimiento se concentren en valorarlas? Analice desde la perspectiva del esquema probatorio según sea el proceso de conocimiento o ejecutivo.</p> <p>3. Reflexione sobre la utilidad de la oralidad como medida de celeridad de los procesos, y sobre la necesidad de que se aplique en consonancia con la intermediación o con la mediación de la prueba.</p>

UNIDAD 3

Actividad Probatoria

OBJETIVOS

	<p>Determinar, reconocer y unificar los criterios acerca de las etapas probatorias y los sujetos que interactúan en ellas, con el fin de colaborar con la eficiencia y agilidad del proceso.</p>
	<p>Sugerir soluciones a los problemas que se evidenciaron en los trabajos preliminares de este módulo en la actividad probatoria, como la diferencia entre varias causales de rechazo de la prueba y la práctica directa de esta por los jueces, entre otros.</p>
	<p>Proporcionar puntos clave a través de esta unidad, para que sirvan de base en la aplicación del derecho probatorio por parte de los funcionarios judiciales en la realidad que se vive en los estrados judiciales.</p>

Iniciaremos esta unidad con la determinación de las oportunidades procesales y conceptualización de cada una de las etapas probatorias, desarrollando en cada una, los puntos que creemos relevantes según los trabajos preliminares realizados para la creación de este módulo.

PRUEBA: “*Medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu*”.¹³

1. ETAPAS PROBATORIAS

1.1 SOLICITUD

56 Esta es la primera etapa, en la cual se pide lo que se quiere el juez tenga como fundamento, para saber si los hechos son o no ciertos y pueda tomar una decisión ajustada a derecho.

Los sujetos que tienen a su cargo esta etapa son:

A. PROCESO CIVIL

1. Las partes, que en concepto reducido o estricto, son: demandante y demandado.
2. Terceros intervinientes: como el coadyuvante, el denunciado en un pleito, el llamado en garantía, el verdadero poseedor o tenedor, el *ad excludendum*, etc.

B. PROCESO PENAL

1. El procesado, su defensor, el representante de la parte civil.
2. El Ministerio Público.
3. El tercero incidental.
4. El tercero civilmente responsable.
5. El perjudicado

¹³ DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Editorial TEMIS. Tomo I, p. 95. Bogotá, Colombia, 1995.

En conclusión podemos decir que esta etapa corresponde a las partes, quienes deben cumplir las exigencias establecidas por la ley para cada medio probatorio; por tratarse este documento de un módulo destinado para la actividad judicial, no profundizaremos al respecto.

1.2 DECRETO

Esta etapa, se inicia con el estudio y análisis del juez sobre cada una de las pruebas peticionadas por las partes en la solicitud, para decidir si las decreta o rechaza; por lo cual, el único sujeto protagonista en esta etapa, es el JUEZ.

Para tal efecto el juez debe analizar ciertos aspectos, con el fin de determinar si la prueba cumple o no con los requisitos necesarios para ser tenida en cuenta dentro del proceso (artículo 178 C.P.C; artículo 235 C.P.P). En el campo penal tienen la capacidad para decretar pruebas: la policía judicial –en el caso de flagrancia y en el lugar de los hechos–, el funcionario instructor –fiscal– y el Juez. Pero, en uno y otro campo, –CIVIL Y PENAL– estos requisitos son:

1. Conducencia: Que el medio de prueba utilizado para demostrar un hecho determinado se ciña al asunto materia del proceso, de lo contrario deberá ser rechazada.
2. Pertinencia: Lo pertinente o impertinente son los hechos, entonces el juez debe hacer un análisis sobre ellos para determinar si tienen que ver con el *Thema Probandum*, porque cualquier prueba que verse sobre esos hechos impertinentes deberá ser rechazada.

A menudo la conducencia y la pertinencia se confunden con el concepto de EFICACIA; para dejar en claro esta confusión, debemos decir que mientras la conducencia se refiere al medio de prueba y la pertinencia a los hechos, la eficacia es el resultado de la prueba en general, que lo obtenido a través de esos medios para probar esos hechos produzcan inmediata y autónomamente la certeza en el funcionario judicial que deba valorarla, es decir, la prueba es eficaz en la medida en que fue útil para el Juez (lo convenció de la existencia o inexistencia de unos hechos) y se mira al momento de la valoración.

3. Licitud: No se puede valorar una prueba que se obtiene con violación de los derechos fundamentales constitucionales, la cual será nula de pleno derecho según nuestra legislación, si el funcionario judicial le otorga algún valor dentro del proceso (art. 175, 178 C.P.C y 233, 235 C.P.P. 29 de la C.P.).

Al respecto se presentan dos teorías: *La teoría de la admisibilidad de la prueba ilícita*, porque lo que debe prevalecer es la verdad para llegar a la justicia y por tanto esta prueba se debe tener en cuenta, sin perjuicio de las acciones que se puedan incoar en contra de quien violó los derechos fundamentales. La otra *teoría es la inadmisibilidad de la prueba ilícita*, porque en un Estado en el cual se protegen los derechos fundamentales y el debido proceso, como el nuestro, no es posible permitir que para la obtención de pruebas estos sean violados y su producto sirva de base para una sentencia judicial.

El problema jurídico que se presenta actualmente, es determinar si *la prueba refleja o derivada de la ilícita* debe ser o no valorada, es decir, si la prueba consecuencia de la ilícita, pero que en sí misma es lícita, debe ser apreciada o no por el juzgador para tomar su decisión.

Ejemplo: Una confesión bajo presión o con tortura, en la cual surge la localización de unas armas, que luego son encontradas y tomadas por la autoridad con la respectiva orden judicial.

Para solucionar este problema se han tenido en cuenta dos teorías:

Teoría de los frutos del árbol envenenado, esta teoría determina que no hay que darle valor probatorio a una prueba lícita obtenida de una ilícita pues si sus fundamentos están viciados, su producto también debe estarlo y por tal el juez no puede tenerla en cuenta. Esta es la teoría que se acoge en Colombia.

Teoría de la proporcionalidad, esta teoría en principio no acepta la prueba refleja de la ilícita, pero trata de medir si el derecho violado con esa prueba es menor que lo que se gana con su utilización y de ser así la prueba refleja si podrá ser tenida en cuenta.

En materia de pruebas ilícitas, conviene tener presente el análisis de la nulidad de la prueba obtenida ilícitamente a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:


El derecho procesal surge como una forma de garantizar los derechos y las libertades públicas. Surge como una forma de hacer efectivo el derecho sustancial. Es por ello que en un Estado Social de Derecho que se encuentra comprometido con la protección y garantía de los derechos de las personas, resulta más que lógico encontrar un artículo que consagre un derecho fundamental al debido proceso. Ese eje fundamental de la Constitución y en general del sistema jurídico colombiano se encuentra en el artículo 29 de la Constitución.

En el artículo 29 se establecen, entre otros, los principios de legalidad; de favorabilidad en materia penal; la presunción de inocencia; el derecho fundamental a una defensa técnica; el principio de publicidad y celeridad; así como los principios procesales de contradicción y el que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Pero no es ninguno de esos principios y derechos los temas aquí a tratar, sino el inciso final del artículo 29 de la Constitución donde se establece que: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. A este inciso final de la norma se le conoce doctrinal y jurisprudencialmente como LA REGLA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIÓN. Pretendemos analizar la regla constitucional de exclusión a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente de la Sentencia SU-159 de 2002¹⁴. Este reciente pronunciamiento resulta importante pues en él se unifican las posiciones jurisprudenciales alrededor de la regla constitucional de exclusión, cuyo desarrollo legal es prácticamente inexistente. Para presentar el análisis se estudiarán los dos elementos principales de la regla constitucional de exclusión¹⁴: La fuente jurídica de exclusión y la sanción.

¹⁴ En la sentencia las consideraciones sobre la regla de exclusión en materia probatoria se ubicaron dentro de otro tema más amplio que era el de la vía de hecho por defecto fáctico por valorar una prueba viciada, pues el accionante consideraba como una vía de hecho la actuación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al conocer dentro del proceso una prueba obtenida ilícitamente. En este proceso se condenó al accionante por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Descomposición del inciso final del artículo 29: Los elementos de la regla:

	<p>La fuente jurídica de exclusión</p> <p>Para la Corte Constitucional, los elementos de la regla de exclusión son básicamente dos: Las fuentes jurídicas de exclusión y la sanción. En primer lugar, cuando habla de fuentes jurídicas de exclusión se está refiriendo a la razón por la cual se aplica la sanción. Es decir, la fuente de exclusión activa el segundo elemento de la regla: la sanción.</p> <p>Según la Corte, existen “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 y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado”¹⁵.</p>
---	---

60

Esta clasificación sui géneris de las pruebas en ilícitas e inconstitucionales puede considerarse como una clasificación de género-especie. En donde, la prueba ilícita es el género y la inconstitucional la especie. Esta afirmación se realiza pues en la teoría general de la prueba, el concepto de prueba ilícita es un concepto mucho más amplio pues se consideran como ilícitas aquellas pruebas “que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”¹⁶.

Lo importante en este punto más que optar por una clasificación es comprender que la prueba ilícita es una fuente jurídica de exclusión y que además, tal y como lo dice la Corte, el legislador ha previsto condiciones para la práctica de las pruebas así como requisitos sustanciales para cada medio de prueba, “cuyo cumplimiento debe ser

¹⁵ Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Temis. Bogotá, 2002. p. 517.

examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si determinada prueba es o no lícita”¹⁷.

La sanción

El segundo elemento de la regla de exclusión es la sanción. Elemento que como ya se mencionó se activa por la fuente jurídica de exclusión, es decir por la existencia de una prueba ilícita. Según el artículo 29 la prueba obtenida de esa forma será **nula de pleno derecho**.

Citando el derogado Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) en su artículo 250, similar en contenido al artículo 235 del actual Código (Ley 600 de 2000), la Corte considera que en materia penal un mecanismo legal a través del cual se da la nulidad de la regla de exclusión es mediante el rechazo que el juez realiza de la prueba en la providencia. Precisamente porque la ley procesal penal en su artículo 235 (250 del Código derogado) establece que el funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las (pruebas) legalmente prohibidas o ineficaces. (El subrayado es mío).

Sin embargo, el anterior no es el único mecanismo para que opere la sanción de la regla constitucional de exclusión. Pues en la sentencia C-491 de 1995 en la cual se revisó la constitucionalidad de la expresión “solamente” que se refiere al catálogo taxativo de nulidades del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, la Corte consideró que “se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión ‘solamente’ que emplea el art. 140 del Código de Procedimiento Civil, para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual ‘es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso’, esto es, sin la ob-

¹⁷ *Ibidem*.

servancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone esta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia”¹⁸.

Ahora bien, es importante realizar tres aclaraciones con respecto a lo anterior:

62 En primer lugar, tal y como se sostuvo en la sentencia C-372 de 1997 el efecto que se sigue a la declaración de nulidad de una prueba ilícita no es la nulidad de todo el proceso sino exclusivamente de la prueba. Cuestión diferente sería que la única prueba o la prueba más importante para tomar la decisión fuera la prueba ilícita, en este caso si se podría hablar de nulidad del proceso. De ahí la posición clara de la Corte cuando dice que “el criterio fijado es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida”¹⁹.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se aparta de la posición según la cual bastaría con que una de las pruebas que hacen parte del acervo probatorio esté viciada, para que dicho vicio se extendiera al resto de las pruebas, sin importar la relación con la prueba ilícita. Por el contrario, lo sostenido por la Corte es que la contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al conjunto del acervo probatorio y, por ende, a todo el proceso pues eso se infiere del texto e historia de la norma; de la jurisprudencia y de una lectura teleológica de la Constitución.²⁰

En tercer lugar, como también se sostuvo en la sentencia C-372 de 1997, “la Corte observa que en todo caso, la nulidad del artículo 29

¹⁸ Sentencia C-491 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹ Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ *Ibídem*.

debe ser declarada judicialmente dentro del proceso”²¹. Esta misma posición se ratifica en la sentencia del año 2002 donde se dice que “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”²². (El subrayado es mío). La Corte es clara al afirmar que aun cuando la Constitución hable de la sanción como “nula de pleno derecho”, la interpretación de la norma debe hacerse de esta forma, es decir que el funcionario judicial en forma explícita debe manifestarse sobre las pruebas que no podrán utilizarse en el proceso, dado su carácter ilícito. Pues si el funcionario judicial no se manifestara sobre las pruebas estaría desconociendo los derechos de la parte que pretende hacerlas valer. La Corte concluye este punto afirmando que “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 este decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución”²³.

63

Conclusión

- Aun cuando la Corte considera como una potestad de configuración del legislador, las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba ilícita, así como el instrumento procesal para exigir su exclusión, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional pueden inferirse claves procesales para que una prueba ilícita sea excluida de un proceso.

²¹ Sentencia C-372 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

²² Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ *Ibídem*.

- A partir de lo dicho en la sentencia C-471 de 1995, la parte que considere que una prueba debe ser declarada nula por ser ilícita podría promover un incidente de nulidad de la prueba, dada la salvedad que se hizo al declarar exequible el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. Mediante ese incidente no puede pretender la nulidad del proceso, sino de la prueba. Salvo que esa prueba haya sido la única o la más importante tenida en cuenta por el juzgador en el momento de la sentencia.
 - Si el juez considera que la prueba en efecto es ilícita, deberá declararla nula y excluirla del proceso. Pero ello no obsta para que las demás pruebas del proceso, salvo que fueren derivadas de la ilícita, también se consideren ilícitas y deban ser anuladas, pues como se mencionó la contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al conjunto del acervo probatorio y, por ende, a todo el proceso.
 - No sobra en este punto hacer un llamado al legislador para que haciendo uso de su potestad legislativa reglamente de conformidad con la Constitución la regla constitucional de exclusión contenida en el artículo 29, no sólo por la importancia que para el debido proceso tiene la aplicación de la regla sino porque su inactividad en este tema genera vacíos; de hecho han surgido dos (2) tesis sobre el particular: Una, la que comparte lo ya expuesto por la Corte constitucional en el sentido que la declaratoria de nulidad debe ser expresa; y otra, que está de acuerdo en que basta que en la sentencia se diga que no se valora la prueba por ser ilícita por supuesto explicando con claridad las razones de dicha ilicitud. Como se observa estos vacíos deben ser llenados por las altas cortes, a las que más tarde se les acusará de estar legislando a pesar de tener un poder contramayoritario.
4. Extemporáneas: El juez no podrá decretar o tener en cuenta las pruebas solicitadas por las partes de manera extemporánea; y por ello, se han establecido en nuestra legislación las oportunidades probatorias.

• OPORTUNIDADES PROBATORIAS

PROCESO CIVIL

PRIMERA INSTANCIA

1. En la demanda
2. En la reforma de la demanda.
3. En la contestación.
4. En el traslado de excepciones.
5. En la contrademanda o demanda de reconvencción.
6. 3 días después de la audiencia del 101 C.P.C.

SEGUNDA INSTANCIA

1. Dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso y para los casos taxativamente consagrados en el art. 361 C.P.C.

65

PROCESO PENAL

Es necesario distinguir La etapa procesal en que nos encontremos: Si la de *instrucción*, o si de la *causa o juzgamiento*; en la primera, pueden solicitarse práctica de pruebas en cualquier momento –desde la vinculación del imputado hasta cuando disponga cierre de investigación–; en la segunda el Juez una vez recibido el proceso lo deja a disposición de los sujetos procesales por un término de 15 días, para que, entre otros fines, soliciten las pruebas que fueren procedentes.

5. **Manifiestamente superfluas:** Son las pruebas que no tienen razón de ser, las que sobran o por encontrarse ya probados los hechos, o por que el hecho está exento de prueba; respecto de estos últimos, mencionemos:

a) Hechos presumidos: Artículo 176 C.P.C. Las inferencias lógicas que hace el legislador partiendo de un hecho conocido plenamente probado para establecer uno desconocido, que es precisamente el presumido. Hay que diferenciar entre las presunciones legales –las cuales admiten prueba en contrario– y las presunciones de derecho –no admiten prueba en contrario–.

b) Hechos indefinidos: Artículo 177 inciso 2 C.P.C. Son los que no están definidos ni enmarcados bajo circunstancias de lugar, tiempo, o modo y son eximentes de prueba por la imposibilidad de probarlo de la parte que lo alega, sin embargo hay desplazamiento de la carga de la prueba, es decir, la parte que no lo alega puede desvirtuarlo, si tiene como hacerlo;

c) Hechos Notorios: Artículo 177 inciso 2 C.P.C. Hechos públicos conocidos tanto por las partes como por un grupo de personas de cierta cultura, que pertenecen a un determinado círculo social o gremial; adicionalmente, deben tenerse por ciertos estos hechos, por parte del Juez. Estos no deben ser probados, porque se dan por ciertos;

d) Hechos admitidos o confesados por las partes: Artículo 93 y 94 del C. P.C. Es bien sabido, que la confesión en materia civil es plena prueba y por lo tanto cuando una de las partes confiesa –hechos que le causan perjuicio a quien los da a conocer–, tales hechos se tienen por ciertos y no es necesario que la otra parte se desgaste probando lo que ya está probado; no siendo así en materia penal, por varias razones: en primer lugar porque existe una presunción de inocencia a favor del sindicado o imputado, según la etapa procesal en la que nos encontremos, pero además por el principio de investigación integral en donde el funcionario judicial tiene que averiguar con igual celo tanto lo favorable como lo desfavorable. Adicionalmente, si se produjere la confesión, en materia penal, el funcionario competente, practicará las diligencias pertinentes para determinar la veracidad de la misma, averiguar las circunstancias de la conducta punible y realizar el respectivo control de legalidad, lo anterior según el artículo 281 del C.P.P;

e) Derecho nacional: En virtud del principio *Iura Novit Curia*, el juez tiene que saber de Derecho, es el experto en el tema y por tanto las normas de alcance nacional no se deben probar porque se supone que el juez las conoce, pero las que no son de alcance nacional si se deben probar, como:

las normas locales (artículo 188 C.P.C.), las costumbres civil y mercantil nacional (artículos 189 C.P.C. y 3 y 6 C. Co.), la ley extranjera (artículo 188 C.P.C.), la costumbre extranjera civil y mercantil (artículos 188 C.P.C. y 8 C. Co.), por ejemplo.

Entonces podemos decir que el juez después de realizar el respectivo análisis, desde el punto de vista de las pruebas o de los hechos, podrá determinar si decreta o rechaza la prueba solicitada, ya que no está obligado a decretar todas las pruebas. Este decreto o rechazo lo deberá hacer mediante providencia motivada, so pena de estar violando el debido proceso y las garantías que las partes tienen en el desarrollo del proceso.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta el decreto oficioso, pues si el juez lo considera necesario, de oficio podrá decretar las pruebas que a su juicio sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, sobre el particular realizaremos una exposición detallada en la UNIDAD 5.

67

1.3 PRÁCTICA

Como primer punto, debemos recordar que la práctica de las pruebas, varía dependiendo del medio de prueba de que se trate, por ello tanto los jueces como las personas que intervengan en dichas diligencias, deben ser idóneas y conocer el “rito probatorio” de cada medio de prueba.

El juez como director del proceso, es quien debe practicar directamente las pruebas (artículo 181 C.P.C.), desde luego las que han sido decretadas. Sin embargo él no es el único sujeto de esta etapa, pues aun cuando cumple un papel muy importante, interactúa con otras personas en el desarrollo de la práctica de las pruebas, dependiendo del medio de prueba que se vaya a utilizar, por ejemplo en el testimonio participarán tanto los apoderados de las partes como los testigos y el juez.

En esta etapa debemos tener en cuenta el *principio de inmediatez*, el cual fue expuesto anteriormente, y a través del cual se evidencia y justifica la importancia de la presencia del juez en la práctica de

las pruebas, pues es él quien va a tomar una decisión con base en lo que se logre probar y por lo tanto debe recibir directamente el conocimiento proporcionado por estas.

68 A pesar de esto, en la realidad el juez no está presente en todas las diligencias judiciales, y por eso para resolver esta situación, se han evidenciado otras opciones, algunas planteadas por la ley, y otras como sugerencias para mejorar el funcionamiento de la administración de justicia. Ahora bien, estamos hablando de un juez activo, ágil, dinámico, que realmente conozca el proceso y prepare su audiencia, de lo contrario, creemos que sobra en la diligencia judicial; lo anterior siendo consciente que no se le debe rendir “tributo” a la intermediación, pues si bien la ley la consagra como principio, ella misma trae sus excepciones, por ejemplo: La práctica de pruebas de común acuerdo entre las partes, la prueba practicada por comisionado, en el caso de la prueba trasladada, práctica de pruebas en el exterior, sólo por mencionar algunas; pues aunque el juez que toma la decisión no se encuentra presente en la práctica de esas pruebas las valora e incorpora como válidas siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos.

Teniendo en cuenta lo anterior, creemos que el juez puede delegar o comisionar la práctica de las pruebas, en personas preparadas para tal fin, como estudiantes de derecho de los últimos años o personas que realicen un curso al respecto, para dar mayor seguridad y ayudar a la descongestión de la justicia, solucionando de paso el problema de su no presencia en la práctica de las mismas, que se presenta actualmente. Por ello concluíamos en la unidad pertinente, que hoy día en nuestra legislación procesal la intermediación es REGLA TÉCNICA DE PROCEDIMIENTO.

1.4 VALORACIÓN

Esta es la última etapa, en la cual el Juez después de haber recolectado todas las pruebas debe determinar qué valor, como su palabra lo indica le debe dar a cada una, y a todas en conjunto, para tomar su decisión.

Para tal efecto en nuestro sistema probatorio opera “La Sana Crítica”, es decir, la valoración de las pruebas en conjunto, que se genera con el análisis detallado de cada una de ellas, conforme con lo

que las partes presentaron y lograron probar en el desarrollo del proceso. Esta valoración se da por el convencimiento del juez, por el sentimiento de certeza que logre al haber adquirido todo el conocimiento sobre el caso.

Hay entonces, libertad de apreciación para el sujeto protagonista de esta etapa –juez– lo que genera un fallo basado en su íntima convicción y una gran preparación por parte suya, pues a diferencia de la tarifa legal, el juez no tiene parámetros rígidos determinados por el legislador que le otorgan a cada prueba su valor.

Al ser este un tema que en las investigaciones preliminares y en la realidad presenta gran dificultad, hemos decidido dedicarle una unidad completa para su desarrollo, por lo tanto podrán encontrar en la siguiente unidad una exposición detallada sobre la sana crítica.

r

Las etapas probatorias son:

1. SOLICITUD
2. DECRETO (RECHAZO)
3. PRÁCTICA (D 2651 / 91 – L 446 / 98)
4. VALORACIÓN (sana crítica)

• **Las pruebas no se decretan por:**

1. Desde el punto de vista de las pruebas
 - Inconducentes
 - Impertinentes
 - Ilícitas
 - Manifiestamente superfluas
 - Extemporáneas
2. Desde el punto de vista de los hechos
 - Presumidos
 - Indefinidos
 - Notorios
 - Admitidos o confesados por las partes
 - Derecho nacional

AUTOEVALUACIÓN

t

Llene las líneas con el concepto descrito:

1. Medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu.

2. Es el resultado de la prueba en general, que lo obtenido a través de esos medios para probar esos hechos produzcan inmediata y autónomamente la certeza en el juez.

3. Que el medio de prueba utilizado para demostrar un hecho determinado se ciña al asunto materia del proceso.

4. Análisis sobre los hechos para determinar si tienen que ver con el *Thema Probandum*.




5. Inciso final del artículo 29 C.N. que doctrinal y jurisprudencialmente se le conoce como:

6. Son Elementos de la regla constitucional de exclusión:

UNIDAD 4

Sana Crítica Frente a los Medios de Prueba

OBJETIVOS

	<p>Precisar el concepto de valor probatorio, así como establecer las diversas operaciones del proceso mental de valoración de la prueba, el momento evaluador y la finalidad de la valoración, como presupuestos para el mejor entendimiento de esta unidad, dentro del módulo de autoaprendizaje “<i>Teoría General de la Prueba Judicial</i>”.</p>
	<p>La conveniencia de señalar las características de la sana crítica, para que concluyamos si ella, es o no, el sistema ideal de valoración probatoria en nuestra legislación procesal.</p>
	<p>La necesidad de plantear algunos criterios que deben seguirse frente a la sana crítica como sistema de valoración, y los medios de prueba: <i>testimonio, peritación e indicios</i>.</p>

1. CONCEPTO DE VALOR PROBATORIO:

Una de las actividades más importantes y complejas que el Juez realiza en la sentencia consiste precisamente en *apreciar las pruebas*; es él, en su individualidad frente al acervo probatorio; con la responsabilidad -más que deber- de dictar sentencia, pretendiendo que su juicio sea certero. Y, precisamente, uno de los grandes escollos del Derecho Probatorio, son las múltiples acepciones que la doctrina y jurisprudencia han dado sobre qué debe entenderse por prueba judicial:

Para Cabanellas *“la prueba judicial es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”* ²⁴

72 Pretendiendo evitar incurrir en esas mismas conjeturas, de si la prueba judicial es medio o es resultado, simplemente digamos que ella es el instrumento de que se vale el juzgador para lograr la convicción o certeza sobre los hechos controvertidos; noción, a nuestro juicio amplia, aplicable tanto en el campo civil, como en el penal. No obstante lo anterior afirmamos con Couture: *“en sentido jurídico y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación”*²⁵

Siendo indiscutible, como presupuesto de su libre valoración, la necesidad de la prueba que, además de ser un principio constituye una garantía para el justiciable, en la medida que toda decisión judicial se debe basar en pruebas: legalmente producidas y oportunamente alle-

²⁴ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina, 1998, P. 327.

