



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



# **El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano**

---

LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO

TESIS DOCTORAL

2017

**Tesis doctoral**

**EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA Y SU CONFIGURACIÓN  
EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO**

**Luis Bernardo Ruiz Jaramillo**



**Programa de Doctorado: Derecho**

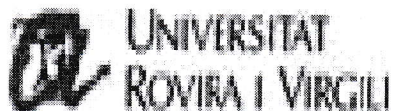
**Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero**

**Director de la tesis: profesor Joan Picó i Junoy**

**Codirector de la tesis: Carlos de Miranda Vázquez**

**Tarragona**

**2017**



HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado «El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano», que presenta Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Dret Privat, Processal e Financer de esta universidad.

---

Tarragona, 28 de junio de 2017

Los director/es de la tesis doctoral



Joan Picó i Junoy



Carlos de Miranda Vázquez

Especial agradecimiento a la Universidad de Antioquia, en la cual soy catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por la comisión de estudios que me ha concedido a fin de poder culminar la presente tesis de doctorado.

Expreso mi gratitud a mis directores de tesis, profesores Joan Picó y Carlos de Miranda por el valioso apoyo que me han dado con sus conocimientos en la temática de esta tesis.

Agradezco a los profesores Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vásquez y Miche Taruffo por la asesoría que me han dispensado durante mi estadía de investigación en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona.

Agradecimiento a mis colegas de la Universidad de Antioquia, Oscar Alberto García y Yeison Manco que me han ayudado con su lectura crítica de los borradores de esta tesis.

Gratitud con los profesores Iñaki Esparza Leibar y Juan Igartua Salaverria por escuchar pacientemente mis inquietudes con la temática de esta tesis y por sus consejos.

A mi esposa, Análida, mi hija Sofia y mis padres, Ramón y Mercedes por el apoyo incondicional que me han concedido.

Resumen.....	vi
<b>Introducción</b> .....	vii
Capítulo 1.....	2
El derecho constitucional a la prueba .....	2
1.1. Concepto de derecho a la prueba y sus antecedentes.....	2
1.1.1. Las acepciones de prueba judicial y el derecho a la prueba .....	4
1.1.2. La expresión el derecho a la prueba como el género de las garantías probatorias y su fundamento .....	9
1.1.3. Antecedentes del derecho a la prueba.....	30
1.2. Valores constitucionales que fundan el derecho a la prueba.....	41
1.2.1. El conocimiento en el campo jurídico-probatorio se basa en la razón .....	51
1.2.2. El carácter experiencial del conocimiento en la justicia judicial.....	55
1.2.3. El conocimiento verdadero .....	56
1.2.4. El juez y otros sujetos del conocimiento judicial .....	61
1.2.5. La necesidad de la prueba.....	71
1.2.6. La prueba de los hechos y las interpretaciones.....	73
1.2.7. El lenguaje y el conocimiento.....	75
1.2.8. La justificación del conocimiento.....	81
1.2.9. Del conocimiento libre y otros valores ético-políticos .....	85
1.2.10. El acceso a la prueba en condiciones de igualdad .....	88
1.3. Caracterización y estructura del derecho constitucional a la prueba.....	91
1.3.1. De la prueba como derecho fundamental .....	92
1.3.2. La prueba como derecho público subjetivo .....	98
1.3.3. Contenidos del derecho constitucional a la prueba.....	110
1.3.3.1. Garantía de la comunidad de la prueba.....	110
1.3.3.2. Derecho al testigo y a otros medios de prueba. ....	112
1.3.3.3. El derecho al aseguramiento de la prueba. ....	114
1.3.3.4. El derecho a la legalidad y a la licitud probatoria.....	115
1.3.3.5. La prueba de oficio como garantía del derecho a probar.....	117
1.3.3.6. El derecho a la petición o presentación de la prueba.....	119

1.3.3.7. El derecho a la admisión de la prueba relevante.....	120
1.3.3.8. El derecho a la práctica probatoria. ....	123
1.3.3.9. Derecho a la valoración racional de la prueba. ....	125
1.3.3.10. Posibilidad de revisión de la decisión sobre si está probada una hipótesis fáctica. ....	130
Capítulo 2.....	132
Configuración del derecho a la prueba en el CGP .....	132
2.1. Mecanismos de efectividad del derecho a la prueba.....	137
2.1.1. Los deberes, las cargas y las facilidades probatorias.....	138
2.1.1.1. El derecho al acceso gratuito a la justicia y la protección física de los testigos.....	141
2.1.1.2. Las facilidades probatorias que garantizan la efectividad del derecho a la prueba. ....	158
2.1.1.2.1. Las reglas de distribución del riesgo probatorio.....	158
2.1.1.2.2. Las reglas del peso probatorio. ....	178
2.1.1.2.3. Las reglas de suficiencia probatoria y la efectividad del derecho a la prueba. ....	188
2.1.1.3 De las sanciones punitivas, las multas, el arresto o la conducción forzada. .....	195
2.1.2. El aseguramiento probatorio.....	197
2.1.2.1. Los actos coactivos de aseguramiento probatorio que afectan los derechos fundamentales.....	200
2.1.2.2. Las pruebas extraprocesales o anticipadas.....	201
2.1.2.2.1. Interrogatorio de parte. ....	205
2.1.2.2.2. Prueba testimonial anticipada. ....	207
2.1.2.2.3. Las inspecciones judiciales y peritaciones extraprocesales.....	210
2.1.2.2.4. <i>De la declaración sobre documentos</i> .....	212
2.1.2.2.5. <i>La exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles</i> . .....	215
2.1.2.2.6. <i>Pruebas practicadas de común acuerdo</i> .....	216
2.1.2.3. La preconstitución de la prueba.....	217

2.1.2.4. La cadena de custodia.....	222
2.1.2.5. La denominada prueba por informe.....	225
2.2. La actividad probatoria y los medios de prueba.....	228
2.2.1. Condicionamientos generales de la proposición y la práctica de la prueba.....	229
2.2.1.1. La legitimación para la actividad probatoria.....	229
2.2.1.2. Requisitos temporales.....	230
2.2.2. Condiciones especiales de los medios de prueba.....	234
2.2.2.1. La declaración de parte y la confesión.....	235
2.2.2.2. Declaración de terceros.....	244
2.2.2.3. La prueba documental.....	247
2.2.2.4. La prueba pericial.....	253
2.2.2.5. La inspección judicial.....	259
2.2.2.6. El juramento estimatorio.....	260
<b>2.3. Recursos que protegen el derecho de probar en la actividad probatoria</b> .....	<b>261</b>
2.3.1. Los recursos ordinarios y extraordinarios.....	261
2.3.2. El recurso de amparo en la actividad probatoria.....	268
Capítulo 3.....	276
De los límites del derecho a la prueba.....	276
3.1. El concepto de limitación a los derechos fundamentales.....	276
3.2. La inadmisión o ineficacia de la prueba impertinente, inútil o violatoria de la cadena de custodia.....	279
3.2.1 El juicio de la pertinencia.....	280
3.2.2. El juicio de la utilidad.....	281
3.2.3 Regla constitucional de la exclusión de la prueba ilícita.....	283
3.2.3.1. Concepto y caracterización de la regla constitucional de exclusión de la prueba.....	287
3.2.3.2 Fundamentos y funciones de la regla constitucional de la exclusión de la prueba.....	295
3.2.3.3 Ámbito de aplicación de la regla de exclusión constitucional.....	301
3.2.3.4. El juicio de licitud de la prueba.....	309
3.2.3.4.1. Concepto y alcance.....	309



3.2.3.4.2. Los presupuestos del debido proceso que permiten ejercer el derecho a la prueba afectando derechos fundamentales.....	315
3.2.3.5. La nulidad de pleno derecho de la prueba y sus efectos reflejos: consecuencia de la regla constitucional de exclusión.....	321
<b>Capítulo 4</b> .....	<b>328</b>
<b>La valoración racional de la prueba</b> .....	<b>328</b>
4.1. La apreciación probatoria .....	328
4.1.1. Caracterización de la racionalidad de la apreciación probatoria .....	328
4.1.1.1. Contenidos que condicionan la apreciación probatoria: .....	330
4.1.1.2. Contenidos de la valoración probatoria. ....	332
4.1.1.3. Contenidos de la motivación y el control de la decisión judicial. ....	333
4.1.2. Aspectos estructurales de la apreciación probatoria .....	334
4.2. La interpretación de la prueba. ....	334
4.2.1. Correspondencia de la prueba base de la decisión con el acervo probatorio .....	335
4.2.2. La interpretación de algunos medios de prueba.....	336
4.3. La valoración de los medios de prueba.....	342
4.3.1. Concepto y aspectos que comprende .....	342
4.3.2. Los artificios salomónicos y otros favorecimientos en la construcción de las inferencias probatorias.....	349
4.3.3. El razonamiento probatorio a partir de las máximas de experiencia (del sentido común o especializado) .....	357
4.3.4. La valoración en conjunto.....	367
4.4. De la motivación de la decisión judicial .....	372
Conclusiones.....	378
Bibliografía.....	388

## Resumen

El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano trata de la figura constitucional del derecho del justiciable a presentar pruebas y en controvertir las que se alleguen en su contra. Se parte de proponer una caracterización y unos contenidos de este derecho a partir de los valores constitucionales, los cuales consisten en dos tipos de contenidos, uno de tipo epistémico y otros ético-políticos (la justicia, la libertad y la igualdad). Valores que permiten caracterizar el objeto de esta garantía como un conocimiento basado en la razón, empírico, que busca la verdad, es social y en un contexto colaborativo en que existe un tercero juez que lo controla y decide, y en el que concurren las partes y los testigos con sus respectivos roles, y unos mecanismos de contradicción de las actuaciones.

En este estudio se abordan las garantías o mecanismos de efectividad constitucionales y las del orden legislativo, en especial, los del Código General del Proceso. Por esta razón se abordan las fases del proceso judicial, los medios de prueba, la valoración y las reglas de exclusión en aras de establecer en qué sentido contribuyen a la efectividad de este derecho constitucional; por ello, se estudia el recurso de amparo, los mecanismos de aseguramiento probatorio (pruebas anticipadas o extraprocesales, el derecho de petición); asimismo, los deberes y las cargas procesales. Por ejemplo, las obligaciones del Estado como la de la asistencia jurídica gratuita de los justiciables (el derecho a un abogado y el acceso a las pruebas periciales) presentan notables deficiencias, que se reflejan con la desigualdad de las partes a la hora de enfrentar las múltiples cargas procesales del peso y de distribución del riesgo. El Código General del Proceso ha estructurado la segunda instancia con amplias posibilidades de ejercer el derecho a la prueba, pero se conserva la casación con la tradicional estructura cerrada y excluyente (centralizada, para especialistas, con notables costos y con unas causales estrictas y de tendencia formal).