²⁵ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, P.215 y ss.

gadas y aportadas al proceso; conviene entonces precisar *¿qué se entiende por valoración probatoria?*:

Valoración: acción y efecto de valorar.

Valorar: asignarle a una cosa el valor que corresponde a su estimación. Este significado lo podemos implementar en la función que hace el Juez en lo que tiene que ver con las pruebas: apreciar, evaluar, estimar, darle un precio y con base en ellas tomar una decisión, emitir un fallo.

Sentís Melendo, ilustra extraordinariamente esta fase de la actividad probatoria al expresar: *“estamos ante la etapa decisiva y concluyente de ese itinerario probatorio”... “... los elementos ya están adquiridos por el proceso, o incorporados a él; se trata de determinar su trascendencia para llegar a la certeza; esta solo se logra, la certidumbre solo se alcanza a través de la prueba. Y vamos a ver que hay muchas maneras de concebir el trabajo de valoración de Juez: Ese trabajo es el de persecución de la inalcanzable verdad hacia la cual hay que tender siempre”*²⁶

73

Se entiende por apreciación o valoración de las pruebas la operación intelectual o proceso mental de orden crítico, que hace el Juez sobre los medios de prueba que se han empleado en el proceso, con el fin de obtener certeza respecto de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones, si estamos en el campo civil; o llegar a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, si nos encontramos en el campo penal.

r

Sin la valoración de la prueba resulta imposible fundar una sentencia, en virtud de que los elementos y datos contenidos en el proceso constituyen el apoyo de la decisión judicial.

²⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago, La Prueba, Editorial Ejea, Buenos Aires 1990, P. 239 y ss.

Por ello, desde muy antiguo los distintos ordenamientos y a falta de ellos, la costumbre judicial han regulado la materia a este respecto, en una u otra forma: a) en una época el Juez debió sujetarse a reglas abstractas preestablecidas, que le señalaban la conclusión a que obligatoriamente debía llegar en presencia de determinadas pruebas, o en ausencia de determinados medios probatorios; b) más adelante el Juez de manera libre, personal y concreta valoraba el acervo probatorio. El primero se le llamó **TARIFA LEGAL** y el segundo **LIBRE APRECIACIÓN O SANA CRÍTICA**.

Pero, ¿cómo se hace o cómo surge ese proceso mental?

74 El proceso de valoración de la prueba es muy complejo y variable en cada caso; el Juez se encuentra frente a un acervo probatorio desarticulado, pues si bien cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, no obstante se requiere el análisis en conjunto de varias pruebas para llegar a la certeza de los hechos relevantes del proceso.

A pesar de lo anterior, destacados tratadistas como el maestro Devis Echandía, han señalado que la actividad valorativa de la prueba descansa en tres fases: *percepción, representación o reproducción y razonamiento*. “*El Juez entra en contacto con los hechos mediante la percepción u observación, ya sea en forma directa o indirecta a través de la relación que de ellos le hacen otras personas o ciertas cosas o documentos*.”

Es imposible apreciar el contenido y la fuerza de convicción de una prueba si antes no se le ha percibido u observado.

Una vez percibidos los hechos viene la segunda fase que es la representación o reconstrucción de ellos, ya no separadamente, sino en conjunto, poniendo cuidado para que no queden lagunas u omisiones que cambien la realidad o hagan variar el significado. Esta representación o reconstrucción puede hacerse respecto de algunos de los hechos por la vía directa de la percepción u observación, pero a otros se llega indirectamente por la vía de la inducción, es decir, infiriéndolos de otros hechos o deduciéndolos de reglas generales. En la observación directa opera siempre una actividad analítica y razonadora, me-

diante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos; hay entonces una actividad inductiva que consiste en sacar de tales datos una conclusión. Como consecuencia la tercera fase del proceso de valoración será la intelectual o la de razonamiento”²⁷

En el proceso de valoración probatoria es indispensable utilizar los principios de la lógica para llegar a un correcto razonamiento, pero al lado de ella también actúan la imaginación, la Psicología, la Sociología, así como conocimientos científicos y técnicos.

1.1 MOMENTO DE LA EVALUACIÓN:

El momento culminante de la apreciación de las pruebas es la *SENTENCIA*; que no es aislado pues está precedido por otras etapas y actuaciones ocurridas dentro del proceso; tales como:

75

1. DE PRODUCCIÓN Y OBTENCIÓN DE LA PRUEBA

- 1.1. Averiguación
- 1.2. Aseguramiento
- 1.3. Proposición
- 1.4. Admisión y Ordenación
- 1.5. Recepción y Práctica

2. ASUNCIÓN DE LA PRUEBA


3. LA VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Ahora bien: En materia penal el Funcionario Judicial tiene distintos momentos u oportunidades para *apreciar las pruebas*, ya que requiere decidir sobre las diversas situaciones que se presentan en el curso del mismo, como: las medidas de aseguramiento, la libertad provisional o el procesamiento, o bien en la sentencia en donde se decide la relación jurídica de manera definitiva. No olvidemos que en el Proceso Penal Colombiano sólo tienen facultad para solicitar prue-

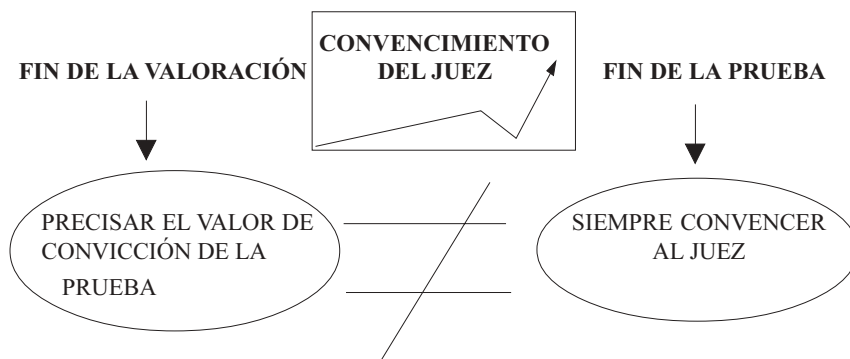
²⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín. 1993.

bas los que tienen la calidad de sujetos procesales; esto es: el procesado, su defensor, el ministerio público y el representante de la parte civil; igualmente el tercero incidental (art. 138 C.P.P.), el tercero civilmente responsable (art. 141 C.P.P.), así como el perjudicado (art.30 C.P.P) . El funcionario instructor o Juez quien no tiene esta calidad – la de sujeto procesal- como director del proceso y sujeto a quien se le ha encargado la obtención de la verdad, le corresponde además decretar pruebas oficiosamente, no olvidemos la tendencia inquisitiva del proceso penal, para llegar así a su completa realización y ordenamiento.

76

	<p>El momento cumbre para la apreciación de las pruebas es la sentencia, pues allí se decidirá qué tan eficaz e importante es para el juzgador una prueba al evaluarla; como bien lo dice Devis: <i>“define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido o no provechosos o perdidos e inútiles...”</i>²⁸</p>
---	--

1.2 FINALIDAD DE LA VALORACIÓN:



²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, op. cit., p. 287 y ss.

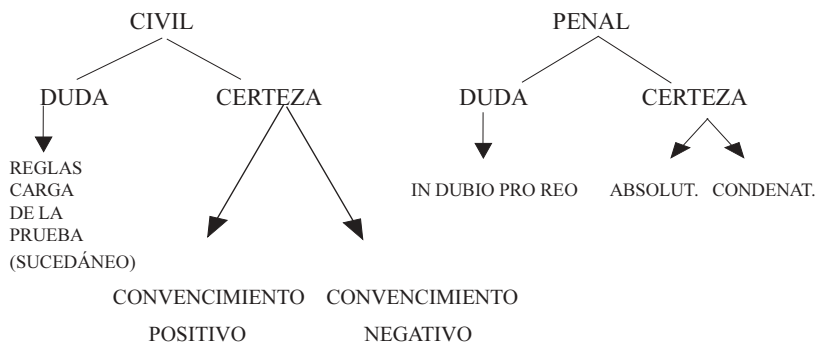
Baste decir que el fin de la *valoración de la prueba*, es llevar al Juez a la convicción, para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso. Fijémonos que tanto el fin de la prueba, como el fin de la valoración probatoria, tienen un común denominador: *el convencimiento o la certeza del juez*; difieren que en la valoración, es necesario precisar el mérito que la prueba puede tener para formar el convencimiento del Juez o su valor de convicción: positivo –si se logra– o negativo –si no se logra–. Recordemos que todos estos conceptos de: certeza, verdad y convencimiento judicial, fueron estudiados en la Unidad 1 de este módulo, en donde concluimos que se busca la verdad real a través de las etapas de la Teoría del Conocimiento, pues la verdad que lleva a la justicia, es una *sola*.

Los grados de persuasión o estados de la mente en el Juez-hombre, entiéndase: *ignorancia, duda, probabilidad, certeza y convicción*, son los mismos tanto para el Juez penal como para el Juez civil: El Juez debe ir superando cada uno de estos estadios o fases para llegar a la verdad. Ahora bien: en lo civil, se busca llegar a la certeza de los hechos fundamento de las pretensiones, contestación, excepciones y demanda de reconvención; si no obstante las pruebas, el Juez tiene dudas, acude al sucedáneo CARGA DE LA PRUEBA para decidir en contra de la parte que debía probar y no lo hizo; en otras palabras: la carga de la prueba jamás sustituye la actividad de valoración del juez.

En lo penal, se impone la obligación de eliminación de toda duda, por la necesidad de llegar a la certeza; si no se logra existe un “salvavidas” que es el principio probatorio del *In dubio pro reo*, que descansa en un fundamento de justicia y en un fundamento político: lo primero, porque no fue posible llevar al Juez al convencimiento racional sobre lo que se pretendía demostrar, es decir, el esfuerzo de la comprobación del hecho objeto de prueba, fue *ineficaz*. Lo segundo, porque es menos grave absolver a un delincuente que condenar a un inocente.

1.3 CONVENCIMIENTO JUDICIAL

“Es la persuasión por obra de una segura visión intelectual y no por impulso ciego del espíritu; equivale a la certeza consentida y segura”. (Nicola Framarino Dei Malatesta).



2. SANA CRÍTICA

78 La frase “**sana crítica**” aparece en la Ley de enjuiciamiento civil española de 1855, pero referida a la apreciación de la prueba de testigos; el artículo 317 preceptuaba: “*los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*”. De allí pasó a la legislación Iberoamericana, en un comienzo limitada también a la declaración de los testigos, para extenderse después a toda la prueba. De hecho los Códigos Modelos Tipos de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal para Iberoamérica, en lo que tienen que ver con la valoración de la prueba expresan: Artículo 130 del Código Procesal Civil para Iberoamérica; **“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 legal que establezca una regla de apreciación diversa; ello sin perjuicio del análisis que el Tribunal deberá realizar de todos los medios de prueba, indicando expresamente cuáles de ellos fundan principalmente su decisión*”. A su turno, el Código Procesal Penal para Iberoamérica en su artículo 149 señala: “*Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos así incorporados se valorarán por su crítica racional*”

En Colombia, el actual Código de Procedimiento Civil, contenido en los decretos 1400 y 2019 de 1970, sustituyó integralmente el Código Judicial o Ley 135 de 1931, incluyendo por supuesto el sistema de valoración probatoria: pasando de la *tarifa legal* a la *sana crítica*

tica. Así tenemos que el artículo 187 del C. de P. C. vigente reza: **“Apreciación de las pruebas.** *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”.

En materia penal, el estatuto procesal vigente –recientemente modificado- conservó el texto de hoy que en su artículo 238 expresa: *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*; sistema de sana crítica introducida por los redactores del proyecto del Código de Procedimiento Penal de 1938, y que denominaron “libre apreciación”.

79

Concluamos diciendo: que en materia de valoración probatoria, el sistema que se impone en nuestra Legislación procesal, como regla general, es la sana crítica; sin desconocer que excepcionalmente hay disposiciones normativas rezagos de tarifa legal; mencionemos a manera de ejemplos: artículos 232, 242, 246 279-2 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de su uso generalizado, ninguna Ley indica ¿qué es sana crítica y cuáles son las reglas que la orientan?; por ello empezamos conceptualizando sobre *qué debe entenderse por sana crítica*:

- Sentís Melendo, expresa: “¿Qué será la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. Se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido”.... “Difícil será obtener una noción concreta de ese conjunto de generalidades y, a veces, de vaguedades”...²⁹

²⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago, *La Prueba*. Editorial Ejea, Buenos Aires, 1990, P. 239 y ss.

- Gustavo Humberto Rodríguez, señala: ... “lo característico de este sistema es que la apreciación se haga, tomando las pruebas individual y colectivamente, en su análisis y en su síntesis; que igualmente se motiven sus fundamentos de manera razonada, todo lo cual implica la aplicación de la lógica y de la experiencia”...³⁰
- A su turno Roland Arazi, sobre el particular nos dice: “partiendo del significado literal, sana crítica es el arte de juzgar de la bondad y verdad de las cosas sin vicio ni error: constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa; en el caso, acerca de la prueba producida en el proceso”.³¹
- Couture agrega: “la sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos y los sicólogos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.³²

Para concluir, digamos simplemente, que *sana crítica*, es el sistema de valoración probatoria que le otorga al Juez la facultad de libre apreciación de la prueba, pero respetando las reglas de la lógica y la experiencia.

Pero, la expresión “apreciar libremente la prueba”, no puede ser arbitraria ni caprichosa por parte del Juez; tiene unos límites que son la lógica y la experiencia, además de la obligación de expresar las razones que han determinado su convicción, en otras palabras la de MOTIVAR que es una de las características relevantes de la sana crítica.

³⁰ Rodríguez Gustavo Humberto, Derecho Probatorio, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997, P. 99 y ss.

³¹ Arazi Roland, La Prueba en el Derecho Civil, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, P. 89 y ss.

³² Couture Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, P. 215 y ss.

¿QUÉ ES MOTIVAR?

Para Cabanellas, motivar es “*fundar, razonar una resolución, plan, fallo o disposición*”.³³

El abogado Carlos A. Cano a su vez señala: ... “*la motivación es el conjunto de razones o explicaciones, que fundamentan las decisiones judiciales. Motivar es justificar racional y humanamente las decisiones. Y esa justificación racional no consiste solo en probar*”.³⁴

Pero quien mejor ilustra el concepto de Motivar es Calamandrei, al decir: “*La motivación llega a ser el espejo revelador de los errores del Juzgador. Cuando el abogado examina una sentencia para descubrir en ella motivos pertinentes de impugnación, el terreno en el cual va a la caza de errores se localiza fundamentalmente en la motivación, en la cual escudriña, porque puede suceder que precisamente en una palabra o hasta en un signo gramatical se esconda una fractura sutil de carácter lógico, suficiente para introducir en el fallo la palanca de la impugnación, y de esta manera hacer saltar todo el edificio*”.³⁵

Agregamos, que la motivación implica un examen crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y de justicia necesarios para fundamentar una decisión. Es dar las razones de hecho y de derecho en que el Juez fundamenta sus fallos. Es contestar a las partes con razonamientos válidos de por qué rechaza sus argumentaciones o pretensiones. Pero además, la motivación constituye un *deber* del Juez: En Colombia, la Constitución de 1886 establecía de manera expresa que toda sentencia debía ser motivada; hoy, si bien es cierto que la carta política no trae una norma similar, este deber lo desarrollan cada uno de los estatutos procesales; quebrantar este deber –no motivar– viola el debido proceso, el principio de contradicción y el Derecho de defensa, porque estos principios sólo se pueden salva-

³³ Cabanellas Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta Argentina, 1998.

³⁴ Cano Jaramillo Carlos Arturo, La redacción del Texto Jurídico, Editorial Linotipia Bolívar y CIA S. en C., Bogotá, 1999, P. 74 y ss.

³⁵ CALAMANDREI, Piero, Proceso y Democracia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, P. 118.

guardar, cuando el Juez analiza los intereses de las partes en un proceso, ya que así podrá hacer consideraciones pertinentes para aceptar o rechazar las pretensiones.

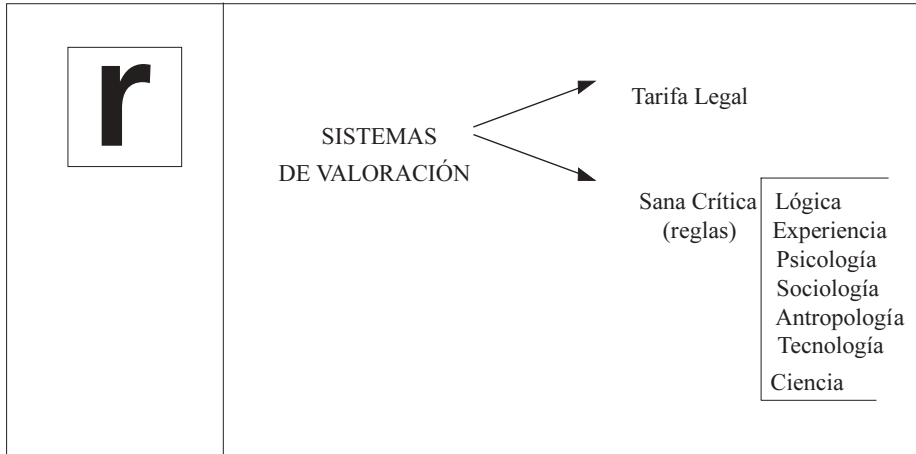
2.1 REGLAS QUE ORIENTAN LA SANA CRÍTICA

82 Ya hemos expresado cómo ninguna ley nos señala qué son y cuáles son las reglas que orientan la sana crítica; como regla general se señalan la lógica y la experiencia; sin embargo, como el mundo de hoy no es el mismo del de la primera mitad del siglo XX, pues la ciencia y la tecnología han progresado; hay una nueva concepción de Estado y de familia; los sistemas políticos, sociales y económicos se han desarrollado; etc., haciendo necesario que los procesos civil, penal y por supuesto probatorio respondan a las necesidades del nuevo mundo. Todos los anteriores criterios han impuesto, que en la actualidad ya no sólo se hable de lógica y de experiencia, sino también de psicología, antropología, ciencia, tecnología, al mencionar las reglas de la sana crítica; así lo previenen los códigos modernos, pues son las que conducen al descubrimiento de la verdad, según los consejos de la recta razón y la lógica del sentido común, siendo más estrictos los principios lógicos tradicionales, pues las máximas de experiencias – al decir de algunos tratadistas– son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar; por ejemplo Martínez Pineda, objeta las máximas de la experiencia en el problema de la valoración de la prueba, al expresar: *“Las máximas de experiencia nada tienen de jurídico y, por lo tanto, carecen de aptitud para la valoración de la prueba, ya que debe entenderse que la experiencia es un conjunto de aciertos y fracasos, empíricamente considerados. La experiencia es el resultado de la observación reiterada de todo cuanto acontece en el mundo que nos rodea”*³⁶

A lo anterior sólo nos resta agregar que las decisiones de los jueces son jurídicas, pero con efectos sociales; por ello la sentencia debe ser lógica, razonable y socialmente comprensible.

³⁶ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, Editorial Porrúa, México, 1995, P. 99.

Las reglas de valoración de las pruebas, ya vistas, recuérdese: percepción, representación y razonamiento, en el sistema de la *sana crítica*, son reglas lógicas y de experiencia del Juez; a diferencia de lo que sucedía en la *tarifa legal*, que eran reglas lógicas y de experiencia acogidas por el Legislador de manera abstracta, con la finalidad de dirigir el criterio del Juez.



2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA SANA CRÍTICA: EN RESUMEN

1. El Juez debe examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica, la experiencia, la psicología, la sociología, etc.
2. El resultado de la apreciación razonada de la prueba, debe ser explicado en el fallo, en su *motivación*.
3. La prueba debe haber sido aportada al proceso y practicada de acuerdo con las formalidades legales.
4. Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los otros y examen en conjunto.
5. Permite el uso de la facultad oficiosa del Juez en la producción de la prueba.
6. Las reglas sobre la carga de la prueba no afectan este sistema de valoración.

Conclusión:

- La sana crítica es el sistema ideal de valoración probatoria, acorde con los sistemas modernos, en donde se ve al Juez como Director del proceso y su figura se “agiganta” por la confianza depositada en su capacidad intelectual y en su interés por la función que se le está encomendando. No basta, para ser Juez tener solamente el título de abogado; se requieren además condiciones especiales: independencia y capacidad del juez para disponer de los medios de prueba conducentes o la realización de los fines específicos del proceso; un conocimiento firme de la naturaleza de la ley y de las personas; un continuo acto de voluntad para no dejarse “arrastrar” por las primeras impresiones ni por ideas preconcebidas; llegar a la certeza de los hechos empleando los principios de la lógica y evitar así aplicar un criterio rigurosamente personal o aislado de la realidad; una vocación académica que le impulse la necesidad de actualización y capacitación permanentes, no sólo en las ciencias jurídicas sino también en ciencias afines y la cultura en general.
- Nuestro Juez del mundo de hoy, responde a la figura de un “humanista integral” y esto sólo es viable con este sistema de valoración, pues en el otro –tarifa legal- se constriñe el papel desempeñado por el juez, convirtiéndolo en un acomodador de las pruebas recaudadas, con el valor probatorio prefijado por la Ley. Bien lo expresa gráficamente Merryman: *“la imagen del Juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica. Su figura es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas”*³⁷.

³⁷ MERRYMAN, Jhon Henry, La tradición Jurídica Romano-canónica, Fondo de cultura económica, México, 1993, P. 7.

2.3 SANA CRÍTICA FRENTE A ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA

Cuando se realizó el taller de planeación, con la asistencia y participación de algunos jueces y magistrados de la ciudad de Bogotá, tratando de concertar cuáles eran los “puntos críticos” en la administración de Justicia, particularmente en materia probatoria, se concluyó que uno de los problemas, entre otros, en la administración judicial radicaba en la falta y/o deficiente valoración de las pruebas incorporadas y practicadas en el proceso; específicamente: TESTIMONIAL, PERICIAL e INDICIARIA. Surgiendo así la necesidad de plantear algunos criterios que debe seguir el Juez al apreciar cualesquiera de dichos instrumentos probatorios; por ello nos sentimos relevados de analizar algunos aspectos que si bien forman parte del “*área de conocimiento*”, en principio constituyen el ABC jurídico de todo Juez, imponiéndonos entonces que profundicemos en aquellos otros que conforman el “*área del saber hacer*”.

85

2.3.1 Prueba Testimonial:

Si bien es cierto que el especial valor probatorio de un documento, dentro del proceso, radica en la seguridad por su carácter permanente, también lo es, en veces, que su contenido nada aporta al juez por ser “plano, frío, rígido”, imponiéndole a este -si quiere saber cómo ocurrieron los hechos- acudir a las pruebas de naturaleza personal, entre ellas: LA TESTIMONIAL. No gratuitamente Jeremías Bentham resumió la importancia de esta prueba en la frase: “*Los testigos son los ojos y oídos de la justicia*”

Procesalmente hablando, la calidad de testigo se adquiere cuando mediante providencia judicial se ordene a esa persona declarar en el proceso; en otras palabras, cuando el funcionario judicial decreta la prueba previo análisis y estudio del cumplimiento de los requisitos generales y particulares, para evitar así dilaciones innecesarias.

• SUMARIO:

A. Analizar la prueba testimonial desde el punto de vista:


A1. De los hechos; **A2.** De los testigos; **A3.** Del interrogador.

B. Criterios para valorar la prueba testimonial

A. Análisis del Testimonio desde el punto de vista:

A.1. *De los hechos*: Es importante tener presente en cada testimonio la naturaleza del objeto de conocimiento (personas, objetos materiales, cualidades, relaciones, fenómenos, etc), para establecer su grado de cognoscibilidad en su relación con el testigo. Todo lo que rodea al ser humano es conocible, lo que varía es la fuente de conocimiento que tenga el testigo, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho y las explicaciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la percepción; pero también conviene tener en cuenta que hay cosas, fenómenos o relaciones que dada su complejidad sólo pueden ser conocidas por personas que tienen adiestramiento especializado: técnicos, artísticos o científicos. Los anteriores son puntos que el Juez debe considerar, para evitar incurrir en errores que lo lleven a proferir decisiones equivocadas, ya que es mayor la entidad evidenciadora del *testigo presencial* a la del *testigo de oídas*; y la del *testigo técnico* cuando su declaración es indispensable dada la complejidad y la naturaleza del asunto objeto del litigio.

86

	<p>Es importante tener en cuenta la naturaleza de los hechos que va a conocer o ha conocido el testigo.</p>
---	--

A.2. *De los testigos*: El testigo es la persona física que conoció los hechos a través de cualquiera de los órganos de sus sentidos.

Los factores o pautas que relacionamos a continuación se recomiendan tener en cuenta, por el papel que juegan en el proceso de conocimiento del juez respecto de los hechos narrados por el deponente; y, que le pueden ayudar a formar una idea que corresponda a la realidad con relación al thema probandum, en determinado proceso:

1. Impresión personal: Sobre la base que nadie puede sustraerse a la impresión personal, conviene saber hasta qué punto se puede confiar en las manifestaciones de un declarante apo-

yándose –ab initio- en la impresión personal que causa y la manera como actúa esa persona en el proceso. Aspectos como: la fisonomía del testigo, la expresión de su cara, el timbre de su voz, su postura, porte, la sonrisa, la actuación franca, los movimientos de sus manos, etc., pueden ser indicadores de la confianza y fe que merecen una persona y su relato. Sin embargo, OJO, se exige mucha prudencia en esta tarea, para evitar que la única guía para valorar los elementos probatorios sea el sentimiento y consecuentemente evitar el autoengaño. Todos esos aspectos hay que transportarlos al plano de la conciencia y controlarlos meditando sobre ellos.

2. La personalidad del testigo: *“Las características biosicológicas particulares de cada individuo y su particular modo de relación con su entorno, constituye lo que se conoce como la personalidad. De ésta resulta entonces una infinita gama de posibilidades, según las diversas perspectivas desde las cuales se le observa”*³⁸

87

Tratándose de un testigo, lo principal es saber si merece fe en un punto determinado, por ello el análisis de su personalidad se hace imprescindible para el Juez; saber si su temperamento es fogoso, si tiene fuertes vinculaciones éticas, astucia en los negocios, si desde niño su fantasía era exuberante, si es retraído, distraído o por el contrario perspicaz y curioso, todo ello aunado a su capacidad de observación y aprehensión, puede llevar a concluir si es un buen o mal testigo.

3. Limitaciones en su capacidad de conocer: Se refiere a las declaraciones hechas por los menores de edad y los ancianos. Para algunos tratadistas se mira como “grandes inductores de errores judiciales”³⁹, aplaudiendo que en el caso de los niños se les clasifique como incapaz o inhábil

³⁸ ARENAS SALAZAR, Jorge, Pruebas Penales, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996, P. 130.

³⁹ ARENAS SALAZAR, Jorge, OP, Cit. P.123.

absoluto, tal cual lo trae nuestra Legislación Procesal Civil en su artículo 215.

Planteamiento que no compartimos, porque en nuestro sistema actual de valoración –sana crítica– se debe dejar que el Juez aprecie libremente estas declaraciones, por supuesto con mayor severidad y siguiendo algunas pautas como: hechos que se investigan, edad del menor, su personalidad, características físicas del sector poblacional en que vive, grado de educación, etc.; y en el caso de los ancianos hacer énfasis en su salud mental. En síntesis compartimos el principio de soberanía judicial para la valoración de la prueba que pregonan Bentham, Gorphe y Devis, entre otros.

88

- 4°. Limitaciones culturales y culturas diferentes: Como el analfabetismo, la pobreza material y cultural, las etnias; que demandan del Juez un mayor esfuerzo y una técnica apropiada al producirse la deposición.
- 5°. Las llamadas condiciones subjetivas. Que influyen en el mayor o menor grado de percepción de los hechos, como: sexo, la cultura, la profesión u oficio, los adiestramientos, etc.

De los testigos

- IMPRESIÓN PERSONAL
- PERSONALIDAD DEL TESTIGO
- LIMITACIONES EN SU CAPACIDAD DE CONOCER
- LIMITACIONES CULTURALES Y CULTURAS DIFERENTES
- CONDICIONES SUBJETIVAS

A3. *Del Interrogador:* El abogado colombiano FELIPE VALLEJO GARCÍA, en la traducción al castellano de algunos pasajes contenidos en el libro *The art of cross examination (El arte de contrainterrogar)* del autor norteamericano Francis L. Wellman, opina con acierto: “*Mucho se ha escrito sobre la declaración de parte y sobre el testimonio de terceros como medios de prueba y entre nosotros el tema ha sido objeto de estudio por eminentes autores*”.

En verdad es relativamente sencillo conocer las reglas de Derecho Procesal (Civil, Penal, Laboral, etc.) contenidas en las disposiciones normativas pertinentes, sin degradar las normas jurídicas que estudian el deber de declarar y de comparecer que tiene el testigo con sus respectivas excepciones, así como las demás formalidades que deben cumplirse previas al interrogatorio, etc. Realmente la verdadera dificultad se plantea en torno al interrogatorio propiamente tal. Mientras abundan libros sobre técnica procesal en materia probatoria, son muy escasos los que se refieren al arte de conducir interrogatorios, aspecto que interesa no solo a la parte contraria que interroga, sino por supuesto al Juez, ya que no presenta problema interrogar a nuestro propio testigo.

Por lo anterior, dentro de las nuevas tendencias que orientan el Derecho Probatorio, sin lugar a equivocarnos tenemos que incluir “EL ARTE DE CONTRAINTERROGAR”, pues el grado de destreza y pericia que sólo se adquiere con una larga experiencia pertenece más al arte que a la técnica procesal; por supuesto que hay buenas y malas técnicas que conllevan al éxito o al fracaso.

Para una mejor comprensión, el presente subtema lo manejaremos así:

89

A.3.1 El Arte de Contrainterrogar⁴⁰. Recomendaciones

- El abogado debe preparar su caso a plenitud y debe entenderlo antes de que comience el juicio.
- Las cuestiones de hecho y de derecho deben estar claramente definidas.
- El abogado debe controlar su actitud hacia la parte y/o testigo, aún en las condiciones más exigentes.
- Cuál es el tipo de abogado que crea una atmósfera en favor del lado que representa y que puede ejercer una poderosa y subconsciente influencia en el juez.

⁴⁰ Tomado del libro *The art cross examination*, de Francis L. Wellman, traducido al castellano por el abogado Felipe Vallejo.

- Se debe evitar hacer preguntas en forma descuidada, sin un propósito definido.
- Las preguntas deben ser preparadas con destreza.
- Nunca se debe arriesgar la pregunta importante hasta no haber sentado sus bases.
- Conviene poner de manifiesto al testigo y/o parte sus propias contradicciones.
- El abogado no debe formular sus preguntas en orden lógico.
- Dos peligros latentes y enormes: interrogar cuando no es realmente necesario y excederse en el contrainterrogatorio.
- Muchos casos se ganan porque el examinador se ha preparado de antemano. No obstante, la improvisación inmediata es lo que se necesita más frecuentemente.

A.3.2 Principales cualidades de un interrogador *

- Ágil
- Activo
- Espíritu crítico
- Meta que persigue
- Auto-observación

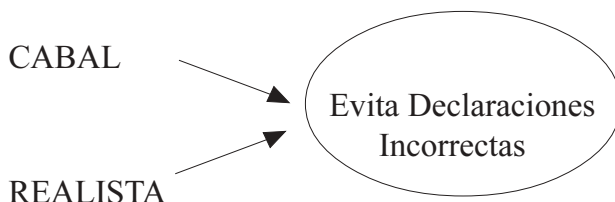
A.3.3 Táctica del interrogatorio *

1) Orden del Interrogatorio.

- La pregunta no debe tener un orden fijo y establecido
- El interrogatorio debe ser zigzagueante.

2) Momento de formular la pregunta.

3) Preparación de la pregunta



A.3.4 ¿Cómo pueden ser las preguntas?*

- Directas
- Situacionales
- Alternativas
- Asertivas
- Neutrales

B. Parámetros para valorar la prueba testimonial.

En sentencia del 7 de septiembre de 1993, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr. Carlos Esteban Jaramillo Scholss, se precisaron los criterios que debe considerar el Juez para valorar los testimonios ⁴¹:

B.1. Persuasión Racional: En primer lugar, los testimonios deben analizarse de acuerdo con el sistema de la persuasión racional previstos en los artículos 187 del C de P. C. y 238 del C. de P. P., es decir, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de tal manera que su valor demostrativo no depende del libre arbitrio del Juez, porque no existe soberanía absoluta en la apreciación de las pruebas.

B.2. Calidades en el testigo: Se deben analizar los siguientes aspectos:

- Objeto de conocimiento y momento de conocimiento de los testigos.
- Probidad del testigo: sus condiciones al momento de declarar (impresión personal, personalidad, capacidad de conservación del recuerdo), honestidad, cualidades subjetivas, etc.


B.3. Versión del testigo: Se analizarán:

⁴¹ Ver anexo.

* Cuadros que tienen su fundamento en el documento extractado del libro *La Prueba, su práctica y apreciación*, de Erich Dohring, Ed. Biblos. Barcelona, Madrid 1978.

- Ciencia del dicho: circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y la percepción de los mismos.
- Que el testimonio sea: Responsivo, exacto y completo. Responsivo: cuando cada respuesta es espontánea y expone la razón de la ciencia del dicho del testigo. Exacto: cuando las respuestas son cabales y no dan lugar a incertidumbres. Completo: cuando no se omiten circunstancias importantes para la apreciación de la prueba.
- Que la versión sea constante y coherente, para que tenga credibilidad. Constante: que mantenga apreciaciones congruentes en las circunstancias principales. Coherente: que el dicho del testigo siga el curso verosímil de los acontecimientos.
- Concordancia de la versión: el testigo debe demostrar sólida coherencia consigo mismo y su declaración además, debe armonizar con los resultados que arrojan los otros medios de prueba.

B.4. Formalidad y técnica del interrogatorio empleadas:
 Simplemente nos remitimos a lo analizado en el acápite inmediatamente precedente.

	<p>Al valorar los testimonios el juez debe hacerlo en conjunto con las demás pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica verificando si son responsivos, exactos y completos y teniendo en cuenta adicionalmente la probidad de las personas, la ciencia del testigo, su credibilidad y concordancia con otras pruebas del proceso.</p>
---	--

2.3.2 Prueba pericial:

Estamos conformes que la aplicación del derecho es una función procesal del Juez; en consecuencia se presume que debe tener conocimiento del orden jurídico o, por lo menos, procurarse su conocimiento. Lo anterior con base en el principio IURA NOVIT CURIA. Sin embargo, no se puede pretender, pues sería absurdo, una “*sabiduría jurídica universal por parte del Juez, ello sería contrario a la*

verdad y a la posibilidad normal”, así lo afirma el tratadista Eugenio Florián⁴²; por ello hay algunas normas que tienen la necesidad de probarse, como: las leyes de alcance no nacional, las leyes extranjeras, la costumbre nacional y extranjera tanto civil como mercantil.

No obstante lo anterior, el Juez no puede abstenerse de fallar o negarse a fallar cuando se le presentan situaciones que escapan a la esfera de sus conocimientos, vale decir: técnicas, artísticas o científicas. En estos casos, las normas probatorias –artículos 233 del C. de P. C. y 249 del C. de P. P.– permiten que el juez busque auxilio en los expertos, quienes aportarán al proceso un medio de prueba que se conoce como pericial. Entonces, cuando en un proceso se presentan necesidades de esta índole, los peritos son los llamados a asistir, a auxiliar al juez en su actividad jurisdiccional; el artículo 8° de nuestra Legislación Procesal Civil referidos a los auxiliares de la justicia, reza: **“Naturaleza de los cargos.** *Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Para cada oficio se exigirá versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso título profesional legalmente expedido*”...

93

Y, los peritos son auxiliares de la justicia. No obstante, el texto citado, es –permítasenos la expresión– “romántico”, porque en la práctica dichas exigencias no se cumplen, convirtiendo tanto al medio –Dictamen Pericial–, como al órgano de la misma –Perito–, en una sobrecarga para la administración de justicia, pues, como regla general, los peritos son personas sin ninguna clase de capacitación o con capacitación deficiente, de dudosa moralidad y cuestionable imparcialidad: “... estas personas han convertido la práctica de la prueba pericial en mercado persa donde se venden y se compran los contenidos y las conclusiones de las peritaciones al mejor postor...”⁴³.

⁴² FLORIÁN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1995.

⁴³ ARENAS SALAZAR, Jorge, Pruebas Penales, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996, p. 164.

- **SUMARIO.**

- A. Análisis de la Prueba Pericial desde el punto de vista de:**

- A1. Los Hechos; A2. El Perito; A3. El Dictamen*

- B. Diferencias entre la Prueba Pericial y el Testigo Técnico**

- C. Diferencias entre Prueba Pericial e Informes Técnicos**

- D. Diferencias entre Dictamen Pericial no oficial y Dictamen Pericial Oficial**

- E. Parámetros para la valoración de la Prueba Pericial.**

94

- A. Análisis de la Prueba Pericial desde el punto de vista:**

- A1. De los Hechos:* Los artículos 233 y 249 de Nuestra Legislación Procesal Civil y Penal, respectivamente, consagran la necesidad de la prueba pericial, cuando los hechos que se ventilan en el proceso tienen caracteres técnicos, artísticos o científicos. Así por ejemplo: cuando se haya de practicar avalúos, en la traducción de documentos, cotejo de letras, espectrografía, investigaciones por delitos de homicidio, lesiones personales, aborto, etc., habrá de decretarse este instrumento probatorio, así el funcionario tenga conocimientos especializados al respecto, pues “ es evidente, sin necesidad de que la Ley lo declare, que el magistrado no puede ser a la vez perito. Si el magistrado como a veces ocurre (ej. Doctor en medicina) tiene también competencia técnica, no por ello puede hacer de perito en el procedimiento en que despliega su actividad judicial. ⁴⁴

Pero, ¿qué puede constituir objeto de dictamen pericial?

Personas (estado psíquico del individuo, determinar intoxicación crónica causada por alcohol o por sustancias estupefacientes, por

⁴⁴ MANZINI VICENZO, Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

ejemplo), documentos o cosas. Lo importante es identificar el objeto sobre el cual recaerá la peritación, porque ello determina la clase de peritaje que debe emitirse y el profesional que se requiere. Además al perito se le debe suministrar el material necesario para rendir su dictamen, y no sólo, claro está, el objeto sobre el cual debe actuar sino también los elementos de comparación o de investigación que se consideren útiles.

A2. De los Peritos: Sin lugar a equivocarnos, en sentido estricto, el órgano de la ejecución en la prueba pericial es el perito. No obstante su protagonismo en esta prueba, es solamente un instrumento auxiliar del juez; porque a este, así considere tener esos conocimientos especializados, se le impone apoyarse en el experto. Otra interpretación equivaldría a que el Juez le bastaría obtener la información que le falta por sus propios medios y ya explicamos cómo esa doble condición (juez y perito) en un mismo proceso no es viable, por lo menos en nuestra Legislación Procesal, porque entre nosotros la naturaleza del peritaje es la de ser MEDIO DE PRUEBA.

95

El artículo 8° del Decreto 2282 de 1989, además de expresar que el cargo de perito es un oficio público, impone: a) que la persona del perito debe ser **idónea**; y, b) la solvencia moral del mismo. Podríamos decir que si aplicáramos el artículo 83 de nuestra Carta Política “*presunción de buena fe*”, bastaría la afirmación del perito sobre su idoneidad, para que el juez y las partes le creyesen. Pero, la realidad nos ha demostrado cómo esta inercia de los sujetos procesales, ha convertido este medio de prueba tan importante, en la “*cenicienta de las pruebas*”, en una disculpa para dilatar innecesariamente los procesos, enredándonos en aclaraciones, complementaciones y trámites de objeción por error grave, del dictamen. La norma en cuestión de manera imperativa dispone: “...*para cada oficio se exigirá versación y experiencia en la respectiva materia...*”, es decir, no basta ni la buena fe, ni la simple afirmación de idoneidad, sino que en beneficio para la administración de justicia, el Juez –en cumplimiento de un deber funcional-, y las partes –en ejercicio de un derecho-, compro-

barán real y efectivamente que el *perito* es idóneo, está capacitado, tiene los conocimientos; trátase de peritos oficiales y no oficiales.

Además, el perito debe poseer solvencia moral; el tantas veces mencionado artículo 8º así lo demanda, al decir: ... “*conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad*” ...

r

Entonces, no basta la simple afirmación del perito sobre idoneidad y moralidad; sino que dichas condiciones deben estar acreditadas en el proceso, pues ningún esfuerzo resulta suficiente para evitar estos fraudes en el peritaje.

96

A.3. *Del Dictamen:* Según el diccionario de la lengua española la palabra Dictamen proviene del vocablo latino dictamen, que quiere decir “opinión o juicio que se toma o emite sobre una cosa”. En el campo procesal probatorio, esa opinión la emite un “experto” del latín “*expertus*”, que significa experimentado, hábil, práctico, un perito: “persona que tiene especial conocimiento de una materia”⁴⁵; por eso a la prueba pericial se le conoce también con el nombre de EXPERTICIA.

¿Cómo ese experto llamado “perito” da su opinión?

Digamos en primer lugar, que la formación del convencimiento en los peritos es un acto interno, para el cual debe tener completa libertad, pues la ley no puede penetrar ni en la mente ni en la conciencia del perito, ni dictar normas para su convencimiento; que es distinto de la “exteriorización” de las descripciones de su proceso de conocimiento y de sus conclusiones. En efecto, debe hacer referencia: a la clase de dictamen que se realizó; el cuestionario que debió absolver; el objeto sobre el cual realizó el proceso de conocimiento; metodología empleada; medios utilizados; fundamentos técnico-artístico-científico de sus conclusiones. Pero, cuando la peritación es colegiada, la formación del convencimiento sí requiere de elementos externos, pues como son varios los sujetos que emiten el dictamen pericial y que colaboran en su formación, se requiere claridad en los puntos en que

⁴⁵ Real Academia Española, diccionario de la Lengua; XXI edición, Tomo I, Espasa Calpe S.A. Madrid España.

estén de acuerdo o desacuerdo. Por ello, normativamente se exige que si la peritación es colegiada, examinen conjuntamente el objeto del dictamen y realicen personalmente los experimentos e investigaciones que fueren necesarios, así como que expongan su concepto sobre los puntos materia del dictamen, porque si hay acuerdo entre los peritos no se presenta ninguna dificultad, pues se redacta un solo dictamen; en tanto que si existe desacuerdo cada uno de ellos podrá y deberá dejar constancia de su propio dictamen, sin que ello implique, que se derive, necesariamente obstáculo para la peritación.

Características del Dictamen Pericial:

- El dictamen debe ser claro, preciso, detallado: No puede ser en abstracto, ni general, ni ambiguo, ni impreciso; además que debe referirse a cada uno de los puntos que se le piden absolver circunstanciadamente, de manera pormenorizada.
- El dictamen debe contener los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados: se describirán los hallazgos o comprobaciones hechas, para que fácilmente se puedan cotejar con el cuestionario propuesto a los peritos; estos deberán manifestar si tuvieron limitaciones generales o de orden particular en el estudio realizado.
- El dictamen debe contemplar los fundamentos técnicos, artísticos o científicos de las conclusiones: La conclusión es una fase en que se compone el dictamen y por tanto, debe ser ajustada a las preguntas del cuestionario, sin perjuicio de las aclaraciones y adiciones que el perito considere pertinentes, así como también debe guardar congruencia con los fundamentos. El perito debe explicar el valor absoluto o relativo de su conclusión.

97

Si un dictamen pericial, no reúne las anteriores condiciones, el Juez *deberá negarle todo valor probatorio*; un experticio sin fundamento no es más que una mera conclusión personal del perito, jamás un medio de prueba.

r

El dictamen pericial debe ser: claro, preciso, detallado y debidamente fundamentado.

La fuerza vinculante del Dictamen:

El juez no está atado a la concepción de los peritos sobre el asunto materia de la experticia, ni tampoco a las conclusiones por ellos planteadas; analicemos entonces los siguientes aspectos:

- a) El funcionario judicial, antes de decretar la prueba, debe estar convencido de su pertinencia, de que es imprescindible para el esclarecimiento de los hechos, porque el desgaste que conlleva el despliegue de la actividad probatoria respecto de este instrumento de convicción, así lo amerita; entiéndase: decreto, nombramiento de los peritos, diligencia de posesión, práctica de prueba por los peritos, contradicción del dictamen, etc. Sería entonces un contrasentido que decretara la práctica de la prueba, para luego sin un exhaustivo examen crítico despreciara sus resultados o los rechazara simple y llanamente; lo anterior además de ser absurdo, resultaría perjudicial para los fines de la verdad objetiva que impulsan el proceso;
- b) No obstante lo anterior, esta prueba no tiene un VALOR ABSOLUTO; pues si así fuera el juez estaría desplazado por el perito, que como ya lo hemos mencionado no es más que un auxiliar de la administración de justicia. El juez solo debe aceptar el experticio cuando las conclusiones a que llegan los peritos sobre el asunto materia de la experticia, lo convencen plenamente; y para ello debe desplegar aquí su condición de director del proceso: no ser pasivo ni negligente, preguntar, asesorarse de expertos para que entienda el dictamen y, no hacer lo que infortunadamente hoy está ocurriendo: se recibe el experticio, el juez ni siquiera lo lee y cumple mecánicamente con la contradicción del mismo, para que sean las partes las que suplan tal deficiencia, olvidando que son ellos los que valorarán la prueba;
- c) En nuestra legislación procesal, la peritación es un medio de prueba cualquiera; en consecuencia no es de valor superior a otras, pues *per se* ella no tiene esa virtud. Y, esto lo podemos analizar desde dos aristas como bien lo expresa el tratadista Jorge Arenas Salazar: ...” *En muchas ocasiones un juez*

o un fiscal considera que determinado hecho no está probado en el proceso porque no obra la prueba pericial. O al contrario, porque obra una prueba pericial considera que ya está probado el asunto y que hasta puede cerrar el debate probatorio por suficiente ilustración” ...

Existe un peligro latente en que la libre apreciación de este prueba se convierta en una ficción y sea el perito el que resuelva la decisión del proceso: antes de requerir el dictamen el juez no posee ningún conocimiento sobre la materia, y después de producido se le confía tanto el contenido del mismo, como que lo califique –llegado el caso- de erróneo.

99

B. Diferencias entre el Dictamen Pericial y Testigo

Dictamen Pericial	Testigo
<ul style="list-style-type: none"> • El perito transmite al juez conocimientos especiales sobre la materia que él no puede tener. 	<ul style="list-style-type: none"> • El testigo informa sobre percepciones recibidas en el pasado, sobre hechos.
<ul style="list-style-type: none"> • El perito es intercambiable; es toda persona, que por sus conocimientos especiales es requerido por el juez. 	<ul style="list-style-type: none"> • El testigo es irremplazable; antes de que el juez ordene su declaración, está determinado quién puede ser testigo.
<ul style="list-style-type: none"> • La vinculación del perito al proceso se basa en la elección del juez, sin perjuicio de que las partes de consuno puedan elegirlo. 	<ul style="list-style-type: none"> • El testigo si bien adquiere tal calidad cuando el juez decreta la prueba, son las partes quienes lo postulan.
<ul style="list-style-type: none"> • El perito emite juicios de valor. 	<ul style="list-style-type: none"> • El testigo declara.
<ul style="list-style-type: none"> • En el peritazgo existe encargo y remuneración. 	<ul style="list-style-type: none"> • En el testimonio por regla general, no.

Si se tratase de un testigo técnico, las diferencias son las mismas, sólo agregaríamos que él mismo además tiene conocimientos especializados técnicos, artísticos o científicos, que sería el punto de semejanza con los peritos.

C. Diferencias entre Prueba Pericial e Informes técnicos:

Dictamen pericial	Informes técnicos de Entidades oficiales
<ul style="list-style-type: none"> • La peritación la rinde una persona natural, trátese de peritos oficiales o no oficiales. 	<ul style="list-style-type: none"> • El informe técnico lo rinde un ente en abstracto, una institución: entidades oficiales.
<ul style="list-style-type: none"> • Los hechos sobre los cuales rinde su experticio el perito, son concretos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los hechos de los I.T. pueden ser concretos o abstractos, como resultado de un archivo, registro o kárdex electromagnético que se transmite al destinatario de la prueba.
<ul style="list-style-type: none"> • Los peritos pueden ser recusados o declararse impedidos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las entidades oficiales, no.
<ul style="list-style-type: none"> • La contradicción se surte con la aclaración, complementación y objeción por error grave. 	<ul style="list-style-type: none"> • La contradicción se surte solo con la aclaración y complementación.

100

Es importante en la praxis tener presente las diferencias anotadas entre el dictamen pericial y el informe técnico de entidades oficiales, para evitar dilaciones y desgaste en la administración de justicia; debemos aceptar -de una vez por todas- que los informes técnicos son pruebas autónomas emitidas por una entidad oficial, de oficio o a petición de parte, sobre avalúos y otros hechos de interés en el proceso, tal como lo señalan los artículos 243 del C. de P. C. y 263/264/265 del actual C. de P. P.

D. Diferencias entre Dictamen Pericial no Oficial y Oficial

Dictamen Pericial no Oficial	Dictamen Pericial Oficial
<ul style="list-style-type: none"> • La vinculación al proceso se basa en la elección que hace el juez, sin perjuicio de que las partes de consuno puedan elegirlo. 	<ul style="list-style-type: none"> • La vinculación al proceso se basa en la elección del director de la respectiva entidad.
<ul style="list-style-type: none"> • Debe surtir una diligencia de posesión de peritos. 	<ul style="list-style-type: none"> • No hay diligencia de posesión.
<ul style="list-style-type: none"> • Además de los gastos de pericia se deben cancelar honorarios al perito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sólo se deben cancelar los gastos de pericia en la medida en que el director de la entidad lo solicite al juez.

101

E. Parámetros para la valoración de la Prueba Pericial

Si bien es cierto nuestras legislaciones: Procesal Civil –artículo 241– y Procesal Penal -artículo 257- fijan al funcionario judicial los criterios que deben tener en cuenta en la valoración del dictamen, conviene que precisemos:

E.1. Persuasión Racional: La valoración de la pericia, corresponde en nuestra Legislación Procedimental Civil y Penal al sistema de la sana crítica, así lo ordenan los artículos 187 y 238, respectivamente; de tal manera que apreciará el juez el dictamen con libertad, sometiéndose a las reglas que orientan la sana crítica y exponiendo razonadamente el porqué de sus conclusiones, pues está siempre plenamente libre frente a las conclusiones de los peritos; deberá verificar si la peritación llena todas las formalidades de rigor, tanto en el procedimiento seguido, como en la redacción del dictamen. Investigación de carácter procesal que no depende del contenido de la peritación.