## Introducción

Este estudio aborda la caracterización de una de las garantías procesales de la Constitución Política colombiana de 1991 (en adelante CP), la del derecho del «sindicado (...) a presentar pruebas y contradecir las que se alleguen en su contra» (art. 29). Temática que en esta oportunidad se estudia con base, principalmente, en las doctrinas colombiana y española, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC)<sup>1</sup>, y en especial su configuración en el Código General del Proceso colombiano, Ley 1564 de 2012 (en adelante CGP), que completó su entrada en vigencia a partir del 1 de enero de 2016; incluyendo, por su conexión temática la legislación transicional sobre el tema de la restitución de tierras<sup>2</sup>. Con ánimo ilustrativo, también se hacen reflexiones sobre el Código de Procedimiento Penal de Colombia –Ley 906/04– (en adelante CPP), y sobre el Código de

---

<sup>1</sup> En relación con la jurisprudencia de la CCC es necesario precisar, como lo pone de presente Chinchilla (2009: 21-25), que en la técnica constitucional colombiana se usa la expresión *doctrina constitucional* (véase arts. 4 y 8 de la Ley 153/1887) para diferenciarla de la de *jurisprudencia constitucional* (aunque semánticamente no sean distintas), porque la primera se asume con fuerza normativa constitucional vinculante para todas las autoridades, y la segunda, por prescripción expresa de la CP (art. 230), se toma como *criterio auxiliar* de los jueces al interpretar la ley, pero sin fuerza vinculante.

En Colombia la doctrina constitucional se compone de las sentencias producto del control abstracto de constitucionalidad y las que resuelven en revisión sobre la acción de tutela (recurso de amparo), siendo ambas vinculantes, las primeras por recaer sobre la función de la Corte de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes o de los actos legislativos reformatorios de la Constitución, y las segundas como precedente judicial a partir de la *ratio decidendi* de los casos concretos de amparo constitucional. La jurisprudencia de las acciones de constitucionalidad –también denominadas como de *exequibilidad*–, se clasifican como sentencias «C»; y las que son producto de la acción de tutela (amparo constitucional o recurso de amparo) se denominan sentencias «T». Por último, las sentencias de la CCC se clasifican como «SU» en los eventos en que la sala plena de la CCC asume competencia para unificar su doctrina en situaciones como el cambio de interpretación previamente establecida o diversidad de posiciones sobre una materia en diferentes salas de decisión de la misma corporación.

La CCC (sentencia C-083/95), sobre el concepto de *doctrina constitucional*, establece que en consideración a que las normas constitucionales son el fundamento de los fallos judiciales, el alcance y pertinencia de las mismas se fijan «por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución». De ese modo, «la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo». También esta sentencia distingue entre la función interpretativa (el sentido normativo) y la integradora (suplir las lagunas normativas) de la «doctrina constitucional»; además ésta es fuente de derecho en un doble sentido, como *norma constitucional* y como *cualificación adicional* ya que los contenidos normativos que crea al momento de aplicar el derecho no solo tienen el rango de constitucionales sino que por tratarse de un órgano jerárquicamente supremo son vinculantes para todas las autoridades, por efecto de la cosa juzgada. En este mismo sentido, las sentencias SU-1219/01 y T-292/06 establecen que los principios y reglas invocadas por la CCC, como *ratio decidendi* de sus fallos, tienen el carácter de autoridad normativa y se constituyen en verdadera fuente formal de derecho.

<sup>2</sup> Se hace referencia a la denominada justicia transicional –Ley 1592/12– y en la ley de víctimas y de restitución de tierras –Ley 1448/11–

Procedimiento Civil colombiano de 1970 (en adelante CPC/70), en este momento derogado y en algunos casos, en transición, a causa del CGP; también en este mismo sentido, sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (en adelante CSJ), en sus salas de casación civil y penal. En temáticas muy precisas también se refiere al derecho convencional, en especial, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) y al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), y se reflexiona a partir de la doctrina jurídica de otros países.

La constitucionalización de la prueba como garantía del justiciable, en 1991, obedece a que lo que se daba por sentado desde la ilustración dejó de ser así. Ciertamente, el panorama dominante en la época de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en cuanto al derecho probatorio, en especial para el derecho punitivo en Colombia, se caracteriza por las malas prácticas judiciales y policiales: la tortura para obtener la confesión, las distintas formas de constreñimiento para el testigo, el pago o los premios por la delación; las limitaciones legislativas a la actividad probatoria, entre otras<sup>3</sup>. La degradación del derecho punitivo en Colombia era solo la punta del iceberg de lo que ocurría, y sigue ocurriendo, en campos como en el derecho civil o el laboral, en las prácticas económicas y políticas, igual que su confluencia con el narcotráfico. En la práctica, la sola consagración constitucional del derecho a la prueba no produjo efectos importantes para cambiar la realidad, debido principalmente a la ausencia de garantías para hacerlo efectivo, porque no se han fortalecido

---

<sup>3</sup> En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente (1991) discutió ampliamente la problemática probatoria, y se ensayaron fórmulas de redacción para el texto constitucional. Por ejemplo, en dicha Asamblea (1991a, Sección Tercera), mediante ponencia del delegatario José Matías Ortiz, se describe el contexto de la degradación de la fuerza pública y de los denominados *estados de sitio* que dominaron la actividad legislativa durante muchas décadas, asimismo denuncia prácticas como la tortura en los interrogatorios a los imputados o testigos, como también la producción de prueba, interrogatorios y el juzgamiento de civiles por militares. En este mismo sentido, véase en la misma Asamblea (1991c, Sección Tercera) la problemática de la justicia, la impunidad en materia penal superior al 80 %, el accionar de grupos armados y la degradación de la fuerza pública.

La Asamblea Nacional Constituyente (1991a, Sección Tercera) frente a la problemática propone como garantías que hacen parte del debido proceso la del acusado a «interrogar o hacer interrogar los testigos y peritos de cargo, y a obtener la comparecencia» de los mismos; del mismo modo, la prohibición de las pruebas secretas, y establece la nulidad de la prueba obtenida o derivada de la práctica de tortura. En la misma Asamblea (1991b, Sección Tercera) el constituyente Antonio Navarro Wolff propone como garantía para cualquier persona que «La controversia de la prueba es garantía obligatoria en todo proceso», además de otras como la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones. Esta formulación se mantiene en la Sección quinta. La misma Asamblea (1991, Sección Cuarta) en ponencia del 8 de marzo del delegatario Hernando Londoño Jiménez se refiere a las garantías penales y procesales, entre ellas, el rechazo de la pruebas ilícita.

las instituciones propias del Estado democrático de derecho<sup>4</sup>, ni la asistencia jurídica y económica para el acceso a la prueba. El teórico del derecho, García Villegas (2008: 154), quien describe la problemática de la justicia en las zonas del conflicto armado en Colombia, considera que:

(...) un presupuesto esencial del buen funcionamiento de la justicia consiste en que el juez cuente con las condiciones propias del Estado de derecho, a parte de las cuales pueda tomar decisiones respaldadas por los demás funcionarios y organismos del Estado.

Pese a lo dicho, la constitucionalización del derecho a probar en Colombia no es un mero recurso retórico, se trata de la necesidad de limitar los poderes estatales o paraestatales en relación con las prácticas violentas o corruptas en la realización de la justicia. Constituye una forma de proteger al justiciable en su cuerpo y conocimiento, así como a las distintas modalidades de testimonios y los documentos. Si bien el derecho, que es un lenguaje, es susceptible de usarse retóricamente; también, como dice Ferrajoli (2011, Vol. I: 36), tiene un rol *performativo*, en el sentido que «es necesario para tratar los problemas políticos y sociales, para normarlos, para aclarar y precisar sus términos, para articular sus múltiples aspectos, para exponer sus concretas soluciones posibles». Precisamente, este estudio, con la caracterización y sistematización del derecho constitucional a la prueba pone de relieve el papel que cumple como garantía para la realización de la justicia, también realza los aspectos normativos que lo tornan inefectivo.

---

<sup>4</sup> Sin duda, como se estudia luego, la división y, al mismo tiempo, la colaboración armónica entre los poderes del Estado democrático son esenciales para el derecho probatorio. El problema de base en Colombia es la debilidad del poder legislativo en sus funciones de creación legislativa y de control político al gobierno central. Aunque el poder jurisdiccional se ha mantenido con algún grado de independencia con respecto a los demás poderes, en el ámbito probatorio es indispensable la colaboración armónica con el poder ejecutivo, a fin de que los mecanismos coercitivos y asistenciales hagan realidad la actividad probatoria. En Colombia, el poder ejecutivo, mediante la fuerza pública (militar y policial), en vez de colaborar con la justicia, ha profundizado su crisis con prácticas como la tortura y diversas formas de constreñimiento físico o moral contra los justiciables o los testigos, las intervenciones de comunicaciones y los allanamientos ilegales, informes fraudulentos, entre otros.

Este fenómeno no es exclusivo de lo penal, ya que la actitud ambigua, y a veces complaciente de la fuerza pública con diversos grupos armados, ha facilitado que mediante constreñimiento, falsedades documentales, corrupción a funcionarios de las notarías y de registro de inmuebles, se realicen títulos fraudulentos traslaticios del dominio de manera masiva en algunas regiones conflictivas del país. Para estos efectos, se creó la denominada *Ley de víctimas y de restitución de tierras* (Ley 1148/2011), mediante la cual se establecen, entre otras, reglas las relacionadas con la carga de la prueba, presunciones y facilidades probatorias en los casos de despojo de tierras en ocasión del conflicto interno.

De otra parte, el derecho constitucional a la prueba en los términos en que se exponen sus características, configuración y límites constituye una herramienta jurídica-conceptual imprescindible para la idea de un CGP. En efecto, el art. 1 (CGP) prescribe como objeto que:

(...) regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

En otras palabras, por vocación expresa, los principios y reglas en el CGP tienen la función de la interpretación jurídica y la suplencia de los vacíos legales; por consiguiente, buscan superar las antinomias y las lagunas jurídicas que pudieran aparecer en el derecho procesal colombiano. La pretensión de un Código General es la de aportar las herramientas para que, en lo posible, el sistema jurídico alcance los ideales teóricos de la unidad, la coherencia y la plenitud. Por consiguiente, este estudio también da cuenta de las bases de la prueba judicial desde el derecho constitucional a la prueba, con el objetivo de contribuir a tal idea.