E.2. Calidades en el Perito: Se deben analizar los siguientes aspectos:

- i- Lo que constituye objeto del dictamen pericial: pues aquí no se trata de un proceso simple de conocimiento, sino de


conocimientos especializados sobre objetos que no son fácilmente cognoscibles y que pueden requerir por tanto, de elementos que los auxilien: exigentes condiciones locativas, disponibilidad de recursos y soportes tecnológicos, posibilidad de ensayos y/o experimentación, etc.

- ii- Probidad del perito: su idoneidad y moralidad; que realmente posea los conocimientos en la ciencia o arte a que pertenece la materia, que no tenga interés en el proceso y que su reputación como hombre probo sea reconocida.

E.3.El dictamen propiamente tal: Se analizarán:

- i- El juez debe examinar el contenido de la peritación, para verificar y comprobar su coordinación lógica y científica, y para ver si los motivos y razones son suficientes; pues si las respuestas son insuficientes, y/o falta la motivación, esto podría llevar a pedir complementación o aclaración, o simplemente rechazarlo.
- ii- La fundamentación técnico-científica, es decir, tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos en que los peritos apoyan sus conclusiones.
- iii- Se debe examinar en qué se ha apoyado el perito para sus indagaciones y averiguaciones, pues estas deben aparecer hechas con esmero y la debida crítica.
- iv- El dictamen debe apreciarse en conjunto con las otras pruebas que conforman el acervo probatorio, pues necesario sería verificar si la pericia no resulta contradicha por alguno o algunos medios probatorios recibidos en el proceso; si hay tal contradicción el juez debe decidir cuál prueba desconoce.

102

	<p>No hay inconveniente alguno en que un dictamen de peritos expertos y reputados, razonable y suficientemente fundamentado a juicio del sentenciador, y apreciado en conjunto con otros elementos, pueda constituir plena prueba de los hechos que pretenden demostrarse dentro del proceso; así mismo, si ese poder de convicción del dictamen puede desvirtuarse con otras pruebas que obren en el expediente, el juez deberá decidir cuál prueba desconoce teniendo el deber de presentar los motivos en que se apoyan sus conclusiones.</p>
---	---

- v- Si se trata de peritación en el campo penal, además de los anteriores criterios, el funcionario debe tener en cuenta el sistema de cadena de custodia registrado, pretendiendo que las cosas físicas que hayan de servir como elementos de los medios de prueba, no puedan ser alterados ni manipulados.

2.3.3 Prueba Indiciaria:

Cuando se realizó el Taller de planeación, con los jueces y magistrados de la ciudad de Bogotá, se enfatizó como una de las pruebas de más difícil manejo en cuanto a valoración probatoria se refiere, es la INDICIARIA; por ello en el presente subtema de este módulo de autoaprendizaje, vamos a precisar aspectos relacionados no sólo con el área de conocimiento, sino también con el área del saber hacer. En el mundo de hoy -en que se habla de avances científicos y tecnológicos- el indicio recobra más actualidad e importancia que nunca, en la medida en que no sólo la actividad delictiva se ha “sofisticado”, sino también el refinamiento en cuanto a simulación de negocios civiles.

103

- **SUMARIO:**
 - A.** El indicio es un medio de prueba.
 - B.** Diferencia del indicio con otras entidades: B.1. Indicios y Presunciones; B.2. Indicio y sospecha; B.3. Indicio y conjetura.
 - C.** La prueba indiciaria y la Casación.
 - D.** Parámetros para la valoración de la prueba indiciaria: D.1. Prueba del hecho indicador; D.2. La inferencia; D.3. Gravedad, concordancia y convergencia en el indicio.

A. El Indicio es un medio de prueba:

Tal vez porque el antecedente que se tiene, es que entre los romanos el indicio no se consideraba como un medio de prueba autónomo, no obstante ser un factor de formación de convicción de uso frecuente en la administración de justicia penal en Roma, hoy día en la doctrina existen

dos marcadas corrientes: a) Una, que niegan al indicio la condición de medio de prueba, pues sólo la admiten como objeto de prueba; en otras palabras confunden el indicio (medio), con el hecho indicador o indicante (uno de los elementos del indicio), es decir, confunden “el todo con la parte”; b) Otra, es la tesis que compartimos, acepta el indicio como medio de prueba autónomo e independiente en condiciones similares a cualquier otro medio. Si pretendiéramos determinar la naturaleza jurídica del indicio, tenemos que afirmar que es una prueba lógica, intelectual o razonadora, crítica, y por lo mismo se le califica como indirecta.

104

Ahora bien: ¿el indicio es un hecho?; o, ¿es una inferencia lógica? Es posible que al no tener claro su concepto, de ello se derive tal equivocación; y en esto también hay posiciones doctrinales diferentes, si bien es cierto que jurisprudencialmente ya existe unidad de criterio: El indicio es un hecho del cual se infiere otro hecho. Proviene del latín INDEX INDICIS que significa señalar, indicar. Formado por las partículas IN = hacia y DIC = mostrar, como lo hace el dedo índice de la mano. Pero también cuando se habla de signo, señal, rastro, huella, vestigio, se entiende que se refiere a los indicios.

Un análisis detenido de tal definición, nos permite precisar:

- El indicio (entiéndase medio de prueba), parte de un hecho conocido, –es el hecho indicador o indicante– que además debe estar plenamente probado porque es el supuesto imprescindible de toda demostración indiciaria.

¿como se demuestra? –hecho indicador– A través de cualquier medio de prueba, pensamos que incluido el indicio. Fijémonos bien entonces, que el objeto de prueba es el hecho indicador o indicante, no el indicio.

- Una Inferencia hecha por el Juez, que no es más que una operación mental, un razonamiento lógico basado en la

cantidad y modalidad de operaciones racionales que se deben hacer en cada caso. Inferencia que puede ser deductiva, inductiva o analógica. Inferencia es sacar consecuencias o conducir a un resultado; lógica significa de acuerdo con las reglas del conocimiento científico, de la naturaleza y de la experiencia.

- Un hecho desconocido o indicado, que es lo que se pretende probar dentro del proceso.

Quede claro que el indicio es igualmente importante tanto en el campo Penal, como en Civil; aún más hay similitud entre las normas del Código de Procedimiento Penal y del Código de Procedimiento Civil que regulan el tema indiciario. En materia Civil, el tema que se trabaja con mayor asiduidad es el de la simulación; amén de que hay casos en los cuales las conductas procesales de las partes, por expresa disposición legal, el Juez podrá deducir indicios. Así lo señala el artículo 249 del C.P.C. el cual debe estudiarse concordantemente con las disposiciones de los artículos: 95 (falta de contestación de la demanda); 202 (Interrogatorio y careo de las partes por decreto oficioso); 210 (Confesión ficta o presunta); 242 (Deber de colaboración de las partes); 246-2,5 (Práctica de la Inspección); 285 (Oposición y renuencia a la Exhibición), solo por mencionar algunas.

Tanto en una y otra materias se presentan los problemas del facilismo y subjetivismo en la valoración de este instrumento probatorio, situación que analizaremos más adelante. Se podría pensar que: ...“enseñar sobre indicios es como enseñar a pensar lógicamente, como enseñar encadenamientos lógicos, cuando la lógica, el conocimiento y en general el dominio de lo epistemológico, de los instrumentos que nos permiten comunicarnos entre nosotros y la aprehensión de la realidad, son cosas difíciles de enseñar. Invitar a pensar sobre indicios es como aprender a bailar o a caminar leyendo un catálogo”... ⁴⁷

⁴⁷ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, Algunas reflexiones sobre la prueba por indicios, Prueba judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2000.

r

En nuestra legislación procesal, el indicio es un medio de prueba en similares condiciones de todas las demás; es la prueba indirecta crítica por excelencia.

B. Diferencias entre el indicio con otras entidades que le son afines:

Desde el punto de vista de la doctrina, algunos autores suelen confundir el indicio con otras entidades probatorias que le son afines, y pensamos que ello es lo que lleva a error al juzgador, al momento de hacer la valoración de los mismos; conviene entonces tener claro dichos conceptos:

B.1. Indicios y Presunciones: Es infortunada la insistencia de parte de la doctrina, tanto foránea como nacional, de hablar de los indicios y las presunciones como si fueran términos sinónimos, pues no lo son. En efecto: reiteradamente hemos expresado que los indicios son medios de prueba, en tanto que las presunciones son eximentes de prueba; en otras palabras, las presunciones son dispensas, son sucedáneos de prueba, porque relevan de la carga de la prueba a quien la alega en su favor. Presumir es suponer una cosa por cierta, viene del vocablo PREASUMERE que quiere decir tomar antes, anticipar, presentir o resolver de antemano.

Pensamos que la confusión deviene de la ya antiquísima clasificación de las presunciones en: LEGALES o JURIDICAS, en donde los antecedentes o circunstancias están previstas por el legislador; a manera de ejemplo: artículos 92, 762, del Código Civil. A su vez las legales se clasifican en *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según que admitan o no prueba en contrario, respectivamente. Pero también se habla de presunciones de HECHO, SIMPLES, JUDICIALES o DE HOMBRE, en donde el enlace lo establece el Juez y entonces razonan autores como CARLOS LESSONA, JAIME GUASP, PLANIOL Y RIPERT, “son indicios”. Esta situación, por lo menos en nuestra legislación, está superada, pues la Jurisprudencia ha reiterado que una cosa es hablar de indicios y otra de presunciones, y al referirse a estas últimas –las que tienen el carácter de legales–, la diferencia radica en

que pueden ser indestructibles en la medida en que producen certeza, ya que no admiten prueba en contrario, ejemplo: artículo 1861 del Código Civil; o refutables porque producen probabilidad, en la medida que admiten prueba en contrario, ejemplo: artículo 97 del Código Civil. Nos quedaría solo la inquietud con respecto de las presunciones de hombre o judiciales; tenemos que afirmar que ellas también son diferentes de los indicios, pues si bien es cierto que el común denominador en las dos, es que, la inferencia la hace el juzgador, en el indicio esa conclusión es solo un punto de partida pues está referida al hecho indicador, es la premisa mayor del razonamiento; en tanto que en la presunción hominis esa conclusión de las reglas de la experiencia es un plus, es posterior, opera en el momento de la valoración, conservan siempre su carácter de datos generales probables.

107

Conclusión:

- Indicio no es igual a presunción, pero tampoco menos ni más que la presunción, es simplemente diferente.

B.2. Indicio y Sospecha:

Es lógico pensar que si toda investigación conlleva un conjunto de fases sucesivas, debe tener un punto de partida y ella es la sospecha, etimológicamente la palabra sospecha significa “mirar de abajo hacia arriba”, o lo que es igual “mirar con recelo”.

Sentís Melendo, sobre el particular expresa: “Sospecha es un concepto eminentemente subjetivo. Se sospecha por una razón de sentimiento íntimo”.⁴⁸ La sospecha no es más que averiguación, suposición, intuición; no tiene consistencia, cuerpo, estructura, ni tampoco una función clara; comúnmente se le llama “pálpito” o, “una corazonada”. No es un medio de prueba; mientras que el indicio tiene como punto de partida un hecho real, cierto, que debe estar plena-

⁴⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p.92.

mente probado dentro del proceso. Bien lo expresa Arena Salazar. “Podemos concluir que se está de acuerdo con aquellos autores que afirman que en definitiva la sospecha es el pecado de los hombres de bien”.

B.3. Indicio y Conjetura: Etimológicamente la palabra conjetura, quiere decir “unir ideas”, lo que se conoce ordinariamente como “atar cabos”; es simplemente una suma de sospechas, en consecuencia también es subjetiva; pero no es un medio de prueba.

De lo expuesto en los subpuntos B.2 y B.3, se colige: que el indicio es una estructura compleja formada por un hecho indicador –plenamente probado– del cual el Juez infiere un hecho indicado que es el que se va a demostrar; el juzgador estudia, verifica, si puede “montar” con las sospechas y las conjeturas el hecho indicador, y si ello es así, encontrándose él plenamente probado, surge el indicio. La conjetura, y mucho menos la sospecha, reúnen estos requisitos, pues en ellas no existe ningún respeto por los principios que regulan la actividad probatoria; si habláramos de hecho indicador en la sospecha y en la conjetura carecería de toda demostración, pues se fundan en apariencias.

108



El indicio no es ni sospecha, ni conjetura, ni palpito, ni corazonada, ni sexto sentido, ni suposición, ni malicia indígena; es un hecho real, cierto. En una palabra, es OBJETIVIDAD.

C. La prueba indiciaria y la casación.

La Corte Suprema de Justicia, ha aceptado en reiteradas jurisprudencias que el debate en casación de la prueba indiciaria, se hace a través de la impugnación por error de hecho y por error de derecho. En sentencia de febrero 13 de 1995, con ponencia del doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, la Corte Suprema de Justicia, expresó. “Es verdad sabida que son dos los aspectos más salientes dentro

de la construcción del indicio. El primero, constituido por el hecho indicador, que no ingresa al proceso independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba. Lo cual comporta que en tratándose de esta primera fase puede ciertamente presentarse error de derecho, por falso juicio de legalidad. Esto es porque hay un vicio en la adición o en la incorporación de la prueba, clásicos e indestructibles ejemplos, la tortura, etc. Y en los demás casos se atacaría por error de hecho, es decir, cuando se trata es de inferencia lógica en el paso del hecho conocido, finalmente probado al hecho desconocido”...

Gráficamente, tenemos:

Error de hecho	Error de hecho
<ul style="list-style-type: none"> • Se impugna la fuente del indicio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se ataca el proceso de inferencia lógica.
<ul style="list-style-type: none"> • Por falso juicio de legalidad, se viola la ley porque la incorporación de la prueba al proceso se realizó sin los requisitos legales. 	<ul style="list-style-type: none"> • Por falso juicio de existencia (olvido o suposición) o de identidad (distorsionamiento de la prueba).

En lo que tiene que ver con el falso juicio de convicción (que surge cuando hay una discrepancia sobre la valoración conforme a las reglas de la sana crítica) esa discrepancia no constituye, por regla general, un ataque que debe hacerse por error de hecho o de derecho.

... “Trátese ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le puede admitir cuando se vulneran las reglas de la sana crítica o persuasión racional (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar en la práctica, la censura, bajo la consideración de la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impug-

nación se atiende si se logra evidenciar un error de hecho, por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estimada, no ha sufrido estos menoscabos, esto es, que ni se ha supuesto, ni se ha ignorado, ni se ha tergiversado. Porque lo que objeta es la inferencia lógica, la indebida aplicación, u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real y legal que aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiere dársele pretextando fiel apego y respeto a esa sana crítica”...⁴⁹

110

D. Parámetros para la valoración de la prueba indiciaria.

Si entender el indicio como un medio de prueba autónomo, es ya un problema, este se aquilata cuando se trata de su valoración; el pretender deducir indicios con el *facilismo* y el *subjetivismo*, sin someterlos a criterios de valoración, genera peligros y puede llevar al juzgador a errores judiciales lamentables. Umberto Eco trae el siguiente ejemplo, que gráficamente ilustra lo acabado de mencionar. “...es el caso del médico que encuentra que todos sus pacientes que consumen o whisky con soda, o cognac con soda, o ginebra con soda, y mueren de cirrosis hepática, y concluye fácilmente que la causa de la muerte de la cirrosis hepática es el consumo de la soda. Es el elemento fácil, estaba en las tres y es obvio que se equivoca porque el elemento que genera la cirrosis es la presencia del alcohol, componente activo de los tres acompañantes que se mencionan”...⁵⁰ La exagerada influencia del subjetivismo se observa cuando el juzgador decide no con base en el indicio, sino en la sospecha o conjetura; en materia penal una de las pistas que guía el hecho indicador es el “buscar el motivo”, pero sólo el que no sabe de indicios puede afirmar que quien tenga el motivo de cometer el delito,

⁴⁹ Sentencia de febrero 13 de 1995, M. P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Ver Anexo.

⁵⁰ ECO, Umberto, Interpretación y sobreinterpretación, Cambridge University Press. New York, 1995. Mencionado por el Profesor Jaime Granados Peña, en el documento “El medio probatorio y los indicios”, publicado en el módulo Prueba Judicial, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

fue el que lo cometió realmente, pues se pregunta. ¿si no fue él, quién fue?, su corazonada, su palpito es quien lo orienta; ha perdido la objetividad y si razona mal, infiere peor y su conclusión será un absurdo.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, apuntando al subjetivismo, en sentencia de mayo 26 de 1971, expresa: ...*“Si las apreciaciones de los mismos (refiriéndose a los indicios) fueran subjetivas o individuales, no podrían someterse a otras individualidades jerárquicamente encargadas de revisarlas. Los juicios lógicos se puntualizan, examinan, reproducen y hasta se sintetizan, con validez común, porque si así no fuera el proceso penal se convertiría en una peligrosa encrucijada y el derecho de defensa quedaría circunscrito a límites tan inestables como las distintas capacidades del juzgador”*...

111

Precisemos entonces, esos criterios de Valoración:

D.1. Persuasión Racional: De manera expresa los artículos 250 del C.P.C y 287 del C.P.P señalan: El juez al apreciar los indicios deberá tener en cuenta ... “su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”. Disposiciones que deben estudiarse en concordancia con el artículo 187 del C.P.C. y 238 del C.P.P que se refieren a la sana crítica como sistema de valoración de las pruebas en la legislación procesal colombiana, aspecto ya estudiado al inicio de esta unidad.

Aquí el juez debe tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica, los aportes de la ciencia, la tecnología, etc; pero, en esa operación mental que implica la valoración, el juez antes de apreciar el indicio con las otras pruebas del proceso, debe previamente: a) verificar que el hecho base, el hecho indicador, esté plenamente probado; b) individualizar y estructurar cada indicio, para de esa manera rechazar todas las posibilidades lógicas -según decir de la Corte Suprema de Justicia-; c) una vez ordenados los indicios, debe estudiarlos en conjunto teniendo en cuenta la gravedad, concordancia y convergencia, evitando: i.- fraccionar los hechos constitutivos de un mismo indicador, en virtud de que el hecho indicador es indivisible, o ii.- interpretar como pluralidad de indicadores lo que en verdad es una pluralidad de pruebas de un solo indicante.

D.2. Prueba del hecho indicador o indicante: Hemos expresado cómo toda inferencia indiciaria debe tener como punto de partida el hecho indicador o indicante, que es el conocido, el que señala lo que es materia de investigación, y además debe estar plenamente probado, porque el indicio sólo puede aparecer cuando haya surgido la certeza; ya que si el hecho indicador tiene grietas o hendeduras, el juez NO puede dar el salto intelectual subsiguiente, no puede hacer el salto de la inferencia, para dar valor al indicio y así concluir; los hechos indicadores deben ser explícitos para que sobre ellos se ejerza la contradicción.

La estructura del indicio es silogística, en donde:

112

HECHO CONOCIDO	INFERENCIA LOGICA	HECHO DESCONOCIDO
• Premisa menor del silogismo.	• Premisa mayor del silogismo.	• Conclusión del silogismo.
• Causa.	• Relación de causalidad.	• Efecto.
• Plenamente probado.	• Regla de la experiencia a la que se aplica la inducción y deducción para sacar una consecuencia de una situación concreta.	• Pretende Probarse.

EJEMPLO EN MATERIA CIVIL

• El vendedor retiene el inmueble.	• Generalmente cuando se vende se entrega.	• Simulación del contrato.
• El comprador carece de capacidad económica.	• Solo quienes tienen dinero pueden comprar.	• Simulación del contrato.
• Precio vil por lo exiguo y ridículo.	• La ubicación, extensión y linderos del inmueble, imponen un mayor precio.	• Simulación del contrato.

EJEMPLO EN MATERIA PENAL

• El sindicado X se fugó del lugar del crimen en donde se dio muerte violenta a Z.	• La fuga en determinadas ocasiones es, de ordinario, efecto de la conciencia culpable.	• X se fugó en virtud de su conciencia culpable.
--	---	--

Observemos que si la *premisa menor* -hecho indicante- no se encuentra plenamente demostrada, la conclusión no tendrá validez, pues de tenerla acarrearía consecuencias pro-

cesales graves y trascendentales para el demandado (en materia civil) o, para el procesado (en materia penal).

Ahora bien, como un hecho indicador o indicante puede tener pluralidad de probables indicados, el juez debe tener presente esta circunstancia para evitar llegar a conclusiones equivocadas, ya que podría estar partiendo de una premisa falsa en su razonamiento indiciario. Siguiendo con nuestros ejemplos, tendríamos:

- En el caso de la simulación civil: como pueden surgir variables que aniquilen o por lo menos neutralicen el hecho indicante, conviene que en su análisis el juez identifique el contexto social, cultural, económico de los artífices de la simulación.
- En el caso penal, el investigador de entrada debe descartar todas las opciones que no apunten al delito: ¿Por qué X se fugó del lugar del crimen?. Las variables podrían ser: ¿Por qué dio muerte al hombre?, ¿Por miedo?, ¿Por qué salió a buscar auxilio?, ¿Para evitarse problemas policivos?, etc.

113

Retomemos el pensamiento del profesor Villamil Portilla: ...“La materia prima del proceso es la comunicación, comunicación es: tomar información de los sujetos procesales; tomar información de las partes; tomar información de los testigos; tomar información de los documentos: tomar información de los hechos; tomar información de los vestigios”... (Subrayado fuera de texto).

En el razonamiento indiciario el hecho se robustece, se agiganta, “está hablando”, “está comunicando”, “está señalando”, por supuesto que es una comunicación compleja porque el hecho o la conducta debe interpretarse. Agrega el Profesor Villamil: ...“*el trabajo del juez es poner en blanco y negro el volumen de información que reposa en el objeto o en la situación, colocarla en el dominio del proceso, hacer público su “diálogo” con un objeto o con un hecho para que sobre esa comunicación pueda recaer la crítica y la contradicción de las partes y de las instancias*”.

Pero, ¿Cómo se prueba el hecho indicador o indicante?

El artículo 248 del C. P. C. reza: “*Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar plenamente probado en el proceso*”; en el mismo sentido el artículo 286 del C. P. P. nos dice: “El hecho indicador debe estar probado”. Fijémonos en que lo único que exigen las dos disposiciones es que el hecho indicador esté PROBADO; ¿cómo? Con cualquier medio de prueba, que sea idóneo para llevar al juez a la certeza del hecho indicante. Ese medio probatorio no debe ser ilícito, ya sea de forma directa, o de manera derivada o refleja de una prueba ilícita; ni puede ese medio de prueba ser ilegal, pues se afectaría la existencia, validez o eficacia del hecho indicante.

114

D.3. La Inferencia: Es la premisa mayor del silogismo indiciario; es la relación de causalidad entre el hecho indicante y el hecho indicado, consecuencial, o a demostrar. Constituye igualmente la fase más compleja y problemática del proceso cognoscitivo. En efecto:

- i- Ese razonamiento que da lugar a esa premisa mayor puede ser: *deductiva* –de lo general a lo particular–, *inductiva* –de lo particular a lo general–, *analógica* –equiparando caracteres comunes–, o combinado inductivo-deductivo. Todo lo anterior lleva a que la premisa menor (hecho conocido) tenga diferentes alcances de comprensión.
- ii- Ese razonamiento puede basarse en leyes morales, psicológicas o sociológicas; entonces la fuerza comprensiva de la premisa mayor será incierta y variable.
- iii- Como las reglas de la experiencia que conllevan comportamientos humanos, tiene margen de error, este necesariamente limita la premisa mayor.

Conclusión:

- Cuando no se hace un control lógico en la cadena inferencial, se concluye en un absurdo, en una falacia.

D.4. *Gravedad, Concordancia y Convergencia en el indicio:* Los artículos 250 del C. P. C. y 287 del C. P. P coinciden textualmente: “El juez apreciará los indicios en conjunto teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia”...

- i- Gravedad: La clasificación y subclasificación de las pruebas en general y de cada medio probatorio en particular, nos han enseñado que más que aclarar, confunde. La prueba indiciaria no se sustrae a ello, más aún cuando nuestra legislación procesal civil y penal, no define ni clasifica los indicios; y la “neurosis” de cada autor agrega, quita, cambia, etc. clases y subclases de este Instrumento probatorio. Por ello, nos referiremos aquí al indicio grave, que conjuntamente con el leve y levísimo hacen parte o constituyen una subclasificación del INDICIO CONTINGENTE (cuando el indicio indicado o consecuencial puede tener varias causas). Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, ha expresado: ... “*Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario asignar el calificativo de GRAVE o VEHEMENTE al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de LEVE, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de LEVISIMO cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado*”...


115

Como el indicio grave es el más utilizado, lo estudiaremos más detenidamente:

La misma Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 26 de 1971, nos define ¿qué es indicio grave?; “*El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creada por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o*

confinarse a un simple proyecto”... ..“Por vía de enunciación dicese que son indicios graves: las manifestaciones serias e inequívocas previas al delito, evidenciadas cuando la víctima de un ultraje anuncia explícitamente vengarse del ofensor y al poco tiempo aparece apuñaleado el cadáver de éste; la propiedad del arma homicida; “...En los anteriores ejemplos, la probabilidad de la inferencia está representada por la penetración objetiva entre el conocimiento y la forma como se desenvuelven los datos reales y será tanto más aproximativa a la evidencia cuantas menos posibilidades distintas resulten”...

116

	<p>El indicio es grave, cuando indica el hecho de tal manera que es capaz de producir CERTEZA mediante un juicio lógico; y la certeza será mayor en cuanto en la producción del hecho indicador se excluyan otras causas.</p>
---	--

En el campo del proceso penal, el indicio grave es soporte para que el funcionario profiera algunas resoluciones y sentencias; por ejemplo:

- Artículo 333 C. P. P. Diligencia de indagatoria: “El funcionario recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe de la infracción penal”.
- De acuerdo con el artículo 356 C. P. P. “Dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”, son suficientes para decretar medida de aseguramiento de detención preventiva, sin que exija la demostración del cuerpo del delito.
- Y, según el artículo 397 C. P. P., el fiscal podrá dictar resolución de acusación, cuando demostrada la ocurrencia

cia del hecho, existan indicios graves que señalen la responsabilidad del sindicado.

Afirmamos entonces de acuerdo con lo anterior, que UN indicio grave puede servir para recibir en indagatoria a una persona; pero no así para la calificación ni para la resolución de acusación.

En materia civil, habíamos expresado que el juez puede deducir indicios, de conductas procesales de las partes; en lo que tiene que ver con el indicio grave, los artículos 95 y 210 del C. P. C. constituyen ejemplos claros del mismo.

ii- Concordancia y Convergencia: Antonio Dellepiane sobre el particular expresa. “*Observaremos desde luego, la confusión de ideas e incorrección de todos los tratadistas al emplear las palabras concordancia, convergencia, concurrencia y otras análogas, como sinónimas*”...⁵¹ Y, en efecto son dos aspectos diferentes:

- Concordancia, del vocablo latino *concordantia*, que significa correspondencia o conformidad de una cosa con otra; aplicado a la prueba indiciaria, nos indica entonces que los hechos indicadores, se encuentren interrelacionados, no se excluyen entre sí; “*como notas de un mismo sistema en que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él*”...⁵²
- Convergencia, del vocablo latino *convergens*, acción y efecto de convergir; *convergir*: concurrir al mismo fin los dictámenes, opiniones o ideas de dos o más personas. En el tema que nos ocupa, que las deducciones o inferencias formadas con los indicios concurren a un mismo punto, es decir, a un mis-

⁵¹ DELLEPIANE, Antonio, Nueva teoría de la prueba, Editorial Temis, Bogotá, Novena edición, 1983, P 89 y 90.

⁵² Transcripción tomada del libro Manual de Derecho Probatorio, Jairo Parra Quijano, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 2000, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español, sobre la prueba indiciaria.

mo resultado. Por ejemplo: el contrato sí es simulado; el sindicado X es el autor del crimen.

r

El Indicio sirve como medio de prueba, precisamente por su eficacia demostrativa de verdad; por su poder suasorio; pero, para ello el Juez debe tener en cuenta: i- la prueba material del hecho indicador; ii- que el hecho indicador es indivisible; iii- la gravedad, concordancia y convergencia de los indicios; iiiii- la relación de los indicios con las otras pruebas que obren dentro del proceso.

118

AUTOEVALUACIÓN

t

1. ¿Qué se entiende por apreciación o valoración de las pruebas?

2. Explique en una línea ¿Por qué, como regla general, el momento de apreciación de las pruebas es la sentencia?

3. ¿En qué se identifica y en qué se diferencia el fin de la valoración de la prueba con el fin de la prueba?

4. Reflexione: si la sana crítica es el sistema ideal de valoración de la prueba en nuestra legislación procesal.

5. Patricia Z, a través de apoderado, inicia demanda de PRIVACION DE PATRIA POTESTAD, en un juzgado de la ciudad de Bogotá, contra el señor Agapito Pérez, padre de la menor Claudia Pérez Z. En el acápite de pruebas, se solicita el testimonio de dos de los parientes más cercanos, que se encuentran domiciliados en la ciudad de Miami - Estados Unidos. Analice si estas pruebas cumplen con los requisitos necesarios para ser decretadas y de ser así expida el auto correspondiente.

t

6. Con base en el caso anterior, formule las preguntas a los testigos, teniendo en cuenta las recomendaciones previstas para la técnica de interrogar y contrainterrogar.

7. Como Juez, qué actitud asumiría usted, pretendiendo precisar el valor de los hechos objeto de dictamen pericial, dé ejemplo de cada caso, cuando:

a) Son dos dictámenes periciales, ambos fundamentados, pero con fundamentos diferentes, y el uno respecto del otro refleja un valor que no excede el 50%.

b) Son dos dictámenes periciales, ambos fundamentados, pero el uno respecto del otro tiene un valor que excede más del 50%.

8. En la silogística indiciaria, ¿qué representa cada uno de los elementos que hacen parte del indicio?

9. En el Homicidio Preterintencional de Álvaro Castro, el señor Carlos Gómez, está vinculado como presunto sindicado, al haber estado presente en la escena del crimen. A pesar de no cumplir el requisito de los dos indicios graves, actualmente está detenido, porque el fiscal tiene la sospecha de que él es el autor del crimen, ya que no había nadie más presente, las relaciones personales entre la víctima y el posible homicida habían sido un tanto conflictivas y la víctima había calumniado públicamente al señor Gómez.

Determine si usted, actuando como fiscal, podría construir un hecho indicador en este caso, que determine al menos un indicio de responsabilidad del presunto sindicado.

10. ¿En qué sentido los hechos presumidos son eximentes de prueba y qué debe entrar a probar la parte que alega una presunción? Explique su respuesta, analizando las presunciones consagradas en los artículos 97 y 1861 del Código Civil.

UNIDAD 5 | Nuevas Tendencias

Esta Unidad tiene su justificación, en la realidad tanto colombiana como iberoamericana, de una evolución del Derecho probatorio y de las pruebas, que ha llevado a lo que hoy se conoce como **NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROBATORIO**.

Es obvio que los grandes procesos sociales e industriales que se gestaron en el siglo XX a nivel mundial impusieron una nueva concepción de Estado, de Sociedad y de Justicia que aterrizó en el gran desarrollo científico, tecnológico, social, político y cultural del mundo al que los Estados paulatinamente se han ido acogiendo y, como consecuencia, hoy ofrecen nuevas tendencias para el crecimiento y modernización de la sociedad.

Aunado a lo anterior, Colombia, en la década del noventa, produce un nuevo texto constitucional con el cual entra al mundo globalizado de los negocios, la ciencia y la tecnología y las nuevas relaciones internacionales y mundiales; y con esa reforma se acentúa

la evolución de la ciencia jurídica: aparecen nuevos postulados; se desarrollan nuevas doctrinas y jurisprudencias; entra la aplicación de los recursos científicos y tecnológicos, etc., para entrelazar los hechos del tejido social con la concepción de Justicia imperante. Así, por ejemplo, hoy día hablamos de carga dinámica de la prueba, iniciativa oficiosa del Juez, práctica de pruebas de común acuerdo por las partes, prueba de la paternidad –solo por mencionar algunos–, los cuales serán verdaderamente reconocidos y funcionales en la medida en que el operador jurídico los conozca, los entienda y los aplique:

1. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y DECRETO OFICIOSO

122

1.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Exponer la teoría de la carga dinámica de la prueba con sus diversos matices, con el fin de unificar criterios y empezar a discutir sobre estos.
2. Confrontar la noción de la carga dinámica con el deber del Juez de decretar pruebas de oficio, para concluir que la teoría en cuestión no se opone a la iniciativa probatoria del Juez.

1.2 CAMPO DE APLICACIÓN Y CONCEPTO

Ante todo, es importante aclarar que la carga dinámica puede aplicarse en el campo del proceso civil, no así dentro del proceso penal. En efecto, dentro del proceso penal, tanto en la legislación colombiana como en el Derecho comparado, el impulso del proceso se encuentra en cabeza del Estado, sin importar que la investigación se inicie de oficio o por denuncia de particular, puesto que existe una *presunción de inocencia* a favor del imputado que rige durante todo el proceso, hasta que se demuestre su responsabilidad penal. Tal como lo consagran el Art. 29 inc. final de la Constitución Política, y el Art. 7 del actual Código de Procedimiento Penal.

Empezaremos por aclarar que en el campo del Derecho Penal, es al Estado a quien le corresponde aportar las pruebas conducentes, tendientes a demostrar la responsabilidad penal del imputado o sindicado. Esto significa que en caso de que el juez tenga alguna duda no se aplica el *sucedáneo de prueba* para fallar en contra de quien tenía la carga de probar y no lo hizo, sino que, por el contrario, la duda se resuelve en favor del procesado.

Así mismo, la Corte Constitucional se ha inclinado a favor de que en el Derecho sancionatorio, por ser en esencia de la misma naturaleza del Derecho Penal, se inaplique el sucedáneo de prueba.

*“... En el Art. 29 de la C.P. se consagran los principios fundamentales a los cuales debe sujetarse la justicia penal o la **Administración**, cuando se requiera la aplicación de una medida punitiva. De la lógica del proceso surge que la carga de la prueba está a cargo del Estado, claro está sin perjuicio de que los sujetos procesales puedan ejercer su iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos.”*⁵³

123

Dicho lo anterior, pasaremos al análisis de la noción tradicional de carga de la prueba dentro del campo probatorio civil, con el propósito de exponer en qué consiste, cómo ha evolucionado y qué implica para los jueces el poder –deber del decreto oficioso–, proporcionando herramientas de conocimiento sobre un tema que, si bien no es nuevo dentro de la jurisprudencia colombiana, continúa siendo tema de discusión.

El fin último de este ejercicio es generar una opinión entre los operadores del Derecho respecto de si es o no conveniente para la materialización de la justicia la aplicación de la carga dinámica y el ejercicio de la oficiosidad en cuanto al decreto de pruebas, y con qué limitaciones debe operar, bien sea dentro de la jurisprudencia, o si se requiere su adopción por vía legislativa.

- **Noción Tradicional de Carga de la Prueba:** Acogida por nuestro Código de Procedimiento Civil, en su Art. 177

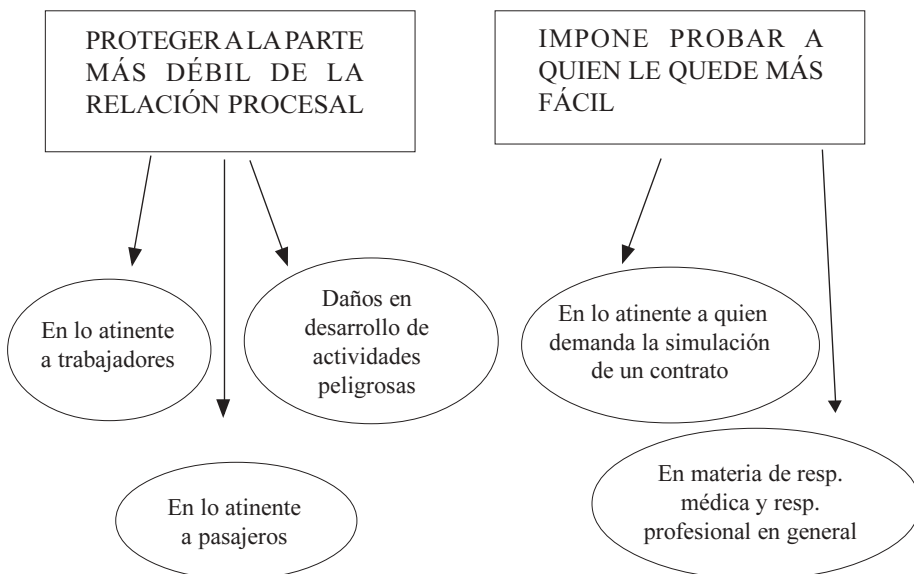
⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-166 del 20 de abril de 1995.

inciso 1º, que debe estudiarse en concordancia con el Art. 1757 del Código Civil Colombiano, y que en nada discrepa con el artículo 129 del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica; según los cuales le corresponde probar a quien afirma o niega un hecho, bien sea el demandante en su demanda, o el demandado en la contestación de la misma, salvo que se trate de un hecho exento de prueba, como: los hechos notorios, los presumidos o los indefinidos, casos en los cuales le corresponderá a la contraparte aportar las pruebas que acrediten el hecho contrario concreto. En otras palabras, según la noción tradicional, la distribución de la carga de la prueba les corresponde a las partes.

124

Sin embargo, tanto la Ley como la Jurisprudencia contemplan varias situaciones excepcionales, en las cuales aplicar a ultranza el principio del Art. 177 inciso 1º ha conducido a fallos cuya justicia es dudosa; excepciones establecidas en consideración a la accesibilidad a los medios de prueba que tienen las partes, o a sus particulares condiciones.

1.3. EXCEPCIONES A LA DISTRIBUCIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA EN SU NOCIÓN TRADICIONAL:



Hemos mencionado cómo han surgido excepciones a la distribución de carga de la prueba, unas por mandato legal y otras por vía jurisprudencial, orientadas por las siguientes tendencias: a) Proteger a la parte más débil de la relación procesal; b) Imponer probar a quien le quede más fácil. Mencionemos a manera de ejemplo las siguientes:

1.3.1 Proteger a la parte más débil de la relación procesal

A. Obligación de seguridad en Derecho Laboral:

Esta obligación consiste en devolver al obrero sano y salvo a la sociedad luego de concluir su actividad laboral, razón por la cual el empleador está obligado a afiliar a sus trabajadores a **Aseguradora de Riesgos Profesionales (A. R. P.)** para que se encargue de cubrir los gastos que pueda acarrear la materialización de riesgos profesionales, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y su normatividad complementaria. En caso de que el empleador incumpla con esta obligación y ocurra un riesgo profesional (accidente y/o enfermedad), deberá correr con los gastos que acarree esa circunstancia; es lo que se conoce con el nombre de “Teoría del Riesgo Creado”.

Es una obligación que en virtud de la ley se transforma en obligación de resultado, de la cual solo puede exonerarse al empleador por caso fortuito, fuerza mayor, causa extraña o culpa exclusiva del trabajador, en consideración a que si éste tuviera que demostrar la culpa del empleador, se vería en grandes dificultades.

“...Antes de la expedición de las leyes sociales que regulan la materia, el trabajador que demandaba la reparación de perjuicios por el hecho de su patrono tenía que demostrar la culpa en que este hubiere incurrido por acción u omisión, el daño que hubiera sufrido y la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio.”

“...Se pasó de la teoría de la culpa aquiliana o extracontractual a la de la responsabilidad contractual elaborada por la doctrina francesa, según la cual el contrato de trabajo imponía al patrono la obligación de velar por la seguridad de sus trabajadores, y por lo mismo

de devolverlos sanos a la sociedad una vez concluido el vínculo contractual."⁵⁴.

Esto significa que se trata de una **presunción de responsabilidad** más no de una **presunción de culpa**, puesto que el empleador no puede exonerarse probando diligencia o ausencia de culpa. Por ende, en este caso quien alega no es quien debe probar, sino que la carga se desplaza a su contraparte (empleador), en virtud de una presunción. Si bien se establece una indemnización tarifada del riesgo, ello no significa que se viole el derecho de defensa del empleador, en el sentido de que se le prive de desvirtuar la presunción.

B. Contrato de transporte aéreo de pasajeros conforme al Código de Comercio:

126

En este caso la legislación optó por una **presunción de culpa** invirtiendo la carga de la prueba en favor de los pasajeros, toda vez que pese a los avances tecnológicos existen cuestiones alrededor de la navegación aérea que escapan del control de los expertos en aviación, lo cual no permite establecer una obligación de seguridad de resultado propiamente dicha.

*"...En estas condiciones se llegó a la actual posición legislativa y jurisprudencial, derivada de los artículos 1003 y 1880 del estatuto comercial, según los cuales el transportador aeronáutico responde por el daño ocasionado en caso de muerte o lesión del pasajero, para lo cual sólo requiere demostrar que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a excepción de aquellos casos en que el transportador compruebe que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas y, de otra parte, que los daños sucedieron por obra de un tercero, por culpa del pasajero o por enfermedad de este no agravada por hechos atribuibles al transportador... y se le impidió alegar fuerza mayor como excluyente de responsabilidad."*⁵⁵.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 5918, M.P. Hugo Suescún Hoyos.

⁵⁵ Consejo de Estado, 27 de febrero de 1992, M.P. Daniel Suárez Hernández.

C. Daños en desarrollo de actividades peligrosas:

Nos encontramos ante un régimen de responsabilidad objetiva que tiene su fundamento en el Art. 2356 del Código Civil, dado que quien hace uso de herramientas, máquinas u otros objetos despliega actividades que pese a ser beneficiosas para la vida de quien las usa, al hacerlo, genera un riesgo para el resto de la colectividad. Es el caso del uso de automotores o de armas.

“...Cuando el hombre utiliza en su propia labor una fuerza extraña, él aumenta la suya, y este aumento rompe el equilibrio que antes existía entre el autor del accidente y la víctima. Se pone así a los demás asociados en inminente peligro de recibir lesión, aunque se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige...Se presume la culpa⁵⁶... Presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue la resultante de una culpa exclusiva de la víctima, de una fuerza mayor, de un caso fortuito o de la intervención de un elemento extraño.”⁵⁷.

127

D. Ley 746 de 2002, por la cual se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos:

Dada la actualidad del tema, consideramos importante hacer algunas reflexiones en torno al mismo. Esta ley define como ejemplares peligrosos los que cumplan cualquiera de las siguientes condiciones:

- 1) Perros que hayan tenido episodios de agresiones a personas u otros perros;
- 2) Perros que hayan sido adiestrados para el ataque y la defensa; o
- 3) Perros que pertenezcan a una de las siguientes razas o a sus cruces o híbridos: American Staffordshire Terrier, Bullmastiff, Dóberman, Dogo Argentino, Dogo de Burdeos, Fila Brasileiro, Mastín Napolitano, Pit Bull

⁵⁶ Cuando se habla de presunción de culpa, en realidad se hace referencia a presunción de responsabilidad, dado que no es posible exonerarse probando haber actuado con diligencia y cuidado.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de agosto de 1981.

Terrier, American Pit Bull Terrier, De Presa Canario, Rottweiler, Staffordshire Terrier, Tosa Japonés.

Así mismo se establece que *“El propietario de un perro potencialmente peligroso asume la posición de garante de los riesgos que se puedan ocasionar por la sola tenencia de estos animales y por los perjuicios y las molestias que ocasione a las personas, a las cosas, a las vías y espacios públicos y al medio natural en general.”*

128

Lo anterior significa que el dueño de un perro que cumpla cualquiera de las condiciones que lo convierte en potencialmente peligroso asume los riesgos que puedan materializarse como resultado de la conducta dañina del animal. En otras palabras, el dueño será el “guardián de la fuente de riesgo”. Consideramos que al hablarse de posición de garante se ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva, comparable con el establecido en el art. 2546 del C.C., pues dicha posición obliga a “garantizar” el resarcimiento de todos los daños que el perro ocasione, a personas o bienes. Esta obligación se deriva de la simple tenencia del perro, de propiciar una fuente de riesgo, en últimas, en su provecho, puesto que se trata de su mascota, sin importar que como propietario haya sido diligente o negligente.

Si bien se obliga a los propietarios de estos animales a provisionarse de ciertos elementos a manera de medidas de seguridad, tales como bozal y traílla, en ningún momento la ley exonera de la responsabilidad por los daños cuando se hayan tenido estas precauciones.

Atendiendo precisamente a la circunstancia de que el propietario será siempre responsable, salvo que pruebe causa extraña, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de la víctima o hecho determinante de un tercero, se le obliga incluso a contratar pólizas de responsabilidad civil extracontractual que cubran los eventuales daños patrimoniales que sus perros puedan ocasionar a personas o bienes, como requisito indispensable para registrar estos animales en el *Censo de Perros Potencialmente Peligrosos*, que a su vez es indispensable para poder tenerlos.

Desde luego, la carga de la prueba la tendrá el propietario, pues para exonerarse tendrá que romper el nexo causal probando causa extraña. Por el contrario, el reclamante sólo deberá acreditar la existencia del daño, y no deberá acreditar culpa ni desvirtuar la diligencia que acredite el propietario, pues este tipo de consideraciones están excluidas del régimen.

1.3.2 Impone probar a quien le quede más fácil

A. Simulación de contrato:

Tal como lo señalan los doctores Martín Bermúdez Muñoz y Daniel Suárez Hernández, quienes a su vez hacen referencia a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 1975, la falta de necesidad de vender; la falta de medios económicos del adquirente; la ausencia de movimientos en las cuentas corrientes; la no justificación del destino dado al precio; el comportamiento de las partes en el litigio, los intentos de arreglo amistoso, la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz⁵⁸, entre otros hechos, son admitidos por la jurisprudencia como indicios plena y suficientemente conducentes para probar la simulación de un contrato, llevando implícitamente la inversión de la carga de la prueba de tal afirmación el demandado. Sobre este tema ya nos referimos suficientemente en la pasada unidad: Los indicios como prueba de la simulación.

129

B. Contrato de prestación de servicios profesionales:

La labor desplegada por abogados, contadores, médicos y, en general, por cualquier profesión liberal, plasmada en los contratos entre estos y sus clientes, consiste básicamente en obligaciones de medio. Si bien la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado no está consagrada en la legislación colombiana, nada impide que pueda efectuarse, como en efecto se ha hecho, por vía jurisprudencial, dado que de ordinario, salvo que se comprometan de

⁵⁸ BERMÚDEZ, Martín; SUÁREZ, Daniel. "Propuesta para una reforma del Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil". Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Junio 2 de 1999.

manera específica y clara con la consecución de un resultado, su desempeño óptimo se verifica por el despliegue de una debida diligencia y cuidado en la ejecución del trabajo encomendado.

Tal como se deduce del texto del Art. 2155 del C.C., en caso de incumplir sus obligaciones pueden exonerarse probando ausencia de culpa; esta regla es aplicable no solo a los abogados, es decir a los mandatarios, sino a todos los que presten servicios inmateriales en virtud de un contrato, por remisión expresa del Art. 2144 del C.C.

Dentro de esta excepción, es especial el caso de la *prestación de servicios médicos*, bien por un particular o bien por una entidad estatal; por ello estudiaremos la situación de manera más puntual.

130

1.3.3 Régimen de la Falla Presunta.

A partir del Art. 90 de la Constitución Política de 1991 se estructura la teoría de la indemnización de los daños antijurídicos causados por acción u omisión a los particulares por parte del Estado, de una parte, y de otra parte, la obligación de la entidad estatal de repetir contra sus agentes cuando hubiesen causado el daño con dolo o culpa grave.

La naturaleza de la prestación de servicios médicos es contractual, por lo menos cuando quien reclama es el directamente perjudicado y no sus familiares; por ello la jurisprudencia ha estructurado la teoría de la falla presunta, difiriendo de la teoría del daño antijurídico en los siguientes términos:

- A pesar de que ni la Constitución, ni la ley, se ocuparon por definir el daño antijurídico, éste ha sido entendido por jurisprudencia y doctrina como aquel que el particular no está en la obligación de soportar.
- Se trata de un resarcimiento de perjuicios para la víctima de un daño antijurídico, más no de una sanción que por esencia conlleva un reproche de conducta.

- Más allá de la responsabilidad médica del Estado existen varios tipos de daños antijurídicos indemnizables, a saber:
 - a) Los producidos a consecuencia de una falla en el servicio: noción asimilable a la culpa pues entraña un juicio de valor respecto de la actuación prudente, diligente y perita. Se trata de **responsabilidad subjetiva**.
 - b) Los producidos dentro de un actuar lícito pero que produce daños inevitables, que pese a ser en provecho de la comunidad, el particular no está obligado a resistir. Estos se subdividen en *daño especial* y *riesgo excepcional*, como es el caso de la indemnización por ocupación de inmuebles en caso de guerra. Se trata de **responsabilidad objetiva**.

131

La regla general, para casos diversos de la responsabilidad médica, establecida por el Consejo de Estado es la siguiente:

- a) Falla en el servicio: la prueba está a cargo del demandante.
- b) Daño antijurídico: el demandante sólo debe probar la antijuridicidad del daño.

No obstante que la prestación de servicios médicos contiene preferentemente obligaciones de medio, en cuya responsabilidad derivada de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, el solo daño no prueba la existencia de falla en el servicio, conforme a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el tema ha recibido un tratamiento diferente en estas dos corporaciones:

A. Corte Suprema de Justicia: falla probada. Si se trata de responsabilidad contractual, como cuando media acuerdo con el paciente debe probarse la relación contractual, el daño producido, el nexo causal y la conducta negligente del demandado, salvo que el médico haya asumido la obligación de conseguir un resultado definido. Si se trata de responsabilidad extracontractual, como cuando quien reclama no fue parte en el acuerdo,

se prueba lo mismo, salvo la relación contractual, evidentemente.⁵⁹

B. Consejo de Estado: responsabilidad extracontractual siempre. Hay que probar la falla en el servicio, el daño y el nexo causal.

Como vemos, antes de 1992, no se invertía la carga de la prueba a favor del paciente víctima, lo que condujo a un buen número de decisiones injustas.

1.3.4 Evolución de la Falla Presunta en la Jurisprudencia: Etapas.

1. No se requiere prueba de culpa grave.
2. Se admite que el paciente pruebe la falla mediante indicios.
3. Se invierte la carga de la prueba y el médico pasa a ser el obligado a probar su diligencia para desvirtuar la presunción de culpa.

132

La teoría de la falla presunta fue expuesta por el doctor Daniel Suárez Hernández, en ponencia del 30 de julio de 1992 del Consejo de Estado, reiterada en posteriores decisiones:

“Mientras en el evento de la responsabilidad por falla en el servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad, en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino el daño antijurídico produciéndose así más que una presunción de falta una de responsabilidad”⁶⁰

“Ya se advirtieron algunos de los interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y su fallecida hija. Todos son de carácter profesional, técnico especializado, a los que el común de las personas no tiene acceso por falta de conoci-

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, 12 de noviembre de 1985, M.P. Horacio Gil Montoya.