Desde el derecho constitucional a la prueba se cuestiona sobre algunos de sus componentes más novedosos, entre ellos: el deber de la prueba de oficio, las denominados presunciones de hecho cierto, las reglas sobre el dinamismo probatorio. Del mismo modo, sobre los medios de prueba en el sistema oral con sus reglas enlazadas, como la inmediación, la concentración y otras de tendencia adversarial, como la pericia de parte y la forma de los interrogatorios. Asimismo, si el derecho a la prueba solo es compatible con un acto de voluntad de parte en cuanto a la iniciativa probatoria, tal cual se pregona desde un dispositivismo radical; y, por tanto, si este derecho resulta incompatible con los poderes oficiosos del juez en materia probatoria. Por su parte, si la coerción que está implicada en las presunciones de hecho cierto y en el dinamismo probatorio juegan algún rol en la efectividad del derecho a probar, o, al contrario, se constituyen en la negación del mismo. Por ende, estas instituciones jurídicas y su configuración son abordadas en consideración a si se establecen, efectivamente, en garantía del derecho a probar.

En fin, este trabajo se pregunta por diversos mecanismos de aseguramiento de prueba, como el caso de las pruebas extraprocesales, si realmente son medidas adecuadas para garantizar el derecho a la prueba; piénsese en el caso de modalidades de pruebas extraprocesales en las que no interviene el juez ni la contraparte. Por otro lado, se problematizan los informes como nuevo medio de prueba y su caracterización de cara a la

efectividad del derecho a probar. Asimismo, se inquiriere sobre cuál es el carácter de la declaración de parte y de la confesión, y si son medios que contribuyan a la efectividad probatoria.

Desde el derecho constitucional, se abordan problemáticas como: si el derecho a la prueba hace parte del debido proceso, o si se trata de una categoría autónoma; asimismo, qué caracterización tiene el derecho a la prueba desde los valores constitucionales, como el del conocimiento y la justicia. Si en la configuración del derecho a la prueba los componentes epistémicos son compatibles con valores constitucionales como la igualdad o la libertad; en otras palabras, si definitivamente los valores constitucionales deben considerarse como contraepistémicos. Cabe indagar si las reglas de exclusión son incompatibles con el derecho a la prueba. También existen otros aspectos como si el sujeto destinatario del derecho a la prueba coincide con los sujetos legitimados por los códigos procesales para el ejercicio del mismo.

Para acercarse a esta problemática, se parte de los siguientes *objetivos*:

*Primero.* Analizar, desde los valores constitucionales como el conocimiento, la justicia, la libertad y la igualdad, el derecho convencional internacional y en razones histórico-constitucionales, si existen las suficientes bases para pregonar la prueba como derecho fundamental y las consecuencias que implica tal caracterización. Asimismo, teniendo como base los mismos valores, el derecho convencional y la doctrina constitucional, describir los contenidos del derecho constitucional a la prueba.

*Segundo.* Caracterizar el derecho a la prueba con respecto a otras garantías del bloque de constitucionalidad como el debido proceso, el derecho a la verdad y el acceso a la administración de la justicia; en tal sentido, establecer las conexiones que existen entre unos y otros conceptos constitucionales. Particularmente, examinar, el rol de límite que tiene el debido proceso y la denominada nulidad constitucional de «pleno derecho» de la prueba en relación con el derecho a la prueba.

*Tercero.* Estudiar en el CGP la suficiencia o la ausencia de garantías, como las de justiciabilidad, y entre ellas los recursos y el amparo constitucional; asimismo, las regulaciones legales o administrativas sobre las expectativas positivas o negativas del derecho a la prueba, como la asistencia jurídica gratuita para los justiciables y las prohibiciones penales. También, analizar la suficiencia de protección de este derecho, a fin

de dilucidar los eventos en los que se presenten antinomias y lagunas que lo puedan tornar inocuo o anodino. Desde luego, el análisis de la categoría del juez competente o natural en el ejercicio del derecho a probar.

*Cuarto.* Analizar críticamente la configuración del CGP en cuanto al aseguramiento de la prueba, en particular las modalidades de pruebas extraprocesales; la preconstitución de prueba, y el papel que cumplen normatividades como las de protección de datos y el derecho de petición. También se indaga la temática de la denominada prueba *sumaria*, ejemplificando con la legislación sobre restitución de tierras.

*Quinto.* Examinar las múltiples y diversas reglas de facilidad probatoria que crea el legislador, entre ellas: las presunciones de protección de derechos sustanciales; las denominadas *presunciones de hecho cierto* o *indicios graves*, que se relacionan con el peso probatorio de distintos medios de prueba como la declaración de parte, el testimonio o la pericia o la inspección; e incluye los documentos, con sus cargas denominadas como *presunciones de autenticidad*. Igualmente, las reglas que inciden en la distribución del riesgo probatorio, como la carga de la prueba o la denominada carga dinámica probatoria; en fin, otras que tienen incidencia en el valor legal de la prueba. En todos estos eventos, se analiza el rol que puedan cumplir en la efectividad del derecho a la prueba, y sobre todo la incidencia que tienen en la configuración del sistema de valoración probatoria en el CGP.

Para efectos de abordar, en sus aspectos *metodológicos*, una figura iusfundamental como el derecho a la prueba, se realiza una investigación de carácter documental-bibliográfica que se aborda bajo la forma de una dogmática jurídica. Esta dogmática parte de valores constitucionales y derechos fundamentales, razón por la que debe concebirse más como una política del derecho que como un estudio de entidades normativas preconstituidas<sup>5</sup>. El título «derecho a la prueba» busca realzar la perspectiva del estudio de la prueba judicial como garantía constitucional de las personas. El neologismo *garantismo* se asume, desde Ferrajoli (2011, Vol. I: 187), para indicar las técnicas de tutela de los derechos, ya sea de libertad o sociales. Por tanto, se refiere a la efectividad normativa (o eficacia normativa), en especial,

---

<sup>5</sup> Al respecto, Guastini (1999: 37).

Se precisa que se asume la expresión *política del derecho* en la medida en que al ubicar los valores constitucionales como contenidos vinculantes para el legislador y el juzgador es inevitable que en el estudio de las figuras jurídicas del orden legislativo no solamente se describa el sentido de las mismas, sino también el análisis de su deber ser normativo desde los valores y los derechos fundamentales.



de los derechos constitucionales formales y sustantivos constitutivos de la posición jurídico-constitucional del justiciable frente al Estado y sus instituciones. Metodológicamente esto implica acometer el análisis de los tres niveles del Estado constitucional: en la estructura institucional del sistema jurídico-político (constitución o bloque de constitucionalidad), en el ejercicio de la función legislativa y en las funciones administrativas y judiciales (Ferrajoli, 2011, Vol I). Por ello, es importante el papel del juez, el del abogado, la temática de la asistencia jurídica gratuita; lo mismo que el testigo (entendido como parte, tercero o perito) y su protección.

Así, el derecho a la prueba conlleva realizar un tipo de análisis que parte de la configuración realizada por el legislador sobre la garantía del juez, en cuanto a su autonomía e independencia con respecto a las demás ramas del poder público; asimismo, la figura del abogado, como el profesional que media entre el aparato jurisdiccional y el ciudadano, y la incidencia que tiene en la recepción y filtración del conocimiento de los hechos y de la prueba. También la problemática administrativa y judicial de la asistencia gratuita para los justiciables con escasos recursos en el campo de las pruebas periciales y el testigo (en sentido amplio), con sus mecanismos de protección. En fin, las diversas reglas de facilidad probatoria que crea el legislador, como las presunciones, las múltiples cargas procesales, entre éstas, las de conducta procesal (denominadas presunciones de hecho cierto o de autenticidad y los indicios graves) y el dinamismo probatorio.

Este estudio asume una forma analítica, la cual parte de la concepción racionalista de la prueba judicial, la que caracteriza a los teóricos del derecho probatorio desde la ilustración; se fundamenta en que lo probado es un juicio de probabilidades, aunque tal juicio no es reducible a proposiciones matemáticas ni a las de la lógica formal estrictamente. En el examen de los casos judiciales, en lo posible se aplica un método mediante el que se relata brevemente el problema jurídico resaltando los hechos más relevantes, se explicita la regla – o subregla– jurídica, con el fundamento constitucional con que se resuelve.

Es pertinente mencionar que las inquietudes abordadas en este estudio surgen de mi experiencia en el ejercicio como abogado en combinación con la cátedra y la investigación en la Universidad de Antioquia en el área de derecho procesal<sup>6</sup>. Precisamente, desde las

---

<sup>6</sup> En el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (mediante los grupos GRIED y EDJ) he tenido la oportunidad de actuar como investigador principal en los

prácticas judiciales en Colombia, he afrontado la problemática del testigo (parte, tercero, perito o de acreditación) que le proporciona conocimiento al juez para resolver un conflicto, y me ha generado los siguientes cuestionamientos: cómo se aporta, cómo se protege (física y moralmente); cómo defenderse de él; cómo se le interroga; con base en qué hay que creerle.

Estas inquietudes se tratan de abordar con las herramientas conceptuales que expone el profesor español Joan Picó i Junoy (1996), en su texto el *Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*; obra que aporta elementos para comprender la prueba judicial como garantía en el marco de los derechos fundamentales y la incidencia que tiene en su configuración legislativa. Por fortuna, la Universidad de Rovira i Virgili, con mis directores de tesis, profesores Joan Picó i Junoy y Carlos de Miranda Vázquez, con una mirada abierta al mundo, me han permitido hacer este estudio académico de instituciones jurídico procesales de Colombia; un país americano, pero con tradiciones profundamente hispánicas. Juegan también un importante papel en este estudio reflexiones, desde los filósofos del derecho como el profesor italiano Michele Taruffo (1984 y 2002), y los profesores españoles Marina Gascón Abellán (1999) y Jordi Ferrer Beltrán (2003 y 2005); los procesalistas españoles Muñoz Sabaté (2012), Abel Lluch (2007, 2014), Montero Aroca (2011) y la jurista francesa Aurélie Bergeaud (2010).