⁶⁰ Consejo de Estado sección tercera, 30 de julio de 1992, expediente 6897, actor Gustavo Eduardo Ramírez, M.P. Daniel Suárez Hernández.

miento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado”⁶¹

j

A. Responsabilidad Médica:

“Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre este y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico es de medio, aunque admitió que puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de la culpa del médico..., agregando como condición la gravedad, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase.”⁶²

⁶¹ Consejo de Estado, 13 de agosto de 1992. M.P. Daniel Suárez Hernández

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

A diferencia de lo que ocurre con la Corte Suprema de Justicia, que la mayoría de las veces ha tratado el asunto de la responsabilidad médica como un problema de responsabilidad contractual, el Consejo de Estado ha tratado la responsabilidad médica como un problema de responsabilidad médica, puesto que el Consejo de Estado se encarga de juzgar casos donde están de por medio las nociones de daño antijurídico y de falla en el servicio. Así se observa en la sentencia del 30 de julio de 1992, con ponencia del doctor Daniel Suárez Hernández, anteriormente citada.⁶³ Igual planteamiento del Consejo de Estado se reitera en las sentencias 13 de agosto de 1992, ambas del mismo ponente, y más recientemente, en sentencia del 4 de septiembre de 1997⁶⁴.

134 La discusión que nos interesa plantear es hasta qué punto es válido mantener en nuestro Código de Procedimiento Civil, en su art. 177, una regla general sobre la carga de la prueba⁶⁵, si existen tantas excepciones. El hecho de que se haya empezado a construir el principio de que el juez puede apartarse de dicho artículo cuando verifique que le queda más fácil probar a la otra parte, y no a la que invoca el efecto de las normas, ha fundamentado algunas demandas contra dicho artículo, por considerar que las reglas de procedimiento deben ser exactas, y no principios abstractos que admitan interpretación.

Sin embargo, no pretendemos cuestionar la existencia de una regla por no ser general en la práctica, porque somos conscientes de que es indispensable su consagración. Únicamente pretendemos propiciar un debate y una reflexión en torno a en qué circunstancias es legítimo que el juez releve a una parte de su carga probatoria, teniendo como base consideraciones fundadas en la justicia y la equidad.

Este tema está revestido de particular importancia en lo que a responsabilidad médica se refiere, por cuanto en materia civil, las obligaciones del médico, como hemos visto, son en su mayoría de medios y no de resultado. De acuerdo con esta distinción doctrinal, la mayo-

⁶³ *Ibíd.*, Consejo de Estado sección tercera, 30 de julio de 1992

⁶⁴ Consejo de Estado Sección tercera septiembre 4 de 1997, MP Ricardo Hoyos Duque, exp. 10251

⁶⁵ Art. 177 CPC inc I: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"

ría de las obligaciones del médico consisten en hacer todo lo posible para producir un resultado, que será finalmente la sanación del paciente. De tal manera que los médicos pueden responder por criterios tales como:

- a) **Impericia:** no tener los conocimientos requeridos para la intervención médica.
- b) **Imprudencia:** tener los conocimientos, pero confiar en ellos más de lo que se puede en el caso concreto, es decir, omitir precauciones adicionales dada la gravedad del asunto.
- c) **Negligencia:** voluntariamente se omiten precauciones ineludibles, cometiéndose errores.

Cuando la responsabilidad médica se asume como responsabilidad contractual, la prestación de servicios médicos se rige por las reglas del contrato de mandato, en el cual el mandante debe probar la culpa del mandatario en el evento en que se incumpla con el encargo o este se incumpla defectuosamente, bien sea para exonerarse de pagar las prestaciones debidas al mandante por su labor, o para cobrar indemnización de perjuicios⁶⁶. De manera que el paciente deberá probar esa imprudencia, impericia o negligencia para que el médico sea responsable. Estamos entonces ante un régimen de culpa probada, en materia civil.

Por el contrario, cuando el servicio médico lo presta el Estado, estamos frente a consideraciones de alguna manera distintas, por cuanto lo que el paciente debe probar es la falla en el servicio: “(...) *En virtud de la presunción de falla del servicio, para exonerarse de responsabilidad la entidad demandada ha debido acreditar fehacientemente que actuó con diligencia y cuidado en el procedimiento practicado a la paciente, cuestión sobre la que el Tribunal de Ética Médica simplemente afirma que “se efectuó siguiendo las normas de la Lex Artis y no es posible demostrar impericia o imprudencia por parte del Dr.*

⁶⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “De la Responsabilidad Civil. Teoría General de la Responsabilidad. Responsabilidad Contractual.” Tomo I. Editorial Temis S. A.

Ricardo Gastenboldo Amaya. Como en el presente caso no se desvirtuó la presunción de falla del servicio y además no se acreditó que la paciente hubiera sido monitoreada en forma inmediata con posterioridad a la realización de la biopsia, lo cual habría permitido identificar y tratar en forma oportuna la complicación que presentaba, la sentencia impugnada será revocada en cuanto negó las pretensiones formuladas contra el Hospital Militar Central, único extremo del fallo discutido por el apelante.”⁶⁷

136 Lo anterior constituye la regla general, fundada en la concepción tradicional de la carga de la prueba, como la del art. 177 del CPC, en donde el demandante —el paciente— debe probar el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto jurídico persigue, esto es, la culpa del médico. Sin embargo, la tendencia jurisprudencial ha empezado a inclinarse por relevar al paciente de probar esta falla del servicio, para pasar a hablar de una *falla presunta del servicio*, en donde es el médico quien debe acreditar que actuó con diligencia, es decir, exento de culpa, para exonerarse de responsabilidad.

Las razones que estima la doctrina para este cambio jurisprudencial radican en que se ha considerado que al médico le queda más fácil probar, teniendo en cuenta que él es quien tiene en su poder la historia clínica y quien sabe interpretarla, además es más probable que sea quien tenga testigos a su favor, entre aquellos profesionales y técnicos que intervinieron en el procedimiento médico. Es esto lo que justifica la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad médica, tanto en el campo civil como en el campo de la responsabilidad médica derivada de la actuación estatal.

*“En los procesos por responsabilidad médica se **presume** la falla del servicio, lo cual implica la inversión de la carga de la prueba de manera que al demandado, para exonerarse de responsabilidad, le corresponde probar que actuó con diligencia y cuidado en la prestación del servicio. Pero al demandante no se le releva plenamente de su onus probandi, sino que se reduce a los otros elementos*

⁶⁷ Consejo de Estado, sección tercera, septiembre 4 de 1997. MP Ricardo Hoyos Duque.

de la responsabilidad, esto es, a la existencia del daño y falla del servicio."⁶⁸

Tal como lo señala el anterior planteamiento jurisprudencial, la inversión de la carga de la prueba entraña un acto de responsabilidad tanto para el juzgador como para las partes, puesto que implica un juicio de valor acerca de quién esta en mejores condiciones de probar, lo cual se relaciona directamente con la equidad, que es la justicia del caso concreto. Y para la parte que se ve relevada de su carga procesal, la responsabilidad radica en probar los demás elementos de la responsabilidad. En efecto, no es dable a la parte que pretende indemnización por el daño que supuestamente se le ha infligido que se limite a afirmar la existencia de un daño posterior a una determinada intervención médica, sino que debe probar:

137

1. La existencia de un hecho generador del daño.
2. La existencia de un daño.
3. La relación de causalidad entre estos dos.

B. Soluciones Planteadas:

Retomando el problema generado en torno a la responsabilidad médica, referente a dejar que la decisión de quién tiene la carga de la prueba quede un poco al arbitrio judicial, hemos recogido algunas **soluciones planteadas** por la doctrina y la jurisprudencia, esbozadas aquí sólo para efectos académicos:

- *Actividad Médica como actividad Peligrosa.* En una posición aislada de la Corte⁶⁹, en virtud de la cual se consagra una responsabilidad objetiva para el Estado en la cual sólo puede exonerarse por causa extraña.
- *No distinguir entre obligación de medio y obligación de resultado:* dicha clasificación no tiene consagración legal

⁶⁸ *Ibíd*em

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, 12 de noviembre de 1985, M.P. Horacio Gil Montoya

sino que es un desarrollo jurisprudencial, entonces, dado que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, no es indispensable hacer uso de esta teoría para resolver un caso. En cambio de establecer un régimen de responsabilidad fundado en la culpa para las obligaciones de medio y otra de presunción de responsabilidad para las de resultado, es posible deducir la responsabilidad del médico como si se tratase de cualquier contrato, lo cual tiene las siguientes implicaciones en materia probatoria:

a) La parte que pretende la indemnización deberá probar la existencia del contrato donde consta la obligación del médico.

b) El médico deberá probar que cumplió la obligación o que una causa extraña se lo impidió. El grado de culpa se medirá en función del provecho que este haya obtenido con el contrato (Art. 63 y 1604 C.C.). Como se trata de una serie de actos lo que debe probar es que actuó con diligencia y cuidado.

Las críticas a dichas soluciones son las siguientes: en primer lugar, lo anterior es inaplicable a la responsabilidad extracontractual, donde como su nombre lo indica, no existe un acuerdo de voluntades debidamente perfeccionado que oriente el juzgamiento de la responsabilidad del médico. Y, en segundo lugar, abandonar la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado no es aconsejable, porque en la responsabilidad médica la indemnización no sólo puede nacer del incumplimiento, sino también del cumplimiento defectuoso de las obligaciones médicas.

Esto tiene relevancia respecto del tema probatorio, pues el cumplimiento defectuoso, independientemente de que se esté acreditando o desvirtuando, se verificará a partir de una prueba de diligencia y cuidado, lo que sugiere que en el fondo subyace una obligación de medios insatisfecha o por el contrario satisfecha, dependiendo de quién tenga la carga probatoria.

En conclusión:

- **Noción de carga dinámica de la prueba:** consiste en radicar la carga de probar los hechos en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba al proceso, de conformidad con sus condiciones intelectuales, profesionales, sociales, económicas, las cuales lo hagan verse en una situación de ventaja probatoria ante la contraparte, o sencillamente porque le queda más fácil probar, es decir, responde a la pregunta a ¿quién le queda más fácil probar?

Las excepciones jurisprudenciales a la distribución de carga de la prueba –noción tradicional– antes señaladas, particularmente las que tienen que ver con la responsabilidad civil médica y la responsabilidad profesional en general, nos introduce poco a poco a esa nueva tendencia como es *la carga dinámica de la prueba*.

139

C. Características del Régimen:

- 1) Los pacientes no pueden demostrar la negligencia de las entidades médicas porque no poseen los conocimientos técnicos y no cuentan por lo general con el apoyo de los colegas médicos para efectos de testificar.
- 2) Por el contrario, las entidades médicas tienen a su alcance las historias clínicas y conocen lo necesario para interpretar los diagnósticos, por lo que les queda más sencillo aportar pruebas en su favor. Por lo cual se le traslada la carga de la prueba, lo que significa que en caso de no proporcionar al juez herramientas de convencimiento suficientes, este deberá aplicar el sucedáneo de prueba fallando en contra de quien no probó (Art. 1375 C.C.).
- 3) Dicha prueba consiste en que el riesgo que se materializó con la intervención fue el riesgo normal que comportaba ese tipo de procedimiento, que además debió haber sido explicado al paciente previamente, y que no podía impedirse pese al actuar diligente, de manera que el daño inferido no es antijurídico. Esto es lo que se conoce como

presunción de causalidad adecuada, por oposición a **causalidad fortuita**.

- 4) El paciente debe probar entonces los supuestos mínimos para que opere la presunción:
 - a) La existencia del procedimiento médico.
 - b) Daño (cuya causación se presume se dio a partir de la actuación de la entidad médica).
- 5) Se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva, pues lo que se presume es la culpa y no la responsabilidad.
- 6) La carga de la prueba sólo se invierte cuando la falla no aparece probada del acervo probatorio aportado por la parte.
- 7) Es además una regla de conducta que deben seguir las partes.

140


D. Críticas a la Tesis de la Carga Dinámica.

- La principal crítica que esgrimen los detractores de esta teoría, es que con la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aún por vía jurisprudencial, se está olvidando una de las prerrogativas más trascendentales de que goza el juez como director del proceso, cual es el **decreto oficioso de pruebas**.

Tal prerrogativa que es extraña de alguna manera a los sistemas que acogen el principio dispositivo en la actuación civil, es de plena aplicación en el Derecho Colombiano; su consagración positiva se encuentra en el Art. 37 num. 4 del Código de Procedimiento Civil, y su finalidad es esencialmente evitar sentencias inhibitorias y nulidades, así como descubrir colusión o fraude entre las partes a lo largo de la actuación procesal.

Contraargumento: El decreto oficioso debe asumirse más como un deber del juez que como una facultad o un poder, toda vez que debe comportarse como actor social ayudando a esclarecer los hechos y no cruzarse de brazos cuando hagan falta elementos que lo lleven a la certeza.

Cuando existen dudas, cuando el conjunto de probanzas son insuficientes, puede ocurrir por ejemplo, que la parte en realidad no tenga la razón, o que no esté en condiciones equitativas frente a su contraparte para poder probar, bien porque los hechos son del resorte técnico de una rama específica del conocimiento, bien porque su apoderado no ha gestionado la actividad probatoria diligentemente; en estos eventos, la carga dinámica puede ofrecer una solución satisfactoria, lo que no significa que el juez esté obligado a invertir la carga, y decidir aplicando el sucedáneo de prueba de ser necesario, pues para ello, está también el deber de decretar pruebas cuando el juez tenga alguna duda.

	<p>La carga dinámica de la prueba no conlleva un supuesto debilitamiento del deber que tiene el juez de decretar pruebas de oficio; en otras palabras no se opone al cumplimiento del deber que tienen los jueces de proveer oficiosamente sobre las pruebas.</p>
---	--

141

- Otra crítica que se hace a esta nueva tendencia, es que la carga dinámica excluye la noción tradicional de carga de la prueba;

Contraargumento: En efecto el principio general de carga de la prueba continúa siendo “quién alega prueba”, pero en ocasiones excepcionales o especiales, el Juzgador puede decidir a quién le queda más fácil probar determinados hechos dentro del proceso; tal vez el problema de fondo es –en ello estamos de acuerdo– ¿cuál sería el momento procesal-probatorio oportuno para dicha decisión?, lo cual actualmente, no está definido, pues cada quien tiene una opinión diferente al respecto, es decir algunos creen que el momento procesal debe ser cuando el juez abre el negocio a pruebas, otros opinan que en la audiencia preliminar del 101 C. P. C., el juez debe pronunciarse al respecto y otros que en el auto admisorio de la demanda. Todo lo anterior, crea un caos jurídico, pues a ciencia cierta no hay una definición seria y decidida sobre el particular, y por ello es necesario que la ley entre a definir para evitar que se menoscaben los principios de imparcialidad y de igualdad, como de ordinario sucede en el proceso civil, no así en el administrativo y en el laboral.

- Se cuestiona igualmente el hecho de que la carga dinámica es de consagración jurisprudencial.

Contraargumento: Nuestra opinión es que no es conveniente llevar a consagración legal la inversión de la carga de la prueba en casos como los que antes estudiamos; en primer lugar porque no siempre puede afirmarse que, por ejemplo, los médicos se encuentren en mejores condiciones para probar que los pacientes. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la falla presunta sólo se entenderá cuando la falla no aparezca probada.

142 Obsérvese cómo se concilian la carga dinámica y el decreto oficioso, así como el principio general de la carga de la prueba en cabeza de quien afirma los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto persigue (Art. 177 C.P.C.), puesto que ninguno de los tres institutos puede adoptarse a ultranza sin que se favorezcan injusticias en los estrados judiciales.

Es por ello que la responsabilidad que tienen los funcionarios judiciales es fundamental, ya que para una idónea y justa asignación de la carga dinámica el comportamiento del juez como director del proceso deber ser intachable e imparcial, ya que esto es lo que más proporciona credibilidad por parte de los usuarios de la administración de justicia y de la ciudadanía en general.



Los institutos carga de la prueba –noción tradicional–, carga dinámica de la prueba y decreto oficioso de pruebas, no son excluyentes, sino complementarios; herramientas que bien empleadas por el Juez le van a llevar con seguridad a la convicción de los hechos que interesan al proceso.

2. PRÁCTICA DE PRUEBAS DIRECTAMENTE POR LAS PARTES

2.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Divulgar y sensibilizar el uso de los instrumentos proporcionados por el Decreto 2651 de 1991 tendientes a la celeridad del proceso.

2. Inculcar en los abogados confianza y seguridad en la práctica de estas herramientas.

Recordemos que el Decreto 2651 de 1991, “*por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales*”, y que en primera instancia debió regir por espacio de 42 meses, se prorrogó de manera sucesiva hasta julio 7 de 1998, cuando mediante la Ley 446 de 1998 se acogieron como legislación permanente algunas normas de dicho decreto, sin olvidar los cambios que a su vez introdujo, abriendo así un camino diferente para lograr la descongestión de los despachos judiciales y una mayor eficiencia en nuestro sistema judicial. Nos detendremos en el análisis del artículo 21 del Decreto adoptado por virtud del artículo 162 de la Ley 446/98 como legislación permanente, ya que el espíritu de esta reglamentación es precaver los inconvenientes que se presentan para el juez, y fundamentalmente para las partes a la hora de practicar las pruebas, derivados del exceso de trabajo represado en los juzgados y tribunales. Dado que es prácticamente imposible que el juez esté presente en todas las diligencias, esta herramienta proporciona agilidad a la actividad probatoria, para que las partes obtengan justicia con prontitud.

143

Artículo 21 del Decreto 2651 de 1991.

En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

- 1) *Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes presentarlo.*

Estos informes deberán presentarse autenticados como se dispone para la demanda.

- 2) *Si se trata de documento que deba ser reconocido, pueden presentar documento auténtico proveniente de quien deba*

reconocerlo, en el cual conste su reconocimiento en los términos del Art. 273 del C.P.C. La declaración se entenderá prestada bajo juramento por la autenticación del documento en la forma prevista para la demanda.

Este escrito suplirá la diligencia de reconocimiento.

- 3) *Presentar la versión que de los hechos que interesen al proceso, haya efectuado, ante ellas un testigo. Este documento deberá ser autenticado por las partes y el testigo en la forma como se dispone para la demanda, se incorporará al expediente y suplirá la recepción de dicho testimonio. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la autenticación del documento.*

144

“(...)”

- 1) *Presentar documentos objeto de exhibición. Si se trata de documentos que estén en poder de un tercero o provenientes de éste, estos deberán presentarse autenticados y acompañados de un escrito, autenticado en la forma como se dispone para la demanda, en el cual conste la aquiescencia del tercero para su aportación.*

En estos casos el juez ordenará agregar los documentos al expediente y se prescindirá de la exhibición, total o parcialmente, en la forma como lo soliciten las partes.

- 2) *Presentar la declaración de parte que ante ellas haya expuesto el absolvente. Este documento deberá ser firmado por los apoderados y el interrogado respectivo. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la firma del mismo.*

Las pruebas aportadas en la forma mencionada en este artículo, serán apreciadas por el juez en la respectiva decisión como lo dispone el artículo 174 del C.P.C. y en todo caso podrá el juez dar aplicación al Art. 179 del C.P.C.”

2.2. CAMPO DE APLICACIÓN

La práctica de pruebas de que habla la disposición antes descrita, recae esencialmente sobre los siguientes medios de prueba:

- **Dictamen pericial:** El Artículo 21-1 del decreto se refiere a esta prueba técnica, que debe analizarse en concordancia con el artículo 233 del C.P.C, quien de manera categórica establece la improcedencia del dictamen pericial al expresar que *“cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos practicado fuera del proceso con audiencia de las partes”* no podrá decretarse otro.

En ese orden de ideas, es conveniente fomentar la cultura entre litigantes, jueces y usuarios de la administración de justicia de abstenerse de solicitar pruebas periciales reiterativas cuando éstas ya existan y hayan sido practicadas por expertos que gocen de buena reputación en su oficio, siempre que no se menoscabe el derecho de contradicción de las partes.

Así mismo, en aras de la economía procesal y ante la inminencia de un litigio vale la pena que se ahorre tiempo evitando uno de los trámites más extensos y tortuosos dentro de la actividad probatoria, cual es la elaboración, presentación y contradicción de dictámenes; y se preconstituyan las pruebas para que puedan ser aportadas en un proceso, con el consenso de ambas partes. Sobre la importancia, naturaleza, valoración de este medio de prueba, volveremos in extenso en la **UNIDAD 4** del presente módulo.

Por último, vale la pena decir que el Art. 21 del Decreto en mención, también tiene aplicación cuando se trata del traslado de la prueba pericial validamente practicada en un proceso primitivo que se pretende hacer valer en un segundo proceso y los puntos que se debatieron en el primero, son los mismos que en el segundo proceso, a fin de no repetir una prueba ya existente provocando una dilación injustificada del litigio, garantizando desde luego el traslado a la contraparte para que pueda objetarlo si así lo considera pertinente (Arts. 185 y 239 del C.P.C.).

- **Prueba documental:** Artículo 21-2 y 21-6, que se refieren a los regímenes de reconocimiento y exhibición de documentos, respectivamente; cuando se aportan documentos privados como pruebas dentro de un proceso se requiere efectuar una diligencia de reconocimiento en los términos del Art. 273 del C.P.C. Con el Decreto 2651 se evita las molestias de hacer concurrir al despacho judicial a la persona de la cual proviene el documento, que ordinariamente se mostrará renuente a asistir por considerar el asunto una pérdida de tiempo. Con la declaración autenticada en notaría se puede prescindir de esta diligencia, ahorrando un tiempo considerable, sin que se pierda en manera alguna el mérito probatorio del documento.

Si el documento proviene de un tercero, bastará anexar un escrito en el cual este exprese que está de acuerdo con la aportación de dicho documento al litigio; pudiéndose así prescindir de la diligencia de la exhibición de documentos, que ya no es necesaria con el escrito a que hace mención el Decreto 2651.

Sin embargo, el Decreto 2651 no trae norma especial respecto de la valoración de los documentos privados, por lo cual continúan aplicándose las normas contenidas en los Arts. 277 y 279 del C.P.C.

- **Testimonio:** Artículo 21-3, según el cual se puede solicitar que se tenga en cuenta la declaración rendida con anterioridad al proceso siempre que cumpla con las formalidades previstas, sin que haya lugar a solicitar la preconstitución de la prueba al juez. Esto resulta ser muy útil en la práctica dado que al momento de los hechos que pueden dar lugar al litigio suele ser imperioso tomar la declaración en ese preciso momento para obtener una versión lo más fidedigna posible de los hechos.
- Igualmente este artículo permite que los apoderados citen a los testigos a sus oficinas para que rindan testimonio, de esa manera no tiene que esperar a que el juez decrete la prueba para que se practique el testimonio. Esto desde luego no impide que cuando el juez tenga alguna duda haga com-

parecer al testigo, para que complemente o aclare su declaración.

- **Interrogatorio de Parte:** Artículo 21-7, dado que las partes son las que conocen mejor los hechos sobre los cuales versan las pretensiones y las excepciones, que mejor que ellas mismas sean las que elaboren las declaraciones de parte de los dos extremos en conflicto, desde luego, en presencia de los apoderados de ambas partes para que no se hagan preguntas sugestivas o conductivas, capciosas, superfluas o impertinentes. Con esto se pone fin a la discusión de si se debe o no practicar la diligencia cuando no asiste el apoderado de la contraparte, puesto que si las partes se comportan de manera seria y leal podrán llegar a un acuerdo y evitarse molestias y dilaciones injustificadas del proceso.

147

Son muchas las críticas que se hacen a estas herramientas jurídicas; admitimos que la mayor parte de ellas provienen de los abogados litigantes; así por ejemplo argumentan que las pruebas practicadas sin la presencia del Juez atenta contra el principio de intermediación; en lo que respecta a la prueba testimonial que el testigo entonces puede mentir con más facilidad, etc, olvidando que las conveniencias son muchas: la primera, se aquilata, se dignifica la profesión de abogado, ¿porqué pensar que es imposible que dos personas que tienen intereses contrapuestos puedan dialogar y llegar a concertaciones?; ¿por qué pensar que la presencia del Juez es lo que hace que una parte y/o un testigo sea verás o mendaz? ; ¿por qué creer que la imparcialidad, reputación o conducta intachable de un perito depende de la presencia del funcionario judicial?; ¿quién puede pensar que la tacha de falsedad documental es improcedente si el reconocimiento o exhibición de un documento no se surte en presencia del Juez?. Consideramos que las argumentaciones son “embelecós” de los abogados. Es válido hacer el siguiente análisis: el hecho de que las pruebas hayan sido practicadas fuera del proceso DE COMUN ACUERDO POR LAS PARTES, no impide que al ser incorporadas al mismo, el juez tenga que valorarlas como cualquiera otra que se practicó en su presencia; aún más el artículo 21 del decreto tantas veces mencionado, es claro en ese aspecto: *“las pruebas... serán apreciadas por el Juez como lo dispone el artículo 174 del C.P.C”* ... Debe entenderse que el artículo es el 187 del C.P.C., pues es éste el que señala el procedimiento para

la apreciación de las pruebas; como si lo anterior fuera poco también señala el art 21 que la prueba así recaudada jamás supe la iniciativa probatoria del Juez, cuando éste para disipar cualquier duda, decrete oficiosamente las pruebas que a su juicio sean útiles para el esclarecimiento de los hechos.

Consideramos, que ante todo hay que fomentar en el gremio de juristas que la labor de los apoderados, al igual que la del juez, debe ser imparcial y desapasionada, que no tiene sentido ver a la contraparte como un enemigo personal y que en ningún momento se están perjudicando los intereses de sus poderdantes por el hecho de llegar a acuerdos tan elementales como los que versan sobre la práctica de pruebas en los términos expuestos.

148 En todo caso, no hace falta ahondar demasiado en torno a la potestad que continua teniendo el juez de valorar las pruebas, y a su calidad de director del proceso. En ese sentido, cualquier violación al debido proceso que se presente con la aplicación del Art. 21 del Decreto 2651 de 1991, deberá ser corregida por el juez de oficio o a solicitud de la parte afectada. Este artículo 21 debe estudiarse y analizarse en concordancia con los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 446/98, pues pensamos que lo complementan, agilizan y aclaran.

Conviene precisar, tal como lo dispone el artículo 14 de la ley 446/98, que las disposiciones contenidas en el artículo 21 del Decreto 2651/91 y en el capítulo 4 de la ley en cuestión, no son aplicables en materia penal.

3. PRUEBA DE LA PATERNIDAD A TRAVÉS DEL ADN

3.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Presentar una breve reseña sobre la evolución de la prueba genética, impulsando a los jueces a documentarse sobre este medio probatorio, pues es fundamental para realizar una correcta y justa valoración de este tipo de prueba.
- Estudiar las distintas posiciones sobre el valor probatorio de dicha prueba y cuestionar si en torno a este tema se está consagrando o no una tarifa científica.

3.2 AVANCE EN LA PRUEBA GENÉTICA

La ciencia y la tecnología nos han demostrado cómo diversos y cada vez más seguros exámenes de paternidad se fueron implementando, al punto de llegar a demostrar la paternidad en porcentaje superior al 99.99%. Por supuesto que en Colombia ha habido un avance en la prueba genética; por tratarse el presente módulo de una Teoría General de la Prueba Judicial, su análisis será eminentemente jurídico y probatorio, para evitar incurrir en errores de apreciación desde el punto de vista científico, más aún cuando el tema es tratado de una manera exhaustiva, en el módulo “PRUEBAS DE ADN EN INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD” por la Dra. Rosa Herminia Castro de Arenas y publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

149

En síntesis, la prueba genética en Colombia ha evolucionado así:

- a) Iniciamos con las pruebas sobre grupos sanguíneos eritrocitarios (glóbulos rojos), que se realiza mediante la aplicación de reactivos de membrana, para determinar si hay o no aglutinación y establecer los grupos sanguíneos que corresponden a la muestra analizada, la cual sirve para excluir la paternidad pero nunca para incluirla, toda vez, que el grado de compatibilidad es muy bajo;
- b) Más adelante se continuó con la prueba ANTROPOMORFOLÓGICA, la cual se basa en el parecido físico y consiste en el examen y comprobación de los caracteres hereditarios, los cuales son transmitidos según las leyes de Mendel; actualmente se hacen exámenes comparativos de 360 caracteres diferentes, y entre ellos algunos son: las orejas, la nariz, la boca, el mentón, los ojos, el color del cabello, la forma de la columna vertebral, etc;
- c) Luego vino el sistema HLA (HUMAN LEUCOCITY ANTIGEN)- ANTIGENOS HUMANOS LEUCOCITARIOS (glóbulos blancos), que se realiza en células nucleadas entre las cuales se hayan los glóbulos blancos, prueba que es confiable en la medida en que se disponga

de la frecuencia genética poblacional, esto es, la probabilidad que un individuo sea el padre de otro dentro de una población determinada, o lo que es igual, cuántas personas en una determinada población comparten el mismo marcador genético que porta el presunto padre al que se le hace el análisis;

- d) Aparece en escena la prueba del ADN o HUELLA DIGITAL, sustancia que se halla en las células nucleadas o eucarióticas de los organismos superiores. Al unirse las dos células (gametos), masculino y femenino (esperma y óvulo), mediante división celular en las glándulas sexuales denominada meiosis, se reducen los cromosomas a 23 (espermatogénesis y ovogénesis) de manera que el espermatozoide va dotado de 23 cromosomas al igual que el óvulo, para formar un nuevo ser con 46 cromosomas, de los 23 cromosomas de cada padre los primeros 22 son somáticos y el 23 es sexual, que en el hombre puede ser X o Y, y en la mujer siempre es X. En los cromosomas se hallan los genes que constituyen la unidad básica de la herencia la cual es transmitida de padres a hijos quienes heredan sus rasgos físicos, como la forma de las uñas, el color de la piel, el de los ojos, del cabello, la estatura, algunas de las enfermedades, entre otros. Los genes son fragmentos de ADN formados por componentes de desoxirribosa, fósforo combinados con cuatro bases nitrogenadas Adenina, Tiamina, Guanina y Citosina, bases que constituyen un lenguaje biológico que son como un idioma construido por cuatro letras, A, T, G, C., que unidas al fosfato y la pentosa, constituyen un nucleótido, los cuales están repetidos en combinaciones diferentes en todas las células del organismo, que constituyen un código que al ser leído y traducido por las células conforman y transmiten la información hereditaria. Se cree que en cada célula existen unos tres mil millones de nucleóticos, prueba que por la misma tecnología ha venido avanzando, utilizando los sistemas de VNTR/RFLP, e inserciones ALURs,

(Polímeros de ADN repetitivo) que han venido desplazando a las demás pruebas por su alto grado de confiabilidad.

- e) Finalmente, la prueba del ADN MITOCONDRIAL y del CROMOSOMA Y, que arrojan un resultado de altísima fiabilidad, ya que se analiza en el primer caso el ADN transmitido por la madre, el cual se hereda exclusivamente por línea materna y tiene que ser idéntico al de ésta; y el segundo, sirve para analizar la transmisión hereditaria por vía paterna, es así, que la determinación del parentesco por marcadores ADN del cromosoma Y, todos los varones de una misma familia reciben el mismo cromosoma “Y”, con él se pueden reconocer con tecnología de ADN., la existencia de otros supuestos hijos no reconocidos como por ejemplo: *hijo no reconocido e hijo reconocido; presunto hijo demandante y tíos, hermanos del fallecido; presunto abuelo paterno e hijo no reconocido, entre otros.*

151

En la actualidad, para poder establecer la filiación de una persona deben tomarse muestras, tanto del presunto padre, como de la madre y del hijo quien demanda, pero esto no quiere decir, que si el presunto padre no aparece, éstas no se puedan tomar a otras personas del grupo familiar como se explicó anteriormente, ya que el avance de la ciencia y de la tecnología, nos permiten hoy en día suplir la ausencia del padre con familiares con el mismo cromosoma “Y”, dicha muestra se puede obtener a partir de semen, tejido sanguíneo, huesos, frotis bucales, saliva, bulbos capilares, sangre vieja o fresca, dientes guardados por algún familiar, cigarrillos, peinillas, orina, materia fecal, o en general, cualquier resto biológico o material los cuales arrojan marcadores genéticos, obteniéndose una certeza del 99.99%.

3.3 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA BIOLÓGICA EN LOS PROCESOS EN QUE SE INVESTIGA LA PATERNIDAD

Por primera vez en Colombia, con la expedición de la Ley 75 de 1968, se dio aplicación a las pruebas biológicas las cuales aparecen en virtud del avance científico que ayudan a la verificación de la paternidad. Se comprendió que los jueces necesitaban de la ayuda de expertos en asuntos de filiación y de la necesidad de propender en acercar

la realidad jurídica a la realidad biológica. Para ese entonces se realizaban principalmente análisis del tipo sanguíneo que arrojaban un margen de certeza de alrededor del 70%. Por ello, el juez al momento de fallar se basaba en el análisis de las pruebas indirectas, y el dictamen que en la mayoría de los casos no se realizaba, era valorado como un simple indicio de exclusión de paternidad, por el bajo grado de credibilidad del mismo.

152 Es el criterio jurisprudencial producido a partir de la Ley 75 de 1968, el que ha marcado la aceptación de los avances de la ciencia y la tecnología, otorgando el grado de credibilidad y de certeza a la prueba pericial ordenada en el artículo 7º, de la mencionada ley, de acuerdo con el avance científico que cada momento iba estableciendo; es así, que la Corte Suprema de Justicia decía que la prueba biológica basada en grupos sanguíneos con resultados de COMPATIBILIDAD, podía catalogarse como un indicio, que posibilitaba la valoración de las demás apreciaciones probatorias, indicio de carácter contingente que por sí solo no servía de fundamento para tomar la decisión.

La principal prueba que servía en aquellas épocas para la declaración de paternidad por vía judicial, era la testimonial, por ser la más utilizada en dichos procesos, prueba que debía recibirse con estricta sujeción a las normas que para su ordenación, recepción y valoración se exigían, expresando la jurisprudencia que, su análisis no debía ser tan riguroso para no hacer inalcanzable la comprobación de la paternidad natural.

Desde el año de 1994 hasta el mes de noviembre de 1999, época en que ya había aparecido la prueba genética a través del sistema de HLA, la jurisprudencia seguía manteniendo el criterio que la prueba que contiene el artículo 7º de la Ley 75 de 1968, dictamen pericial era una prueba más dentro del juicio y no una causal de paternidad.

En la actualidad y a partir de la sentencia del 22 de noviembre de 1999, se aceptaron las pruebas biológicas existentes, por considerarlas más contundentes con una probabilidad de certeza casi exacta en cuanto a la paternidad, manifestando la Corte Suprema de Justicia que, la prueba pericial tiene un mayor PESO PROBATORIO, frente a las otras probanzas de carácter indirecto.

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 10 de marzo de 2000, M.P. el Doctor Jorge Santos Ballesteros, manifestó: *“No se trata acá de desechar de un tajo las pruebas testimoniales o documentales recaudadas y que den cuenta, a criterio del juzgador, del trato íntimo o especial que una pareja se prodiga en una época predeterminada y coincidente con la concepción, para de allí inferir las relaciones sexuales que dieron origen a un ser humano cuya paternidad se investiga. No. Se trata de resaltar, con la altura exacta a la que llega hoy la ciencia, que los avances de ésta, a pesar de no estar recogidos positiva o expresamente en la ley, no puede echarse de menos, cuando lo cierto es que de las meras conjeturas e inferencias, por virtud de la ciencia se puede pasar hoy a una prueba menos indirecta de la filiación, prueba que, por lo demás, es de obligatoria práctica, según las voces del artículo 7° de la Ley 75 de 1968, que por cierto no contempla la prueba que acá sembró la duda, referida a la posible paternidad de un tercero, distinto del demandado. Es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, salvo que aquella no sea posible obtener”*.

153

“(…)

“Pero la Corte, tomando pie en la función de unificación de la jurisprudencia que por ley se atribuye a la casación, estima oportuno llamar la atención en cierto aspecto que, en materia de filiación ha solido pasar a segundo plano, cuando hoy se impone en la investigación de paternidad”.

“Se reitera, hoy es posible destacar que esas probanzas indirectas (testimonios, cartas, seducción dolosa) no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas. Porque la paternidad, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (y al margen de consideraciones éticas o de procedimientos en que no cuente la voluntad de ese padre biológico, tópicos que la Corte no entra en esta oportunidad a analizar), es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta, mediante procedimientos que el medio científico colombiano ofrece y que distan hoy mucho de los que el legislador de 1968 pudo tener en mente”.

“Lo anterior obliga a la Corte a instar a los jueces colombianos a que en el decreto y práctica del dictamen pericial que dé cuenta razonada de la prueba biológica que busca esclarecer la paternidad, se busque la utilización de los más recientes sistemas científicos que estén en aplicación en el medio colombiano, y de los que pueda predicarse su accesibilidad”.

154

Teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha venido desarrollado tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, quienes han dado las pautas para la obligatoriedad de la prueba genética y el valor probatorio que ésta debe tener en el sentido de que prevalece frente a las probanzas indirectas, y el innegable avance científico, el legislador expidió la Ley 721 de 2001, que en su artículo 1º, ordena a los jueces a decretar de oficio dicho examen: *“El artículo 7º de la Ley 75 de 1968, quedará así: Artículo 7º. **En todos los procesos para establecer la paternidad o maternidad, el juez de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.99%, dejando la posibilidad que debido al avance de la ciencias se vayan descubriendo otro tipo de pruebas con las que también se pueda establecer la paternidad”.***

3.4 LA PRUEBA CIENTÍFICA FRENTE A LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD

El artículo 6º de la Ley 75 del 1968, que modificó y mejoró las causales establecidas en la Ley 45 de 1936, presunciones de paternidad que la ley recogió como medio facilitador para la demostración de las relaciones sexuales establece que:


“Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

- 1) *En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.*
- 2) *En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio.*
- 3) *Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga confesión inequívoca de paternidad.*

- 4) *En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el Art. 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de la circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.*

En el caso de éste ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos que se acredite que aquel por actos positivos acogió el hijo como suyo.

- 5) *Si el trato personal dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto demostrado con hechos fidedignos, fuere, por su características, ciertamente indicativo de paternidad.*
- 6) *Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo.”*

	<p>Desde la expedición de la Ley 75/68, se practica la prueba biológica, la cual era valorada como un INDICIO, la prueba idónea para fallar era la indirecta. Hoy día, debido a los avances de la ciencia, la tecnología y la jurisprudencia, la prueba más conducente es la directa: la prueba científica; la cual no excluye los demás instrumentos probatorios.</p>
---	---

Frente a las presunciones de paternidad, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 10 de marzo de 2000, mencionada anteriormente, manifestó: “*Es imperioso que los jueces que a su cargo tienen la delicada función de declarar la paternidad o negarla, adviertan y*

tomen de plena conciencia de que más que las meras presunciones de paternidad que la ley recogió como medio facilitador para la demostración de las relaciones sexuales, hoy la ciencia ofrece un camino expedito que salta sobre esas otrora necesarias relaciones sexuales. Ya sin sorpresa se registran en la actualidad procedimientos científicos que, por ejemplo, sustituyen la relación sexual y consiguen la fertilización del óvulo femenino, por lo que el juez, atento como debe estar a los cambios de su tiempo, debe darle apenas una discreta importancia a las probanzas indirectas que tienden con la imperfección que les son propias, a demostrar la relación sexual y por este camino la paternidad biológica inferida. En cambio debe el juez en la medida que le sea posible obtenerla, aquilatar la prueba científica teniendo presentes como antes se dijo, la pertinencia, erudición de los peritos, comprensión del tema, precisión en las respuestas, apoyo científico que utiliza, etc”.

A. DISTINTAS POSTURAS CONCEPTUALES SOBRE LAS PRESUNCIONES Y LA PRUEBA GENÉTICA:

- Tanto de las manifestaciones realizadas por la Honorable Corte Constitucional, como la de la honorable Corte Suprema de Justicia, y de lo establecido en la Ley 721 de 2001, parece ser, que las presunciones consagradas en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, tienden a desaparecer, en el sentido de que teniendo que practicarse la prueba directa obligatoriamente, las demás probanzas o pruebas indirectas, testimonios, documentos, etc, pierden todo peso, es decir, se impone hoy la declaración de ciencia frente a la reconstrucción histórica, es así, que el juez debe –en la medida que le sea posible– obtener la prueba genética, aquilatar la prueba científica teniendo presente, la pertinencia, erudición de los peritos, comprensión del tema, precisión en las respuestas, apoyo científico que utiliza, etc.



Los jueces deben estar preparados de la manera más idónea, para poder entender, analizar y valorar esta prueba pericial; y así dejar de ser unos

<div data-bbox="217 232 332 354" data-label="Text"> </div>	<div data-bbox="418 205 1058 460" data-label="Text"> <p>convidados de piedra frente a la misma. En la práctica, al llegar el dictamen al despacho del Juez se anexa al expediente y se corre traslado del mismo a las partes, sin haberse analizado, pudiendo solicitar las aclaraciones, evitando así pérdida de tiempo y hacer más llevadera la situación al demandante, que en la mayoría de los casos es el más desfavorecido.</p> </div>
--	---

- De otro lado, la prueba indirecta testimonios, documentos e indicios, resulta indispensable en la medida que la prueba científica no se pueda obtener, y las presunciones de paternidad seguirán operando, hasta que el Estado ponga en funcionamiento en todos los departamentos del país, un departamento de genética en el que puedan practicarse todas las pruebas biológicas y garantice la idoneidad de los peritos, programas y métodos de control de calidad de los procesos y resultados, almacenamiento y cadena de custodia de la muestra, control de desechos químicos, programas para cálculo probabilístico, base de datos poblacionales, entre otros, en fin, desarrolle en su totalidad lo estipulado en la Ley 721 del 24 de diciembre de 2001.

157

B. *LA EXCEPTIO PLURIUM COSTUPRATORUM* FRENTE A LA PRUEBA GENÉTICA

En la mayoría de los casos cuando existe duda de la paternidad, da lugar a la búsqueda de la filiación, derivado de ello, existe la posibilidad que la madre haya podido tener relaciones sexuales con más de un varón.

La Ley 75 de 1968 en su artículo 6°, numeral 4, inciso 3°, establece: “En el caso de éste ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, *o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época, la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos que se acredite que aquel por actos positivos acogió el hijo como suyo.*

Hoy en día, la problemática a analizar es que una mujer haya podido tener relaciones sexuales con varios hombres durante el período de la concepción; para determinar o impugnar la paternidad, tiene que darse un tratamiento diferente al que se daba en el pasado, por las siguientes razones:

1. Porque hoy se proclama la filiación como un derecho a la personalidad y la *exceptio plurium* no debe ser obstáculo que impida averiguar quién es el padre biológico.

2. Porque gracias al avance de la ciencia y de la tecnología, se puede saber a ciencia cierta quién es el padre.

3. Porque uno de los pilares de la Constitución de 1991, es el respeto a la dignidad humana y no se debe someter a la mujer a escarnio público, teniendo a la mano mecanismos para realizar la búsqueda de la verdad, que hoy con el avance de la ciencia se puede determinar en un porcentaje del 99.99%, quién es el padre.

4. Porque no se debe dar oportunidad al demandado para que manipule el proceso, ya que en la mayoría de los casos, se buscan testigos falsos que afirmen que la madre ha tenido relaciones sexuales con otros hombres y así lograr que no se declare la paternidad demandada.

Ahora bien, el problema que se presenta cuando se plantea la *exceptio plurium* es cómo vincular al proceso todos los hombres que tuvieron relaciones sexuales con la madre para la época de la concepción, o cuando aquella no se propuso, pero la madre por comercio carnal no sabe quién es el padre. ¿Cómo hacer para poder establecer la verdadera paternidad si el legislador colombiano no ha regulado la materia? Aquí, el dilema ya no es probatorio sino procesal, nos estamos quedando cortos, en el sentido de que la ciencia avanza a grandes pasos y la legislador no ha logrado equipararse a ella.

C. PRÁCTICA Y CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA

La prueba biológica es pericial y en consecuencia debe someterse a los lineamientos generales que sobre esta experticia trae el Código de Procedimiento Civil; ahora bien: como se trata de una prueba preferencial, respecto de las demás que llamamos históricas, la Ley 721/01 precisa de manera puntual cómo debe practicarse dicha prue-

ba; esto es: a) los laboratorios para la práctica de dichos experticios deberán estar legalmente autorizados y certificados por autoridad competente de conformidad con estándares internacionales; b) la técnica que debe emplearse es el de ADN con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza, es decir el 99.99%; c) practicada la prueba el informe que se presenta al Juez, mínimo deberá contener: identificación completa de quiénes fueron objeto de la prueba, valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad, breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen, frecuencias poblacionales utilizadas y la descripción del control de calidad del laboratorio, todo lo anterior conforme al artículo 7º párrafo 3º de la Ley 721/01.

Practicada la prueba biológica, se surtirá la *contradicción* de la misma, el artículo 4º de la Ley 721/01 que se estudia en concordancia con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, indica: recibido el dictamen por el juzgado, este se pone a disposición de las partes, quienes pueden pedir aclaración, complementación u objete el dictamen por error grave.

D. ¿TARIFA CIENTÍFICA?

Ante todo hay que decir, que para la valoración de cualquier prueba científica consistente en el análisis de elementos biológicos hay que acudir a las fuentes del Derecho, iniciando por la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y al Régimen Común de los recursos genéticos contenido en la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena.

Alguna parte de la doctrina interpreta la Ley 721 de diciembre 24 de 2001, en el sentido de entender que hoy día no hay lugar a acudir a otras pruebas, porque la del ADN es la más conducente de todas. Amparan sus argumentos que en estos procesos, el margen de valoración del juez es bastante reducido, y por tanto, quien en realidad está tomando la decisión sobre la paternidad es el científico y no el operador del Derecho; en otras palabras, que la valoración de la prueba técnica no sigue las directrices del artículo 187 del C de P. C., según el cual las pruebas deberán ser apreciadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se fundamentan para ello en el artículo 8º de la ley.

Planteamiento que no compartimos y pensamos que la interpretación es sesgada; en efecto: es cierto que son muchas las ventajas y los beneficios para las partes, derivadas de este tipo de pruebas, en donde las inferencias y la dialéctica en torno al fondo del asunto no pueden superar la veracidad de las ciencias exactas y los análisis científicos, pero es que la prueba científica no es prueba tasada por el legislador, por supuesto que es la más conducente, mas no es la única, y a nuestro juicio sería un retroceso pensar en tarifa científica; nuestros jueces del siglo XXI se capacitan, son estudiosos, tienen una concepción globalizada del derecho, son servidores sociales a la luz de nuestra Constitución Política, y como bien lo afirmamos atrás, no en todas las regiones del país hay departamentos de genética; así las cosas aún están vigentes las probanzas indirectas para los procesos de filiación en materia de investigación de la paternidad o maternidad, en la medida en que al Juez no le sea posible obtenerla mediante la prueba científica.

Agregamos también que la ley si bien otorga con dicha prueba un mayor grado de certeza (99.99%), ella no es absoluta, pues existe un margen, así sea mínimo, de error; por ello dichas pruebas deben someterse para la apreciación del fallador a las reglas de la sana crítica, que es el sistema de valoración que se impone en nuestra legislación procesal colombiana, incluyendo este tipo de instrumentos probatorios, y además analizar en conjunto dichas probanzas con las otras recaudadas en el proceso.

En conclusión, podemos decir: que al juez no solo le corresponde un control de legalidad, es decir, verificar que el dictamen pericial cumpla con los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, y que en efecto los resultados allegados versen sobre muestras auténticas pertenecientes a quienes cuyo parentesco se busca establecer, que no hayan sido alterados en forma alguna, que se hayan utilizado los instrumentos apropiados, y que sea practicado por un laboratorio certificado, en los términos de la ley en mención, sino también lo definitivo: VALORAR LA PRUEBA CIENTÍFICA.

E. LEGISLACIÓN COMPARADA.

En materia de filiación, las legislaciones de gran parte de los países en el mundo, se han puesto acorde con el avance de la ciencia y

la tecnología, permitiendo la libertad probatoria en aquellos procesos en los que se investiga la paternidad o maternidad. A manera de ejemplo mencionemos:

- **CUBA:** El Código de familia de Cuba preceptúa en el artículo 78: *“La impugnación solo podrá fundarse en la imposibilidad de los cónyuges para haber procreado el hijo.”*
- **ARGENTINA:** El Código Civil Argentino prescribe en el artículo 258: *“El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre, o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida, en razón de pruebas que la contradice; para acreditar esta circunstancia, podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre.”*
- **ESPAÑA:** En la legislación española aparece el artículo 127 del Código Civil, modificado por la Ley 11 de mayo 13 de 1981, que reza: *“En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad, mediante toda clase de pruebas, incluso las biológicas”*.

El artículo 135 ibídem dice: *“Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte: del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo.”*

Respecto al reconocimiento que estipula esta norma, la doctrina ha manifestado que el hecho análogo podría ser cualquier cohabitación idónea para la procreación, anotándose que el artículo 39.2 de la Constitución Española consagra que *“La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”*

- **PERÚ:** Recientemente modificó su legislación, expidiendo la Ley 27048 del 28 de diciembre de 1998, con la cual derogó y cambió algunos artículos del Código Civil que

hacían alusión a la declaración de paternidad y de maternidad y a la impugnación de estado, y se introdujo la prueba biológica, genética u otra de igual o mayor grado de certeza en los procesos en que se ejerzan dichas acciones.

Estipuló la obligación de indemnizar los perjuicios causados cuando se inicia un proceso de mala fe valiéndose de la prueba del ADN, y estableció que el Estado determinará los medios o mecanismos necesarios para facilitar la práctica de la prueba, cualquiera que sea idóneo para la consecución de la paternidad o maternidad.

162

- **ITALIA:** Desde la expedición de la Ley del 19 de mayo de 1975, se permite investigar la paternidad por cualquier medio probatorio, sin establecer presunciones como lo establece la legislación colombiana.
- **BOLIVIA:** El Código Civil de Bolivia igualmente consagra en el artículo 187: *“El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo.”*
- **VENEZUELA:** El Código Civil de Venezuela, así mismo, en su artículo 233 reza: *“Los Tribunales decidirán, en los conflictos de filiación, por todos los medios de pruebas establecidos, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado.”*
- **EUROPA:** El Parlamento Europeo en la “Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética”, de 16 de marzo de 1989, especifica *“21. Los análisis genéticos en los procedimientos judiciales solo pueden realizarse con carácter excepcional y exclusivamente por orden judicial y en ámbitos estrechamente delimitados y que puedan utilizar únicamente aquellas partes del análisis del genoma que revisten importancia para el caso y que no permitan ningún tipo de deducciones sobre la totalidad de la información hereditaria.”*

AUTOEVALUACIÓN

t

1) ¿Considera usted que se justifica mantener en el Código de Procedimiento Civil el Art. 177, que establece una regla general respecto de la carga de la prueba, cuando existen tantas excepciones? Explique.