---

siguientes proyectos que me han servido de insumo para esta tesis de grado (información que se deduce de *Colciencias* –[http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000842680](http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000842680)– y de las publicaciones producto):

1) «El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia» (iniciación en septiembre de 2004 y acta de terminación ante el CODI del 7 de diciembre de 2007). Artículos producto: Ruiz Jaramillo (2007a), Ruiz Jaramillo (2007b) y Ruiz Jaramillo (2008). Capítulo de libro de memorias de congresos: Ruiz Jaramillo (2010). Coinvestigador: Álvaro García Montoya. Estudiantes auxiliares: Adriana Ruiz Gutiérrez, Lesney K. González Prada, Dary Luz Restrepo y María E. Naranjo.

2) «La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica» (acta de iniciación ante el CODI del 11 de abril de 2007, acta de finalización del 21 de octubre 2010). Coinvestigadores: Oscar A. García Arcila, Rosmery Velásquez. Estudiantes de grado auxiliares: Adriana Ruiz Gutiérrez, César A. Londoño, Yeison Manco López, Alejandra Ortiz y Juliana Pérez. Artículo producto: Ruiz Jaramillo y García Arcila (2010). Capítulo de libro de Memorias de Congreso: Ruiz Jaramillo (2012).

3) «La prueba pericial: el sistema de valoración en el proceso penal colombiano» (inscrita en el CODI por acta 13 del 16 de enero de 2013 y acta de finalización 12 de noviembre de 2015). Coinvestigadores: Óscar Alberto García Arcila, Yeison Manco López (estudiante de la Maestría en Derecho) y Alejandra Ortiz F. (estudiante de la Especialización en Derecho Procesal), Estudiantes de grado auxiliares: Camilo González E. Artículos producto de la investigación: Ruiz Jaramillo (2015) y Manco López y Ruiz Jaramillo (2015).

Para el desarrollo de los objetivos planteados se estructuran los siguientes capítulos: el *primero*, propone la definición, las características y una estructura para el derecho fundamental a la prueba; establece los postulados constitucionales fundantes de este derecho. El *segundo*, presenta la configuración del derecho a la prueba, en especial las garantías de efectividad en el sistema jurídico, así como el estudio del aseguramiento probatorio, de las fases de la actividad probatoria y de los medios de prueba. El *tercero*, analiza las reglas que limitan dicho derecho y los dispositivos de exclusión probatoria por ilicitud, ilegalidad o inadmisión. Y el *cuarto*, aborda el sistema de la valoración de la prueba resultante en el CGP, el razonamiento probatorio y la motivación judicial.



La decimoctava ley de naturaleza obliga a los árbitros y jueces de un hecho a que *cuando no aparecen señales firmes y ciertas del hecho mismo, dicten sentencia fiándose de aquellos testigos que parezcan ser indiferentes hacia ambas partes*

Hobbes, 1642 (2000: 93)

## Capítulo 1

### El derecho constitucional a la prueba

#### 1.1. Concepto de derecho a la prueba y sus antecedentes

El derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que posee el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes<sup>1</sup>. Es un concepto estipulativo<sup>2</sup> con el que se busca sintetizar los contenidos de la prueba judicial, posee los siguientes componentes: 1) es una garantía constitucional; 2) tiene como destinatario cualquier persona que en el presente o en el futuro tenga el carácter de justiciable; 3) obliga al Estado, en especial a sus órganos de justicia; 4) reúne los medios probatorios relevantes o pertinentes; 5) es suficientemente omnicompreensivo de la actividad probatoria.

Precisamente, el presente trabajo desarrolla el estudio de la prueba judicial como garantía constitucional de las personas frente al Estado y los órganos de la justicia. Es la misma idea de Hobbes, la de ubicar, como una de las bases del sistema político, al testigo –la prueba–

---

<sup>1</sup> En términos más concisos, Picó (1996: 18-19) define este derecho como el «que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso».

Taruffo (1984: 106) define el derecho a la prueba desde su finalidad: «El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las pruebas relevantes, directas y contrarias de las que se dispone». Por ello, considera el autor que reconocer el derecho de las partes a aducir las pruebas y a que se practiquen se torna ilusoria y meramente ritualista, sino se garantiza el resultado probatorio, esto es la valoración de la prueba como parte del juicio en la sede de las decisiones.

<sup>2</sup> Cuando se habla en este trabajo de definición o concepto *estipulativo* se usa en el sentido explicado por Guastini (1999: 59), en unas pocas oportunidades, de proponer una atribución de un significado a una determinada expresión; distinto a la definición o el concepto *lexicográfico*, que corresponde con los usos lingüísticos vigentes, esto es, de los significados aceptados. La razón de esto no es propiamente hacer novedad en la terminología, sino más bien, proponer el concepto que mejor se acomode a los fines del estudio en cuestión.

como garantía que se interpone entre el justiciable y el sistema de justicia del soberano, en la determinación de los hechos. Para efectos de este estudio, la categoría *derecho a la prueba* de la actualidad es asimilable con la categoría histórica –aún vigente– *derecho al testigo* (testigo en sentido amplio). La categoría *derecho a la prueba* que aglutina suficientemente a la prueba judicial y permite la perspectiva garantista. Por tanto, se prioriza el enfoque jurídico de la persona, sobre el de la norma<sup>3</sup>. La jurista francesa Aurélie Bergeaud (2010: 6) dice que el derecho a la prueba es ante todo un *concepto*, una manera de representar y de organizar las percepciones y los conocimientos. Por tanto, el presente estudio trata el derecho a la prueba como una categoría que permite estructurar el lenguaje jurídico en torno a los aspectos constitucionales de la prueba judicial, y que esta conceptualización conlleva a la acción, en el sentido de transformación de la realidad. En el presente apartado se estudia el significado de derecho a la prueba, sus componentes, sus antecedentes, al igual que las similitudes y diferencias con otras expresiones como derecho de la prueba y el debido proceso probatorio y su autonomía con respecto a macrogarantías como el debido proceso.

La expresión *derecho a la prueba* por su carácter de principio o derecho constitucional se toma antes que nada como una garantía procesal que tiene efectividad en el proceso jurisdiccional como en procedimientos administrativos y sancionatorios de diverso orden. Asimismo, puede caracterizarse como un concepto aglutinador o sistemático con respecto a otras garantías o contenidos constitucionales o legales relacionados con el derecho probatorio. En la expresión derecho a la prueba, cuando se habla de prueba con respecto al derecho se utiliza el término *prueba judicial*, el cual es más usual en el lenguaje español que su sinónimo prueba jurídica. Por su parte, la locución *derecho* se usa en sus sentidos objetivo y subjetivo; no obstante, en este estudio se enfatiza en la perspectiva subjetiva, es decir, como garantía de las personas.

Precisamente, en el título de este estudio se usa la expresión *derecho a (...)* solo para significar que la prueba judicial es tratada como garantía de las personas. En efecto, si bien en la práctica las expresiones de *derecho a (...)* y de *derecho de (...)* se usan indistintamente, se prefiere la preposición *a* porque, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua

---

<sup>3</sup> Picó (1996: 15) pone de presente que gran parte de los estudios de la doctrina se han realizado «desde la perspectiva del conjunto de normas (...) obviándose su examen como derecho básico o esencial de los litigantes».

Española, indica la situación de alguien o algo, denota el modo de la acción o indica distribución. En cambio, la preposición *de*, según el mismo diccionario, denota la pertenencia, el origen, la procedencia o la naturaleza de algo. Por tanto, *el derecho a (...)* de por sí denota las relaciones, posiciones o situaciones jurídicas de las personas (sentido subjetivo); en cambio, el *derecho de (...)* explica mejor la atribución o pertenencia de la prueba a un sistema normativo. Así, el *derecho de (...)* expresa mejor *derecho probatorio*, como conjunto de normas de un determinado plexo del orden jurídico (sentido objetivo)<sup>4</sup>. La expresión *derecho*, en su perspectiva subjetiva, se aviene mejor con el sentido histórico de garantía de las personas frente al poder del Estado o de soberanía<sup>5</sup>.

### 1.1.1. Las acepciones de prueba judicial y el derecho a la prueba

La pretensión de elaborar un concepto cerrado o definitivo de una figura tan abstracta y ambigua como la prueba judicial es una tarea que rebasa el objeto de este trabajo académico<sup>6</sup>; no obstante, de la concepción que se tenga de la prueba judicial depende, finalmente, el entendimiento del derecho a la prueba. Para los efectos de este estudio, la concepción de la prueba de la que se parte en este trabajo se refleja describiendo algunas de sus acepciones más útiles para los efectos de este estudio. Siguiendo a Taruffo (2002: 447-451), existen tres acepciones de prueba judicial: como medio, actividad y resultado. Como medio de prueba

---

<sup>4</sup> Taruffo (1984: 74-75) usa la expresión *diritto alla proba* para referirse a la prueba desde lo constitucional como algo digno de tutela de las garantías de las partes; y explica que lo tradicional ha sido hablar *diritto delle prove* para indicar las normas que regulan la admisibilidad de los medios de prueba, los procedimientos para su asunción en el juicio y su eficacia, y las consideraciones sobre las partes, han sido sobre todo para hablar de la satisfacción de las cargas probatorias por las mismas.

<sup>5</sup> En la tradición jurídica anglosajona, el idioma inglés facilita el lenguaje para hacer referencia a lo objetivo y a lo subjetivo del derecho, ya que la expresión *right to* designa claramente el sentido garantista del derecho; en cambio la expresión *law* denota el sentido del derecho como sistema normativo. La dificultad para el inglés es la ausencia de un término genérico para *evidence* y *proof*, distinto ocurre en los países de la tradición jurídica romano-germánica en los que sí existe; por ejemplo, el de *prueba* en español, *prova* en italiano, *preuve* en francés y *beweis* en alemán.