2) ¿Cree usted que la carga de la prueba –noción tradicional–, la carga dinámica de la prueba y el decreto oficioso son regímenes excluyentes?

3) Haga un cuadro comparativo entre el régimen de falla en el servicio o falla probada, el daño antijurídico y la falla presunta. Señale las características principales, el campo de aplicación, el tipo de daño que buscan resarcir y la distribución de la carga de la prueba.

4) Qué opina usted sobre la práctica de pruebas de común acuerdo por las partes: ¿cree que los profesionales del Derecho reúnen las calidades éticas e intelectuales para no privar de credibilidad y seguridad jurídica al proceso con esta práctica?

5) ¿Qué sucede con las presunciones de paternidad frente a la prueba científica?

6) Será que frente a la Constitución Política y a la realidad del avance de la ciencia para averiguar la paternidad se hace inoperante la *EXCEPTIO PLURIUM CONSTUPRATORUM* Justifique su respuesta.

7) ¿Está de acuerdo con establecer la prueba de ADN como plena prueba de la paternidad, a la manera de una tarifa científica? Exponga sus argumentos a favor y en contra.

Bibliografía

- Arboleda Toro, Néstor.
Aprender a aprender: Módulo del Discente. Consejo Superior de la Judicatura; Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2000.
- Arazi, Roland.
La prueba en el Derecho Civil. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1991.
- Arenas Salazar, Jorge.
Pruebas penales. Ediciones Doctrina y Ley. 1996.
- Bermúdez, Martín y Suárez, Daniel.
Propuesta para una reforma del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Bogotá. 1999.
- Cabanellas Guillermo.
Diccionario jurídico elemental. Editorial Heliasta. Argentina. 1998.
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo.
La Redacción del Texto Jurídico. Editorial Linotipia Bolívar y Cía. S. en C.. Bogotá. 1999.
- Calamandrei, Piero.
Proceso y democracia. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1960.
- Castro de Arenas, Rosa Herminia.
Pruebas de ADN en investigación de la paternidad. Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Universidad Nacional de Colombia, Unibiblios. Bogotá. 2000.
- Couture, Eduardo J.
Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina. 1981
- Dei Malatesta, Nicola Framarino.
Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Editorial Temis S.A. tomo I. Bogotá. 1995.

Devis Echandía, Hernando.

Teoría general de la prueba judicial. Editor Victor P. de Savalia, 5ª Edición. Buenos Aires. 1981.

Dellepiane, Antonio.

Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis S.A., 9ª Edición. Bogotá. 1983.

Dohring, Erich.

La prueba, su práctica y apreciación. Editorial Biblios; Barcelona. 1978.

Eco Umberto.

Interpretación y Sobreinterpretación. Cambridge University Press. New York. 1995.

166

Florian, Eugenio.

De las Pruebas Penales. Editorial Temis S.A. Tomo I. Bogotá. 1995.

Granados Peña, Jaime.

Medio probatorio y los indicios. publicado en el módulo *Prueba Judicial*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá. 2000.

López Blanco, Hernán Fabio.

Instituciones de derecho procesal civil, Tomo I; Dupré Editores, 7ª Edición; Bogotá. 1997.

Martínez Echeverri, Leonor; Martínez Echeverri, Hugo.

Diccionario de filosofía. Editorial Panamericana; Bogotá, D.C., Colombia. 1997.

Manzini, Vincenzo.

Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1952.

Martínez Pineda, Ángel.

Filosofía Jurídica de la Prueba. Editorial Porrúa. México. 1995.

Merryman, Jhon Henry.

La Tradición Jurídica Romano–canónica. Fondo de Cultura Económica; México. 1993.

- Parra Quijano, Jairo.
Manual de derecho probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2000.
- Pelayo García, Ramón.
Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado; Ediciones Larousse; Paris, Francia. 1964.
- Real Academia Española.
Diccionario de la Lengua; Tomo I, XXI edición. Espasa Calpe S.A.. Madrid, España.
- Rodríguez, Gustavo Humberto.
Curso de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional, 5ª edición. Bogotá, D.C., Colombia. 1995.
- Sentís Melendo, Santiago.
La Prueba. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1990.
- Vallejo, Felipe.
El arte de contrainterrogar. traducción del extracto del libro *The Art Cross Examination* de Francis L. Wellman
- Villamil Portilla, Edgardo.
Algunas reflexiones sobre la prueba por indicios. publicado en el módulo *La prueba judicial*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. 2000.

Anexo I

LEY 794 DE 2003

La Ley 794 de 2003 lo que hace es **articular** las disposiciones que en materia de pruebas contiene la legislación de descongestión, con los preceptos legales que encierra el actual C. de P. C.; ya que la reforma propiamente dicha consiste en modificar algunos artículos de la Parte General del Código y otros de la Parte Especial con especial énfasis en el Proceso Ejecutivo. En otras palabras: la Ley 794/03 no representa una reforma integral, no es estructural, sino simplemente operativa, en el sentido que con los cambios introducidos contribuirá a solucionar los inconvenientes que más frecuentemente se presentan en los litigios y por tanto dilatan innecesariamente el trámite de los mismos.

169

En líneas generales, los cambios consistieron en:

- Adicionar que cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, presente experticios.
- Agregar los actos probatorios que las partes de común acuerdo pueden realizar.
- Establecer que los indicadores económicos son hechos notorios.
- Introducir la calificación de las preguntas por el juez, antes de la práctica del interrogatorio de parte.
- Sustituir la posibilidad que tiene la parte interrogada de consultar documentos u otros papeles, con la de presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declara.
- Facultar al juez para que, en caso de confesión ficta o presunta, deje constancia en el acta respectiva de si los hechos son o no susceptibles de prueba de confesión, teniendo en cuenta las circunstancias de que exista o no interrogatorio escrito.

- Sustituir la posibilidad que tiene el testigo de consultar documentos u otros papeles, con la de presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declara.
- Reducir el número de peritos.
- Derogar la circunstancia, que en materia de aclaración, complementación y trámite de objeción por error grave, los títulos de los depósitos judiciales se entreguen a los peritos antes de decidirse el respectivo incidente.
- Agregar la presunción de autenticidad de que habla la Ley 446 de 1998 en sus artículos 11 y 12.
- Precisar la circunstancia de cuándo se exige la ratificación del contenido de un documento declarativo, para que sea valorado por el juez.
- Eliminar la circunstancia que las peritaciones anticipadas solo se puedan practicar con citación de la presunta contraparte.

Como las normas que fueron articuladas por la Ley 794 han sido estudiadas detenidamente en anteriores unidades, solo nos detendremos en las *modificaciones o cambios al Código de Procedimiento Civil en materia probatoria*:

- **Artículo 19:** El artículo 191 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

“Artículo 191. Notoriedad de los indicadores económicos. Todos los indicadores económicos nacionales se considerarán hechos notorios.”.

COMENTARIO: En primer lugar, indiquemos que la nueva norma debe estudiarse en concordancia con el artículo 177 inciso 2º del C. de P. C. que al referirse a los hechos notorios, los exime de probar, por lo menos, por quien los alega en un proceso; quiere lo anterior decir, de acuerdo con la nueva disposición, que cualquier indicador económico (precio de la UPAC, UVR, DTF, IPC, INTE-

RÉS BANCARIO, etc.) el Juez deberá verificarlo directamente, sin necesidad que la parte interesada aporte su certificación. Digamos que es una norma que da agilidad al proceso, pues evita su paralización con argumentos que un indicador económico no se probó, o que habiéndose probado no se hizo en copia auténtica. El ser un dato económico hecho notorio significa que es de público conocimiento no solo para las partes que sustentan sus extremos fácticos, sino también para el Juez.

- **Artículo 20.** El artículo 207 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

“Artículo 207. Requisitos del interrogatorio de parte. El interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia; en caso contrario, el peticionario deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba o presentarlo antes de la fecha señalada para interrogatorio. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia.

171

Previamente a la práctica del interrogatorio el juez calificará las preguntas formuladas en el pliego, de conformidad con los requisitos que señala el artículo 195 de este código, dejando constancia de ello en el acta.

De la misma forma, cuando esta deba practicarse por comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión.

La parte que solicita la prueba podrá, antes de iniciarse el interrogatorio, sustituir el pliego que haya presentado por preguntas verbales, total o parcialmente.

El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas; sin embargo, el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes para aclarar la exposición del interrogado o verificar otros hechos que interesen al proceso; así mis-

mo, el juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior cuya copia obre en el expediente, las manifiestamente superfluas y las que no cumplan con los requisitos del artículo 195 de este código. Estas decisiones no tendrán recurso alguno.

Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas.

Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero.

Las preguntas podrán ser o no asertivas.”.

COMENTARIO: Sea lo primero decir que el conocimiento de la parte sobre hechos materia del proceso se utiliza de manera eficiente con fines procesales y probatorios; aspectos que no tienen por qué ser diferentes en el proceso penal, en el civil o en el laboral, ya que el elemento común en los tres sistemas es el *saber de la parte*. Sin embargo, conviene precisar que en el proceso penal para la declaración de la parte sindicada se utiliza el interrogatorio libre del juez, sin coacción o apremio alguno, sin limitaciones y sin formalidad del juramento.

El sistema dispositivo puro predominante en el proceso civil, cuya iniciativa procesal y probatoria correspondía a las partes, y que operó hasta comienzos del Siglo XX, en las legislaciones de países de América del Sur, dio lugar a limitaciones o restricciones del interrogatorio de parte, tanto para el juez como para las partes; por ejemplo: el juez oficiosamente no podía decretarlo, se restringía a cuestionarios elaborados por la contraparte, limitados no solo al

número de preguntas sino a la forma y contenido de ellas, además de la formalidad del juramento, etc.

Hoy en día, cuando la tendencia mundial es la iniciativa probatoria del juez y Colombia no se sustrae a esa tendencia, las mencionadas restricciones al empleo del interrogatorio de parte, por el juez y las partes, resultan inconvenientes e ilógicas. Bien lo dice el tratadista italiano Mauro Cappelletti: “Siendo la parte la mejor informada del caso concreto que en el proceso se debe examinar, de ahí la indelegable necesidad que en todos los ordenamientos civiles existe, de utilizar la parte como fuente de prueba”, aún más lo califica como la conquista más importante del moderno proceso civil.

173

Pero, ¿Qué es el interrogatorio de parte? En sentido lato, se puede definir como la pregunta que el juez dirige a una parte a instancia de la otra; o, en casos excepcionales permitidos en la ley, por su propia autoridad. No se trata entonces de un medio de prueba per se, sino de un instrumento con fines específicos de prueba, porque la doctrina moderna está de acuerdo en reconocerle el valor probatorio que el juez le asigne, mediante una crítica libre del contenido de las declaraciones.

El artículo 207 del C.P.C. señala los requisitos que deben cumplir las preguntas a la parte; entre otros: que existe límite numérico para el preguntante, mas no para el juez; que las preguntas deben ser claras e inteligibles para que el absolvente sepa ciertamente qué es lo preguntado; que cada pregunta debe referirse a un solo hecho, lo cual no significa que un mismo hecho no pueda ser materia de varias preguntas; que las preguntas pueden ser asertivas o no asertivas; que las preguntas que impliquen responsabilidad penal al absolvente se formularán por el juez sin juramento con la prevención de que él no está obligado a responder. Pero también agrega que las preguntas no deben ser sugestivas, capciosas, superfluas, impertinentes e inconducentes.

Luego entonces, ¿qué es lo novedoso que introduce la Ley 794/03 sobre el particular? Uno, que el juez calificará las preguntas formuladas en el pliego antes de la práctica del interrogatorio de parte, y, dos, que esta calificación la condiciona a los requisitos de la confesión que señala el artículo 195 del C.P.C., pero entiéndase que aquí la expresión *calificará* debe interpretarse como que el juez determina, precisa o constata si las preguntas cumplen con los requisitos tanto de existencia, de validez y eficacia que apunta el 195, así como los que señala el inciso 5 del artículo 207 *ibídem*. En caso contrario el juez rechazará o excluirá la pregunta y contra esta decisión no es susceptible ningún recurso. ¿Conviene esta calificación previa? Pensamos que sí, en la medida en que ab initio todas las partes saben a qué atenerse con el interrogatorio; si una o varias de las preguntas planteadas no ayudan al esclarecimiento de los hechos o lo que es peor, de ella (s) no se obtiene una confesión, resulta desgastante e inoperante para el proceso que consten en el acta de la diligencia respectiva, cuando no podrán ser valoradas por el juez en la oportunidad procesal que corresponda.

La calificación previa que contempla la Ley 794 no significa valoración, entendida ésta como la operación intelectual o proceso mental de orden crítico que hace el juez sobre los medios de prueba que se han empleado en el proceso, con el fin de obtener certeza respecto de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones. En el proceso de valoración probatoria es indispensable utilizar los principios de la lógica para llegar a un correcto razonamiento, pero al lado de ella también actúan la imaginación, la psicología, la sociología, así como conocimientos científicos y técnicos. Insistimos que la expresión “calificar” empleada, se toma con la acepción de que el juez aprecie si las preguntas reúnen las calidades o requisitos dispuestos en las normas ya mencionadas.

- **Artículo 22.** El artículo 201 del Código de Procedimiento civil quedará así:

“Artículo 210. Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparece.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.”.

COMENTARIO: El artículo 210 del C.P.C. crea una ficción derivada de las diferentes alternativas o posiciones que la parte demandada (si es dentro del proceso) o notificada (si es prueba anticipada) puede asumir dentro de la audiencia en la cual absolverá un interrogatorio; contempla pues unas conductas procesales y sus correspondientes consecuencias:

- i. Conductas:** que el citado no comparezca, o que compareciendo sea renuente a contestar o conteste con evasivas.
- ii. Consecuencias:** que se le tenga por confeso o que las mencionadas conductas el juez las aprecie como indicio grave en su contra, según que los hechos, sean o no, susceptibles de prueba de confesión y las preguntas fueren, o no, asertivas, respectivamente.

iii. Elemento por considerar; las preguntas pueden estar contenidas en interrogatorio escrito; no existiendo este, la misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda o su contestación.

La Ley 794/03 respecto del artículo 210 produce los siguientes cambios:

- a) Deroga la expresión ...“**o a su continuación**”..., según la cual la presunción se hacía extensiva en el evento en que la parte no concurriera a la continuación de la audiencia, si bien había comparecido a la fecha y hora señaladas para la primera, y en esta se hubieren suspendido preguntas cuyas respuestas ameritaban la consulta de documentos u otros papeles. Ya con anterioridad nos habíamos referido a esta circunstancia, cuando hicimos el análisis del artículo 21 de la Ley 794/03; es lógica esta supresión para que haya concordancia al interpretar sistemática y armónicamente las normas en cuestión.
- b) Adiciona la circunstancia de que el Juez haga constar en el acta respectiva cuáles son los hechos susceptibles de confesión, según que haya o no interrogatorio escrito. ¿Conviene a los intereses del proceso esta innovación? Creemos que operativamente sí. Pensemos en el siguiente evento: La parte citada para la audiencia no compareció y el interesado acompañó interrogatorio escrito; de acuerdo con el cambio introducido por la 794, en la fecha y hora señaladas se levanta el acta para dejar constancia de esa circunstancia y además deberá el juez registrar qué hechos de los que contiene dicho interrogatorio se demuestran con la prueba de confesión. El operador jurídico en este momento no está haciendo ningún pronunciamiento sobre la declaración de confeso de la parte; entre otras razones, porque no es el momento procesal. Lo que hace el juez es *calificar* (entiéndase apreciar, constatar, determinar) la conducencia de la confesión respecto del hecho; ejemplo: Señor X, sírvase manifestar al despacho, cómo es cierto, sí o no, que usted celebró el contrato de compraventa de la finca “El Estribo”, ubicada en el municipio de

Vióta, alinderada como se indica en el hecho primero del libelo, con el Señor Y. En nuestro caso, la confesión no es el medio conducente para probar el hecho de la compraventa; esta particularidad o circunstancia es lo que el juez hace constar.

Argumentamos también que en el momento en que se levanta el acta respectiva, el juez tampoco está valorando, pues sabemos que la valoración es en conjunto con las otras pruebas practicadas dentro del proceso, por ello –generalmente– se hace esta fase de la actividad probatoria en la sentencia; aunado a lo anterior, recordemos que toda confesión, incluso la ficta o presunta, admite prueba en contrario; tal como lo señala el artículo 201 del C.P.C.

Pensar que el proceso es una caja de sorpresas que se abre solo al final, es impráctico y errado; los sujetos procesales deben saber lo que ocurre con los intereses de la parte que representan, justo en el momento que acontece: saber de antemano que el hecho es o no susceptible de confesión, es una voz de alerta para todas las partes, incluso para el juez en la medida en que este conozca el proceso y actúe como director del mismo.

177

- **Artículo 24.** El artículo 234 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

“Artículo 234. Número de peritos. *Sin importar la cuantía o la naturaleza del proceso, todo dictamen se practicará por un (1) solo perito.*”.

COMENTARIO: Modifica la Ley 794 en su integridad el contenido de la disposición del 234 del C.P.C.; cambio que redundará en beneficio tanto de los distintos usuarios como de los operadores jurídicos y que definitivamente analizado de consuno con las otras modificaciones introducidas por la ley en cuestión con respecto al dictamen pericial, agiliza el proceso y lo hacen menos gravoso –económicamente hablando– para las partes interesadas en este instrumento probatorio. En efecto: facilita el que

cualquiera de las partes presente experticios en las oportunidades para solicitar pruebas o practique la prueba de común acuerdo con su parte contraria; y, si se sigue el sistema tradicional: prueba practicada dentro del proceso, nos evitamos la viabilidad de desacuerdos entre los peritos sobre puntos importantes que llevan a la designación de un tercero afectando “el bolsillo” del usuario y haciendo más engorroso el trámite.

- **Artículo 25.** El artículo 239 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

178

“Artículo 239. Honorarios del perito. *En el auto de traslado del dictamen se señalarán los honorarios del perito de acuerdo con la tarifa oficial y lo que de ellos deba pagar cada parte. En el caso que se requieran expertos de conocimientos muy especializados, el juez podrá señalarles los honorarios sin limitación alguna, teniendo en cuenta su prestancia y las demás circunstancias del caso.*

Antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante deberá presentar al juzgado los títulos de los depósitos judiciales, los cuales se le entregan al perito sin necesidad de auto que lo ordene, una vez cumplida la aclaración o complementación ordenada y siempre y cuando no prospere alguna objeción que deje sin mérito el dictamen.”.

COMENTARIO: La Ley 794 introduce a nuestro juicio uno de los cambios más importante en materia de prueba pericial, como es el pago de honorarios de peritos; si se presentaba como consecuencia de la contradicción del mismo: aclaración, complementación y, en el peor de los casos, objeción por error grave, el perito una vez que recibía el pago de sus honorarios desaparecía no solo procesal sino físicamente; en materia de aclaración y complementación como no era posible ubicarlo en el término de los 10 días

para aclarar y/o complementar, ellos se volvían indefinidos y, por tanto, dilataba el proceso. ¿Qué no decir si prosperaba la objeción? Generalmente se tenía que cobrar ejecutivamente la devolución del dinero previamente entregado, con el desgaste para las partes, sus apoderados y para el proceso. En buena hora esta modificación.

- **Artículo 28.** El artículo 300 del Código de procedimiento Civil quedará así:

“Artículo 300. Inspecciones judiciales y peritaciones.
Con citación de la presunta contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso.

179

Podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial y con o sin citación de la parte contraria. No obstante, cuando una u otra verse sobre libros y papeles de comercio, se requerirá previa notificación de la presunta contraparte.

La petición se formulará ante el juez del lugar donde debe practicarse”.

COMENTARIO: Si bien la ley es la que señala los diversos medios de pruebas, la doctrina y la jurisprudencia han impuesto los criterios para calificarlos; surge así una gama diversa de clasificación de las pruebas judiciales desde diferentes puntos de vista: las inspecciones judiciales y las peritaciones a que se refiere el artículo 300 del C.P.C. pertenecen a las **anticipadas o preconstituidas**, que son aquellas que se producen antes del proceso, pero con la intención, con el propósito de hacerlas valer en un posterior proceso; aún más: son practicadas por fuera de proceso, pero por un juez en ejercicio de sus funciones y sujetándose a un trámite adecuado que le da el valor demostrativo, por ello las pruebas anticipadas o preconstituidas son **ju-**

diciales, en la medida en que practican por un juez y se someten a una ritualidad especial.

Ahora bien: ¿Qué cambios introduce la Ley 794 respecto de estas pruebas?

- a) **Inspección Judicial Anticipada:** Deroga la Ley 794/03 la expresión: ... *“cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento”* ... La práctica anticipada de inspección judicial constituye una verdadera medida cautelar, pues se busca fijar de antemano unos hechos percederos o mutables para luego hacerlos valer en un proceso posterior. A nuestro juicio, el que exista o no la expresión derogada no cambia la naturaleza jurídica de este medio probatorio, pues se pretende con ella fijar unos hechos que seguramente el transcurso del tiempo va a desaparecer o va a modificar; entonces así se haya eliminado la expresión en comento, debe tenerse la seria creencia que llegado el período probatorio dentro del proceso, la prueba resulte imposible o difícil de recaudar.
- b) **Peritación Anticipada:** Introduce la Ley 794 la eventualidad que la pericia anticipada se pueda hacer o no con citación de la presunta contraparte; circunstancia que traía el artículo 300 numeral 2º del Decreto 1400/70 y que fue derogado por el Decreto 2282/89. En esa oportunidad, se había concluido que si la pericia anticipada se practicaba sin citación de la parte contraria, tendría el carácter de indicio, y la crítica de entonces aplaudió la derogatoria, pues resultaba ilógico e impráctico que a una prueba de la importancia del dictamen pericial solo pudiera dársele el valor de indicio por parte del juez del proceso; la misma observación a la cual nos apegamos hoy.

Anexo II

JURISPRUDENCIA

Las jurisprudencias que se relacionan a continuación se pueden encontrar en el CD adjunto a este módulo de autoaprendizaje:

“Teoría general de la prueba judicial”, como soporte de estudio, análisis y reflexión por parte de los discentes respecto de las ideas contempladas en las distintas unidades.

TABLA DE CONTENIDO DE JURISPRUDENCIA

UNIDAD 1: VERDAD REAL Y VERDAD PROCESAL, ¿UN MITO?

1. Corte Constitucional, Sentencia: T-673/96.
Tema: Certeza del juez de tutela – Situación evidente.
2. Corte Constitucional, Sentencia: T-158/93
Tema: Certeza jurídica.
3. Corte Constitucional, Sentencia: C-1260/00.
Tema: Conocimiento universal.

181

UNIDAD 2: PRINCIPIOS VS. REGLAS TÉCNICAS

4. Corte Constitucional, Sentencia: T-106 de 2000.
M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
Tema: Inmediación de la prueba.

UNIDAD 3: ACTIVIDAD PROBATORIA

5. Corte Suprema de Justicia, Casación Penal. Octubre 22 de 1996.
Tema: Prueba ilícita.
6. Corte Suprema de Justicia, Casación Penal. Marzo 16 de 1988.
Tema: Prueba ilícita.
7. Corte Suprema de Justicia, Casación Penal. Mayo 18 de 1999.
Exp. 11726 M. P.: Dídimo Páez Velandia.
Tema: Prueba-certeza. Prevaricato por omisión, falsedad en documento público.
8. Corte Constitucional, Sentencia: T-055 de 1994.
M. P.: Eduardo Cifuentes.
Tema: Decreto de pruebas, vía de hecho.

UNIDAD 4: SANA CRÍTICA FRENTE A LOS MEDIOS DE PRUEBA

9. Corte Suprema de Justicia, Casación laboral. Julio 13 de 1993.
Exp. 5918. M. P.: Hugo Suescún Pujols.
Tema: Valoración de informe técnico como prueba pericial, elemento de convicción, prueba de culpa.
10. Corte Constitucional, Sentencia: C-166 de 1995.
M. P.: Hernando Herrera
Tema: Naturaleza jurídica de Cámaras de Comercio, delegación de funciones administrativas a particulares, vía gubernativa, control judicial de actos administrativos.
11. Corte Constitucional, Sentencia: C-621 de 1995.
M. P.: José Gregorio Hernández.
Tema: No autoincriminación.
12. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. Septiembre 7 de 1993.
Exp. 3475. M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholss.
Tema: Error de hecho y error de derecho, valoración probatoria.
13. Corte Constitucional, Sentencia: T-055 de 1994.
M. P.: Eduardo Cifuentes.
Tema: Decreto de pruebas, vía de hecho.
14. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. Agosto 11 de 1997.
Exp. 5879. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.
Tema: Notificación personal, edicto emplazatorio.

UNIDAD 5: NUEVAS TENDENCIAS

15. Consejo de Estado. Sala Contencioso-Administrativa, Sección 3ª.
Febrero 17 de 1992. M. P.: Daniel Suárez Hernández.
Tema: Falla del servicio de transporte aéreo, presunción de culpa.
16. Consejo de Estado. Sala Contencioso-administrativa, Sección 3ª.
Julio 30 de 1992. M. P.: Daniel Suárez Hernández.
Tema: Falla del servicio médico, culpa de la víctima.
17. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. Octubre 17 de 1997.
Exp. 4503. M. P.: Nicolás Bechara Simancas.
Tema: Simulación de contrato-carga de la prueba.