<sup>6</sup> El concepto de prueba es un fenómeno multifacético que se manifiesta de diversas maneras en diferentes contextos. Según Gelfert (2014: 79), la concepción epistemológica de la prueba en materia judicial tiene una base empírica, por eso se habla de *prueba sensorial* o *prueba de los sentidos*. Por su lado, en el campo científico además del sentido sensorial también se habla de pruebas a favor o contra de una teoría científica. El sentido sensorial enfatiza en los elementos mentales de un individuo. Mientras que en la teoría científica cuando se habla de la prueba es algo que pertenece a una comunidad científica (y cada vez más existe solo como conocimiento potencial, en la forma de datos electrónicos registrados por instrumentos de medición). Entretanto, en el campo de la filosofía se habla de prueba en términos abstractos como cuando se usa el hecho del persistente desacuerdo moral como prueba contra el realismo moral (idea según la cual hay hechos morales y los mismos son conocibles independientemente de la mente del sujeto cognoscente).

designa «todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho». Como resultado es la «demostración alcanzada: se da la prueba cuando el juez establece que la aserción sobre el hechos es aceptable». Finalmente, como actividad indica la vinculación que se instaura entre la prueba como medio y la prueba como resultado; esto es, la relación entre el medio de prueba y la confirmación de la aserción sobre el hecho<sup>7</sup>. Así, el término genérico *prueba* en español comprende los anglosajones *evidence* que significa lo que prueba, con alguna similitud a *medio de prueba*; y *proof*, que se refiere a lo probado o a la prueba de algo, y lo que une a aquel con éste es la actividad probatoria<sup>8</sup>.

La utilidad de hacer la distinción entre medio, actividad y resultado se observa en Ferrer Beltrán (2005: 40-45) al mencionar que estas acepciones de prueba se constituyen, a su vez, en tres tipos de regulaciones sobre el derecho probatorio: a) las reglas de la actividad probatoria que «son las que establecen el inicio y/o final de la fase de prueba en el proceso, las formas para la práctica de la prueba, la iniciativa de la actividad probatoria, etc.»; b) las reglas de los medios de prueba se refieren a la definición de los medios, a los condicionamientos de admisibilidad de los medios (testimonios, documentos, entre otros); a la exclusión de uno o diversos medios de prueba; y aquellas que determinan qué medios de pruebas se practican en un procedimiento en especial; y c) las reglas sobre el resultado probatorio son las que se refieren a los sistemas de valoración probatoria, libre o tasada.

Ahora bien, en el concepto de prueba judicial es necesario tener presente a Muñoz Sabaté (2012: 57) cuando dice que «la mejor, aunque también, la más heterodoxa, definición de prueba es la que da enunciado a este principio: «*todo lo que prueba es prueba, aunque dogmáticamente no sea prueba*». Para el autor (2012: 56), este principio es una especie de «rebelión contra el derecho probatorio», pues, desde la probática (técnica de la prueba), que es su propuesta de estudio sobre la prueba judicial, lo importante es cómo probar los hechos que son condición del derecho sustancial, tratando de superar los obstáculos o las dificultades

---

<sup>7</sup> Devis Echandía (1981, Vol. 1: 33-34) habla de la acepción de prueba como «medios y procedimientos». Sobre esta conjunción de términos debe observarse que tiene como implicación que la concepción de la prueba como actividad se funde con el de *medio de prueba* en consideración a que los procedimientos legales probatorios son los que revisten las formas o condicionamientos de los medios de prueba en las distintas fases de la actuación procesal. Esta fusión terminológica presenta el inconveniente de diluir el concepto de *medio de prueba*.

<sup>8</sup> Sobre los conceptos *evidence* y *proof*, véase Taruffo, 2002: 448-450.



prácticas o las legislativas. Sin duda, como se estudia más adelante, las propuestas desde la probática son esenciales para el desarrollo del aspecto garantista que implica el derecho a la prueba en temas como el aseguramiento de la prueba, las facilidades probatorias o la admisibilidad probatoria.

Precisamente, en este estudio reviste especial importancia la temática del aseguramiento de la prueba, dado que en la esfera material o extraprocesal es necesario proteger la prueba a fin de que en efecto pueda llegar al proceso. Al respecto el lenguaje jurídico español habla de la diferencia entre la fuente de prueba y el medio de prueba. Y el lenguaje jurídico anglosajón usa la expresión compuesta *evidence law* para referirse propiamente a la *prueba jurídica*. En el lenguaje jurídico español, de conformidad con Devis Echandía (1981, Vol. 1: 271-272), los *medios de prueba* son los instrumentos legales (testimonios o documentos) que cumplen la función de servir de portadores de las fuentes de prueba; a su vez, las fuentes de prueba son personas o cosas de los cuales el juez o el analista pueden extraer argumentos o razonamientos probatorios.

Para efectos de este estudio, el término *medio de prueba* se usa como el instrumento jurídicamente válido para portar el conocimiento que sustenta la decisión del juez en la sentencia<sup>9</sup>. La *fuentes de prueba* es un medio de conocimiento que es conducido al proceso por los medios de prueba<sup>10</sup>, y que en el ámbito extraprocesal podría tener o no una regulación legal estricta, pero en todo caso se constituye en un medio de conocimiento empírico sobre los hechos. En muchos casos las fuentes de prueba tienen regulaciones constitucionales o legales que condicionan su validez jurídica, pero solo pueden sustentar una decisión judicial si surten la configuración legal de los medios de prueba. La diferencia entre el medio de prueba y la fuente de prueba no es de carácter ontológico sino solo de configuración constitucional o legal. Epistemológicamente, los medios y las fuentes son los mismos

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el profesor chileno Meneses (2008: 83-85), el medio de prueba surge en el momento de la admisión de la prueba como relevante y no se presenta circunstancia alguna de exclusión probatoria.

Al respecto, Taruffo (2002: 364) menciona que «el primer momento en que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso».

<sup>10</sup> Siguiendo a Devis Echandía (1981, Vol. 1: 271-272), los medios de prueba son instrumentos legales que cumplen la función de servir de portadores de las fuentes de prueba; a su vez, las fuentes de prueba son personas, cosas o hechos de los cuales pueden extraerse argumentos o razonamientos probatorios que conforman la decisión del juez.

instrumentos del conocimiento humano, es decir son prueba<sup>11</sup>; no obstante, las configuraciones normativas los pueden llevar a convertirse en factores externos que afectan las cualidades epistémicas del conocimiento.

Por tanto, la secuencia terminológica es la siguiente: en la esfera material o extraprocesal hay medios de conocimiento o fuentes de prueba (personas o cosas), luego con la admisión probatoria los medios de prueba portan las fuentes de prueba, y el resultado de esta actividad es la conformación del acervo de medios de prueba que se constituye en la base de la decisión del juez; por último, el juez en la valoración probatoria decide acoger o desestimar las hipótesis fácticas que le han presentado las partes.

En fin, lo que quiere expresarse es: en el estudio del derecho a la prueba también juega un papel fundamental la *fuerza de prueba*; y aunque esta se entiende integrada al medio de prueba, antes del proceso debe decirse que existe una acepción de prueba denominada *fuerza de prueba*, y resulta necesario garantizar el aseguramiento de la misma por los litigantes (presentes o futuros), mediante mecanismos diversos que se estudian en otro apartado; lo mismo que las reglas de exclusión del conocimiento por razones constitucionales o de eficacia probatoria. Del mismo modo, el derecho a la prueba se manifiesta en el resultado de la prueba, en lo relacionado con el derecho a la verdad, también debe dilucidarse si solo se tiene o no el derecho a la valoración de la prueba o si igualmente se tiene derecho a un resultado de la valoración; y los tipos de razonamientos que pueden hacerse a partir de los medios de prueba, el control de tales razonamientos, los estándares de prueba suficiente para dar por confirmada una hipótesis, entre otros.

---

<sup>11</sup> El CPP en algunos pasajes de la normatividad prefiere la expresión *medios de conocimiento*: «elementos de conocimiento que demuestren» (art. 127), «elementos de conocimiento necesarios para sustentar» (art. 306), «Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda» (art. 381), «Son medios de conocimiento la prueba testimonial (...)», (art. 382). Por su parte, la CCC (sentencia C-396/07) distingue entre los *actos de investigación* y los *actos de prueba*; los primeros «se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías»; los segundos, son las «actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho». En términos similares se pronuncia la sentencia C-673/05 (M.P. Vargas Hernández, cons. 3.). Esta doctrina constitucional colombiana implica negar el carácter de prueba a los actos de investigación, lo que se constituye en una gran paradoja, ya que, en la práctica, la mayor parte de las sentencias penales son de carácter anticipado (por allanamientos, preacuerdos o negociaciones), y se emiten con base en actos de investigación, cuando no existe juicio público y adversarial, ni las demás garantías.

Sobre la caracterización de actos de investigación y los medios de prueba véase la doctrina española: Miranda Estrampes (1997: 320), Montañés Pardo (1999: 76) y Climent Durán (1999: 493).

En efecto, estas acepciones de prueba, con sus respectivas regulaciones en los diferentes órdenes normativos, logran englobar las diversas manifestaciones del derecho constitucional a la prueba en su configuración legislativa. Así, los litigantes (presentes o potenciales) tienen derecho a que sus fuentes de prueba se lleven al proceso a través de los medios de prueba; asimismo, el derecho a que los medios de prueba que sirvan de sustento a la decisión judicial se hayan admitido y practicado debidamente (actividad probatoria); y, por último, el derecho a que sus argumentos o razonamientos probatorios sean sopesados por el juez en la valoración de la prueba. Por tanto, el derecho a la prueba opera sobre todos esos componentes del término prueba, de acuerdo con los contextos –materiales, procesales, públicos, privados, judiciales, administrativos–, sujetos –personas, individuos, órganos o sujetos– y perspectivas –jurídica, política, sociológica o filosófica– con los que se aborde el estudio.

Los apartados que siguen, buscan demostrar que el *derecho a la prueba* es el género de muchas garantías probatorias, del orden nacional o internacional, que recaen bien sobre los medios de prueba, como el testigo, el perito o el documento; o sobre diversas garantías probatorias o procesales, como la presunción de inocencia, la carga probatoria, la prohibición del arbitrio judicial, el derecho a la verdad, el derecho a la información o la presunción de buena fe; o sobre elementos de la actividad probatoria, como los de presentar o controvertir la prueba. Mediante una interpretación sistemática de todos estos componentes se deduce un término genérico y abstracto, suficientemente amplio que sirve para aglutinar las garantías probatorias y como herramienta conceptual en la realización de la justicia. Como se estudia luego, la expresión derecho a la prueba es propia del mundo contemporáneo en el que existen sistemas jurídicos sometidos a la razón (o lo razonable) y en los que hay garantías constitucionales normativamente vinculantes, como los denominados derechos fundamentales<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Taruffo (1984:75) menciona que, tradicionalmente, no se ha entendido a la prueba como garantía constitucional y que esta situación comenzó a mutar, en el caso italiano, con la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, que con fundamento en las garantías constitucionales previstas en el art. 24 afronta también el problema del derecho de las partes a defenderse probando.

### **1.1.2. La expresión el derecho a la prueba como el género de las garantías probatorias y su fundamento**

La CP de 1991 (art. 29) usa la expresión «Quien sea sindicado tiene derecho a (...) presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra». Esta norma guarda similitud con la Constitución Española de 1978 (art. 24.2) que utiliza el enunciado «todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Desde luego, tanto del enunciado colombiano como del español se infiere la expresión genérica *derecho a la prueba* o *derecho a probar*<sup>13</sup>.

La CCC ha sido consistente en el transcurso del tiempo en cuanto ubica las garantías del derecho probatorio en el derecho fundamental al debido proceso. Aunque dicha Corte no ha sido suficientemente consistente en la terminología utilizada para referirse a las garantías probatorias porque si bien ha usado la expresión *derecho a la prueba* o el *derecho a probar*; también se ha referido al «derecho a presentar y contradecir la prueba»; asimismo, alude, expresa o tácitamente, a *garantías probatorias* del debido proceso, o al denominado *debido proceso probatorio*. Del mismo modo, la CCC con frecuencia ubica las garantías probatorias en el «derecho al acceso a la administración de justicia» o en el *derecho de defensa*<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> La Constitución de la República de Ecuador de 2008, en el art. 76 (capítulo 8 Derechos de protección, del título II Derechos) establece el *derecho al debido proceso*, el cual incluye entre otras garantías «el derecho de las personas a la defensa», que a su vez incluye la garantía de «presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra» (literal h del ordinal 7 d). Se advierte que el constituyente ecuatoriano ubica el derecho a la prueba como garantía del derecho de defensa y esta a su vez en el debido proceso. El texto colombiano no realiza expresamente esta agrupación de los derechos; pero la doctrina tiende a ubicar el derecho a la prueba en el debido proceso. En el caso de la Constitución española (art. 24.2) se hace la conexión entre la prueba y la defensa, pero no se sigue de allí una jerarquización o subsunción entre ellos.

Resalta Mantecón Ramos (2010: 6) que la Constitución de Chipre, parte II, Sobre los derechos y libertades fundamentales, el art. 30.3 a) establece el derecho de las personas a «alegar o hacer que se alleguen sus medios de prueba e interrogar a testigos con arreglo a lo dispuesto por la ley».

<sup>14</sup> Es de anotar que en el caso de la jurisprudencia española, dice Montero (2011a: 107) que el Tribunal Constitucional (STC 73/2001, de 26 de marzo) a partir del texto constitucional (utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa) considera este derecho como «un instrumento de, un complemento de, o incluso una concreción del derecho de defensa lo que la lleva a determinar que no se vulnera el derecho a la prueba si no se ha producido también una vulneración del derecho de defensa y, por si faltara algo, el derecho de defensa del apartado 2 del art. 24 no se distingue del derecho a la contradicción de las partes sin que se produzca indefensión, propio del apartado 1 del mismo art. (por ejemplo, STC 165/2001, de 16 de julio). Falta sólo añadir que también de modo reiterado se alude a que «la temática probatoria (sic) no deja de estar afectada ni protegida dentro de derecho a la tutela judicial efectiva» (por ejemplo, STC 189/1996, de 25 de noviembre)». Concluye el autor (2011a: 107): Con ello se produce una mezcla tal de derechos fundamentales que al final no se sabe cuándo se viola el derecho concreto a la prueba».

La Corte acuña la expresión *derecho a la prueba*, con el carácter de regla vinculante en el orden jurídico por hacer parte de la *ratio decidendi* de su jurisprudencia tanto de acción de tutela como de constitucionalidad. En efecto, algunas de las jurisprudencias que utilizan esta expresión son: la sentencia T-555/99<sup>15</sup>, la cual establece que el «derecho a la prueba (...) incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte». En términos similares se pronuncia la sentencia T-747/09. Igualmente, la sentencia T-589/99 usa la expresión *derecho a la prueba* y considera que es una de las dimensiones del derecho de defensa, y que se encuentra incluido en:

(...) los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Por su parte, la sentencia T-954/04 usa el título *derecho a probar* para referirse a las diversas garantías probatorias constitucionales que también deben operar en los procedimientos de tipo administrativo como los de la Superintendencia de Sociedades. La sentencia C-880/05 habla del «derecho a la prueba y a su controversia [como] «una variante del derecho de defensa y un desarrollo de principio de igualdad». Por su parte, la sentencia T-171/06<sup>16</sup> en su *ratio decidendi* trata de la omisión de valoración de la prueba como un defecto fáctico que afecta el derecho a la prueba, asimismo expresa que este derecho se «constituye en uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial». Dicha sentencia establece que el amparo constitucional contra providencias procede, entre otras razones, por el denominado *defecto fáctico*, el cual se constituye en una afectación del derecho a la prueba. En este mismo sentido puede verse,

---

<sup>15</sup> La T-555/99 trata de un caso de tutela que interpone un sindicato contra la providencia que decide un incidente por desacato de otra tutela que reconocía los derechos sindicales de los trabajadores. La Corte determina que la decisión tomada en incidente de desacato es contraevidente

<sup>16</sup> La T-171/06 trata de una acción de tutela contra la decisión de cierre de la investigación penal y de la preclusión (según el derogado CPP Penal de la Ley 600/2000), a favor de los denunciados y contra los intereses de la parte civil. La Corte ordena reabrir la investigación a fin de que el juez valore la prueba que había sido debidamente decretada para ser practicada en el exterior y llegó luego del cierre.

entre otras, la sentencia T-078/10<sup>17</sup> que se refiere a la acción de tutela por afectación del derecho a la prueba por omisión de valoración o por valoración defectuosa en las decisiones judiciales.

La sentencia T-747/09 menciona la violación del derecho a la prueba en un caso en el que se tutela un proceso disciplinario contra una magistrada de un Tribunal Superior de Distrito Judicial que tardó en fallar una acción de tutela; la Corte anula el procedimiento porque se omitió la práctica de una prueba testimonial importante para el proceso que había sido solicitada a tiempo. Con esta misma concepción sobre el derecho a la prueba, la sentencia T-117/13 denegó la exclusión del testimonio incriminante de una menor víctima de abuso sexual por declarar contra su tío. La T-666/12 reconoce que para la CCC «el derecho a la prueba es de rango fundamental»; y la sentencia C-496/15 alude a la acción de tutela por vulneración del derecho a la prueba, refiriéndose a su carácter de derecho fundamental autónomo.

En otras providencias de la CCC se usa, en sus fundamentos jurídicos, la locución que de *lege lata* contiene la CP: «a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra», con la advertencia que este dispositivo supedita este derecho *al sindicado* (sujeto pasivo del proceso penal), pero la Corte lo desarrolla para cualquier persona o sujeto. Por ejemplo, en la sentencia T-393/94 menciona expresamente el «derecho constitucional fundamental (...) de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra». Asimismo, la sentencia T-006/95 utiliza la expresión «derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra» y pone como su «núcleo esencial» «el derecho a presentar y practicar» las pruebas. La sentencia C-038/96 habla del derecho a «presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra» como una «pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso». Por su lado, la sentencia T-1099/03 utiliza la locución derecho «presentar y a controvertir pruebas», y en igual sentido la sentencia C-537/06. La sentencia C-598/11 usa la expresión «derecho de las partes a presentar y solicitar pruebas» y establece que se trata de un derecho fundamental. Por su

---

<sup>17</sup> En la T-078/10 (M.P. Vargas Silva) la CCC trata de una investigación penal por abuso sexual en la que el fiscal, bajo el derogado CPP de la Ley 600/00, decide a favor del acusado la preclusión de la investigación; considera la Corte que la fiscalía ha realizado una valoración defectuosa de las pruebas testimoniales y periciales, por lo cual anula la actuación y ordena que se valore con los criterios que le propone.

parte, la sentencia C-034/14 habla del «derecho a aportar y controvertir las pruebas» como derecho fundamental que hace parte del debido proceso. En la esfera de los procedimientos disciplinarios, la CCC se refiere al «derecho a presentar su defensa y controvertir las pruebas» en sentencias como la T-1233/03 y T-196/11.

De otro lado, una cantidad considerable de sentencias mencionan el *derecho a la verdad* en diversas situaciones de las persona frente a la realización de la justicia; aunque, como se analiza luego, sus contenidos son ubicables entre los derechos constitucionales a la información y a la prueba. La categoría jurídica derecho a la verdad ha sido acuñada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la sentencia Bamaca Velásquez<sup>18</sup> como un derecho de las víctimas y de la sociedad frente a las graves violaciones al DIH o al DIDH. Aunque, como lo explica González-Salzberg (2008: 441-443) antes de Bamaca Velásquez ya la Corte había establecido la obligación del Estado de esclarecer los casos de desaparición forzada, aunque no lo reconocía como derecho<sup>19</sup>, y el reconocimiento del carácter colectivo del mismo se hizo explícito en 2002 en el pronunciamiento sobre las reparaciones del mismo caso Bamaca Velásquez.

Los aspectos que se quieren resaltar del derecho a la verdad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se toman a partir de sentencias de la CCC C-715/12 y C-099/13:

1. El *derecho a la verdad* busca luchar contra la impunidad, se fundamenta en la dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, así como en el derecho al buen nombre y a la imagen.

2. Se trata de un derecho con una dimensión individual y otra colectiva; la individual la tienen las víctimas o sus familiares, y la colectiva le pertenece a la sociedad. La individual implica el conocimiento de «la autoría del crimen, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, el patrón criminal que marca la comisión de los hechos criminales».

3. La dimensión colectiva significa

---

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bamaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, N.º 70.

<sup>19</sup> Caso *Velásquez Rodríguez* –Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C N.º 4, párr. 181–, y caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, serie C N.º 36, párr. 97.

que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una «memoria pública» sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos.

4. El derecho a la verdad constituye un derecho imprescriptible que puede y debe ser garantizado en todo tiempo.

5. Este derecho no solo implica la importancia y la obligación del Estado de adelantar investigaciones criminales sino también la de incluir mecanismos alternativos de reconstrucción «como comisiones de la verdad».

En estas reglas convencionales la verdad exige información cuando se usan expresiones como recordar, memoria, relato colectivo y divulgación de... Asimismo, la verdad implica actividad probatoria cuando se refiere a que ésta exige actos de investigación de los hechos por el Estado, incluyendo mecanismos alternativos como las *comisiones de verdad*. Precisamente, la publicidad como principio de todas las actuaciones del Estado se manifiesta en el derecho a la prueba y en el derecho a la información, con las obligaciones del Estado de divulgación, de hacer los relatos, los informes o poner en conocimiento de la sociedad, entre otros.

Del mismo modo, la publicidad, según Bobbio (como se cita en Ferrajoli, 2000: 66-67) se constituye en uno de los presupuestos políticos del Estado de derecho, junto con el principio de legalidad y la sujeción al control de todas las actividades del Estado. En el ámbito del proceso judicial dice Picó (1997: 116) que la publicidad ocupa una posición institucional en el Estado de derecho que la convierte en una de las condiciones de la legalidad constitucional de la administración de justicia. A partir de estos conceptos, puede afirmarse que la publicidad es uno de los postulados necesarios para el ejercicio de los derechos procesales; en efecto, solo pueden ejercerse los derechos de defensa, contradicción y prueba si se conocen las actuaciones o decisiones que afectan las diversas situaciones en que se ven involucradas las personas. Por ello, puede decirse que el secreto, por regla general, es incompatible con el ejercicio del derecho a la prueba y, desde luego, con el derecho a la verdad y otras garantías de las personas frente a la actividad del Estado u otras instituciones.

Para Bentham (1825, Vol. 1: 67), la publicidad es la más eficaz garantía del testimonio y de las decisiones que dependen de él, «es el alma de la justicia», y debe extenderse a todas las partes que concurran en la formación de la causa y a toda especie de causa. Los



componentes de la publicidad aún vigentes y que aparecen en Bentham son: la tendencia a la probidad en la declaración; el aspecto moralmente ejemplarizante para el público sobre el crimen.

En el derecho interno la legislación y la CCC han usado los mecanismos de protección de las personas del derecho a la verdad en diversos órdenes jurídicos. Por ejemplo, desde la jurisprudencia convencional antes mencionada la CCC ha implementado las reglas del derecho a la verdad de las víctimas en el derecho procesal interno con el argumento de que en la legislación procesal penal se ha dado una omisión en el legislador con respecto a los derechos de las víctimas. Así, la jurisprudencia constitucional ha tejido con numerosas sentencias<sup>20</sup> un conjunto de reglas que buscan darle un trato igual a las víctimas con las garantías del procesado hasta donde sean razonablemente compatibles. A partir del resumen de la evolución jurisprudencial que trae la sentencia C-839/13, podemos sintetizar algunas garantías del derecho a la verdad que se reconocen a la víctima: 1) realizar solicitudes probatorias; 2) petición de la práctica de pruebas anticipadas; 3) allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión; 4) exigir el descubrimiento de un elemento material probatorio o de evidencia física específica; 5) solicitar los elementos materiales probatorios y evidencia física durante la audiencia; 6) pedir la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba; 7) requerir la intervención del juez de control de garantías para realizar actos de investigación.

El derecho a la verdad en este conjunto de reglas jurisprudenciales de rango constitucional tiene los mismos contenidos del derecho a la prueba, incluyendo los actos de publicidad comprendidos en la actividad probatoria. En este conjunto jurisprudencial ocurre que el término *verdad* tiene un amplio significado y se usa con idénticos contenidos al de la prueba judicial. Debe advertirse que la verdad puede predicarse de las proposiciones sobre los hechos, en este sentido se entiende como el resultado del *conocimiento*, esto es como lo probado o lo verdadero. Como la verdad –resultado– está implicada con el conocimiento –medio o instrumento– que lógicamente la antecede o la fundamenta, es fácil entender que cuando se habla de derecho a la verdad también se significan las garantías de presentar o controvertir la prueba o aseguramiento (anticipación, preconstitución, *habeas data*), petición,

---

<sup>20</sup> Ejemplos de sentencias de constitucionalidad condicionada creando subreglas de rango constitucional de garantías para la víctima: C-228/02, C-004/03, C-454/06, C-209/07, C-516/07, C-250/11 y C-839/13.

interrogatorios y los respectivos actos de publicidad implícitos (dar a conocer, notificar, informar, motivación de las decisiones, entre otros). En este sentido, la prueba (en su acepción de medio) se entiende como un instrumento de la verdad.

En la esfera del derecho disciplinario administrativo, cuando se trata de conductas de funcionarios del Estado que afecten los derechos humanos, igualmente la CCC (sentencia C-014/04)<sup>21</sup> extendió las garantías de protección de los derechos de las víctimas de violaciones del derecho convencional internacional, en aquello que razonablemente sea compatible con este tipo de procedimientos; al efecto, explica esta sentencia:

Esto es así por cuanto, cuando un sujeto disciplinable ha infringido los deberes funcionales que le incumben como servidor público o como particular que desempeña funciones públicas y cuando esa infracción constituye también una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, a las víctimas o perjudicados les asiste legitimidad para exigir del Estado el esclarecimiento de los hechos, la imputación de una infracción a los deberes funcionales del sujeto disciplinable, la formulación de un juicio de responsabilidad de esa índole, la declaración de tal responsabilidad y la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico.

En otras esferas del orden jurídico, la CCC habla de *derecho a la verdad* como derecho a saber o derecho a la información, es el caso de la sentencia T-752/98 (M.P. Beltrán Sierra) que se refiere a la obligación de las entidades que prestan el servicio de salud de «informar claramente» a los usuarios de «cuáles son las formas de hacer efectivos sus derechos». La T-578/93 (cons. 4.1., M.P. Martínez Caballero) se refiere al «derecho a la verdad» de las personas como obligación de veracidad de los medios de comunicación, así como de dar la información necesaria que se constituya en una prueba para un futuro proceso judicial.

En otras jurisprudencias el derecho a la verdad se constituye en el fundamento de la denominada prueba de oficio en los procesos judiciales, por ejemplo, para el proceso penal la sentencia C-396/07 (apar. 10 y 27, M.P. Monroy Cabra) declara la constitucionalidad de la prohibición de la prueba de oficio en el proceso penal, pero aclara que es solo para el juicio oral y establece como regla la posibilidad de la prueba de oficio en las denominadas audiencias preliminares ante el juez de garantías. Por su lado, la T-654/09 (cons. 5.2.3., M.P. Calle Correa) dice que la CCC ha tenido como doctrina que el «derecho a la verdad material» se conculca una vez el juez omite el decreto de prueba de oficio cuando esta sea necesaria para resolver el asunto en cuestión; esta doctrina fue ratificada por la T-1013/10. Finalmente,

---

<sup>21</sup> Se refiere a la constitucionalidad del Código Disciplinario Único (Ley 734/02).

la sentencia T-264/09 (cons. 4.9., M.P. Vargas Silva) hace una extensa fundamentación de la prueba de oficio en la búsqueda de la verdad como una condición necesaria para la justicia.<sup>22</sup>

El derecho a la verdad en esta jurisprudencia sobre la prueba de oficio es equivalente al derecho a la prueba, dado que implica la exigencia de que todas las fuentes disponibles en la realidad pasen por el tamiz de la actividad probatoria y sirvan de fundamento de la decisión del juez.

Fuera de las anteriores creaciones de la jurisprudencia convencional y de la jurisprudencia constitucional existen dos campos legislativos en los que se contempla el derecho a la verdad, en la denominadas justicia transicional –Ley 1592/12– y en la ley de víctimas y de restitución de tierras –Ley 1448/11–. En el caso de la justicia transicional la CCC en la declaratoria de constitucionalidad de tal normatividad trasladó las reglas de la jurisprudencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en términos similares a los antes mencionados.

Precisamente, en temas como la justicia transicional, los derechos de la víctimas en general y, en especial, los menores de edad en los procesos penales, en los eventos de restitución de tierras y de indemnizaciones administrativas a víctimas del conflicto armado, puede apreciarse un uso retórico del derecho a la verdad en los tratados sobre derechos humanos y en la jurisprudencia de la CCC; pues al socaire del mismo se excepcionan reglas procesales o probatorias clásicas como la cosa juzgada, el recurso de revisión o las cargas procesales. Es este uso retórico del derecho a la verdad, la única diferencia apreciable con el derecho a la prueba, pues, realmente la categoría *verdad* no pone componente alguno distinto a los que pertenecen a la de *prueba*; por ello, el derecho a la verdad hace parte del derecho a la prueba. El derecho a la prueba permite revisar muchas instituciones clásicas del derecho probatorio desde el derecho constitucional, sin ánimo estratégico o retórico alguno.

De otra parte, téngase presente que la expresión *verdad* puede entenderse como un sustantivo abstracto, como en la locución «la verdad os hará libres»; pero también puede

---

<sup>22</sup> Sobre los antecedentes en la doctrina sobre el concepto de *verdad material* se pronuncia Nieva Fenoll (2010: 80-81) explicando el aporte del jurista alemán Endemann, en los años 1858 y 1860, empleó tal expresión e impulsó la libertad de valoración en el proceso civil; para tales efectos el autor alemán hace una crítica al principio de aportación de parte por dificultar la obtención de la *verdad material*, y facilitar al tiempo solo una *verdad formal*, pues el juez se limitaba a lo que le presentaran las partes.

*La valoración de la prueba, op. cit.*, p. 80.

hablarse de *verdades* para referirse a una propiedad de las proposiciones gramaticales en distintos campos del conocimiento humano –lógica, ciencias o derecho– (Haack, 2014: 295-297). En el derecho probatorio se habla de una verdad proposicional, ya que se trata de la propiedad de alguna afirmación concreta a partir de la prueba. La prueba judicial en su acepción de lo *probado* o como resultado de la prueba de una proposición fáctica recoge la acepción de verdad como lo *verdadero*. Por tanto, la categoría *derecho a la verdad* tampoco es la adecuada como el género de la disciplina probatoria, pues el término *verdad* no puede recoger el de prueba, pero este sí incluye entre sus acepciones la verdad en términos proposicionales.

Se advierte que el gran problema de la categoría *verdad* para reducir en el mismo las garantías jurídico-probatorias es que resulta un contrasentido que el conocimiento *no-verdadero* (falso), en virtud de la carga de la prueba, pueda decidirse o concluirse como el aceptado en la sentencia.

Finalmente, en gran parte de las sentencias de la CCC en las que sus fundamentos jurídicos son las garantías probatorias no se usa una categoría género de carácter probatorio, sino que se habla simplemente de debido proceso u otra genérica que haga parte de ésta, como *derecho de defensa* o *acceso a la administración de la justicia*. Por ello, puede decirse que el término genérico para las garantías probatorias que más caracteriza a la jurisprudencia constitucional colombiana es el de *debido proceso probatorio*, aunque esta expresión escasamente se usa en sus providencias (sentencia C-496/15). Entre los ejemplos que reducen las garantías probatorias a la categoría debido proceso se tiene la sentencia T-006/92<sup>23</sup>, la cual se constituye en la primera de la larga línea jurisprudencial aún vigente que se refiere, en su *ratio decidendi*, a las garantías probatorias para efectos de su protección mediante la acción

---

<sup>23</sup> La T-006/92 (Cifuentes Muñoz) trata de un caso en el que los accionantes solicitan que una sentencia penal condenatoria en su contra que no fue casada por la Sala de Casación Penal de la CSJ, entre otras razones por la violación al debido proceso y otras garantías por desconocer el derecho de pedir pruebas. El *choque de trenes* entre tribunales de cierre que inaugura esta sentencia lo resuelve la CCC ordenando a la Sala Casación Civil de la CSJ, que conoció a la manera de juez constitucional de la tutela contra la Sala de Casación Penal de la misma CSJ, para que revoque la sentencia en la que se inhibía de conocer de la tutela y, por tanto, le ordena que emita sentencia de fondo sobre la tutela. La Sala de Casación Civil dicta sentencia de fondo sobre la tutela en cuestión negando las peticiones de los interesados y luego la CCC mediante sentencia T-585/92 se pronuncia en revisión de la tutela confirmando la negativa a las peticiones de fondo en cuestión al no encontrar las irregularidades anunciadas.

de tutela por afectación al debido proceso<sup>24</sup>, concretamente, impone la obligación negativa de decretar y practicar pruebas que sean «incompatibles con el ordenamiento constitucional», y la positiva de «decretar y practicar las pruebas necesarias para determinar la verdad material»<sup>25</sup>.

En este mismo sentido, la CCC, mediante la sentencia T-531/92, protege el debido proceso por deficiencias en las pretensiones que aduce un defensor de familia, en protección de un menor, en la exposición de los hechos y las peticiones de prueba y por el juez en cuanto a la valoración probatoria. Luego la sentencia T-079/93 ampara, entre otras irregularidades, por prueba ilegal (testimonios practicados sin el previo decreto probatorio y sin juramento) en una decisión de declaración de abandono de un menor, en procedimiento administrativo ante la Defensoría de familia. Asimismo, la T-443/93 se refiere a un procedimiento administrativo policial de carácter contravencional por el delito de daño que se anula por omisión de la fase de alegaciones. Igualmente, la sentencia T-576/93 anula la decisión en un procedimiento policivo civil por ausencia del fundamento probatorio. La sentencia T-231/94 tutela el debido proceso porque en un proceso civil por responsabilidad contractual se condena a perjuicios

---

<sup>24</sup> La T-006/92 da comienzo a una línea jurisprudencial con muchas variaciones en el tiempo en la que en lo fundamental la jurisdicción constitucional asume competencia para conocer recurso de amparo contra providencias judiciales o de otras autoridades. No obstante, esta línea se interrumpió a partir de la sentencia C-543/92, por su dudosa y ambivalente redacción cuando declaró inconstitucionales las normas que regulaban la materia (dec. 2591/91, arts. 11, 12 y 25), pero al mismo tiempo en la parte motiva acepta la acción de tutela contra providencias judiciales por «actuaciones de hecho» de los jueces. Según Quinche (2009: 43) esta ambivalencia llevó a que en la práctica la mayoría de los despachos judiciales negaran las tutelas contra providencias judiciales.

No obstante, a partir de la sentencia T-079/93 la línea jurisprudencial en cuestión ha recobrado su eficacia y se ha aplicado hasta el presente. A su vez, la T-079/93 interpreta la C-543/92, aclarando que la acción de tutela contra providencias opera ante la *vía de hecho* (arbitrariedad) en que incurran los servidores públicos al momento de interpretar y aplicar el derecho. Esta doctrina de la *vía de hecho* se comenzó a superar con la sentencia T-441/03 en la que se habla de «situaciones genéricas de violación de la Constitución», y comienza el cambio hacia la doctrina de las «causales genéricas de procedibilidad», que es la expresión que acuña la sentencia T-462/03. Esta doctrina se consolida con la sentencia C-590/05, donde adquiere los contenidos y condiciones que tiene en la actualidad.

<sup>25</sup> Es de anotar que la sentencia T-006/92 y las que la complementan, C-543/92 y la T-079/93, que le dan inicio al amparo constitucional contra providencias o decisiones judiciales y de otros órdenes, plantean uno de los dilemas del denominado estado constitucional basado en los derechos fundamentales, al momento de la aplicación de los principios: la seguridad jurídica-la igualdad material.

En efecto, el iusfilósofo español Laporta (1999: 327) se muestra crítico sobre la aplicación judicial de los principios o valores constitucionales al caso concreto, pues considera que este procedimiento conlleva a que el juzgador decida cuáles «circunstancias del caso» cuentan y cuáles no cuentan, lo que se constituye en una manera de legislar, y también genera el socavamiento de las tres exigencias fundamentales del Estado de derecho: estabilidad, predecibilidad e igualdad formal.

sin la prueba que los sustente. La sentencia C-1270/00 usa la expresión «garantías mínimas en materia probatoria» como parte del debido proceso y es también una de las sentencias que mejor las sistematiza<sup>26</sup>. Por último, la sentencia C-496/15 equipara los términos derecho a la prueba y debido proceso probatorio.

Ahora bien ¿el derecho a la prueba se equipara al *debido proceso probatorio*? Responder afirmativamente a esta cuestión parece una perogrullada, puesto que, en efecto, puede decirse que el debido proceso comprende todos los componentes del derecho probatorio. No obstante, debe precisarse que no siempre ha sido así, e incluso en el presente existen zonas de incertidumbre sobre los contenidos del derecho probatorio que hacen parte del debido proceso. Este estudio apuntala la idea de que aunque parezca notorio que los contenidos del derecho a la prueba se subsumen en el debido proceso, la categoría derecho a la prueba tiene mejor capacidad explicativa para comprender los diversos contenidos de la materia, y permite construir las herramientas más adecuadas para garantizar la eficacia de los diversos componentes de la misma.

Desde luego, siempre en un sentido abstracto o teórico, la locución «debido proceso» puede ser suficientemente extensiva para comprender todos los predicados que aglutina el derecho a la prueba. No obstante, el debido proceso, como cualquier otro concepto jurídico, es una creación y no tiene existencia *a priori*, por ello sus contenidos sufren variaciones mediante actos de voluntad de la autoridad normativa del Estado. Así, aunque las reglas o principios del derecho probatorio estén jurídicamente vigentes, es posible que un acto de creación normativa del Estado no los incluya en el debido proceso o no tengan las garantías asignadas a éste.

Por lo anterior, la propuesta es que la categoría derecho a la prueba agrupe varios tipos de contenidos, unos son irrepetibles en el orden jurídico, algunos los comparte con el debido proceso y otros con el derecho al acceso a la administración de justicia o con el derecho a la información. Los contenidos exclusivos del derecho a la prueba son los que tienen que ver con la denominada *eficacia probatoria* o *fiabilidad probatoria*. Los contenidos que comparte con el debido proceso son aquellos que se relacionan con la validez constitucional y legal de la prueba judicial, tanto en sus aspectos procesales como en los sustantivos. Los contenidos

---

<sup>26</sup> Ver en este sentido a Pérez Restrepo (2015: 67).

que coinciden con el derecho al acceso a la administración de justicia son los institucionales y los de prestación; es decir, las condiciones de colaboración de las demás autoridades, las materiales, las logísticas o las económicas para ejercer en la realidad el derecho a la prueba. Finalmente, los contenidos en intersección con el derecho a la información se relacionan con mecanismos de preconstitución de la prueba en los que confluyen normas civiles, comerciales o administrativas, o los componentes de carácter colectivo o publicitario del derecho a la verdad.

El debido proceso, como es propio de los principios procesales, se constituye en regla de garantía de los derechos en general en el orden jurídico, pues vela por su efectividad; y en el caso concreto de los derechos fundamentales, según la doctrina constitucional, se constituye en la garantía con mayor peso. Como también es característico de las normas procesales, el debido proceso es regla de decisión, pero con la particularidad de que opera como estándar de conducta para el juez de preservar el proceso lícito, legal, correcto, bueno o limpio. La CCC (sentencia T-237/95) trata el debido proceso como una «cláusula abierta» y dice que «es utilizado como una garantía genérica de libertad jurídica, que exige un *razonable equilibrio conveniente*».

Se precisa que el debido proceso tiene sus propias manifestaciones en las distintas esferas jurídicas en que se desarrolla, por ejemplo, en la interpretación del derecho, en la validez de los actos procesales, en la razonabilidad de las decisiones de diversas entidades del orden público o privado. El debido proceso, en la interpretación del derecho, cumple la función propia de las normas jurídicas, en especial, las iusfundamentales, de darle contenido al juicio de validez o el de constitucionalidad en el orden jurídico; también, de conformidad con el CGP (arts. 11 y 12), puede ayudar a superar las antinomias o las lagunas jurídicas.

El debido proceso, desde la doctrina constitucional, en el plano de los derechos fundamentales, tiene doble faz: la procesal y la sustantiva<sup>27</sup>; y en ambos casos tiene la función de constituir un juicio de cualidad o deóntico (legalidad, licitud, razonabilidad), base del

---

<sup>27</sup> El *Due Process procesal*, en el derecho estadounidense, explica Esparza Leibar (1995: 74-75), significa que «ningún órgano jurisdiccional puede privar de la vida, libertad o propiedad, a ningún sujeto, excepto a través de procesos ajustados» a la constitución estadounidense. En cambio el *Due Process sustantivo*, significa que la «administración no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos Derechos Fundamentales», sin disponer de un motivo que así lo justifique; se trata de «una forma de autocontrol, constitucional, de la discrecionalidad en la actuación de la administración pública en general».

dictamen del juez sobre la validez de los actos o decisiones que se cuestionan por afectar los derechos fundamentales. En su faz procesal, en el ámbito jurisdiccional, el debido proceso se constituye en regla de decisión sobre la validez constitucional o legal del juez y del procedimiento.

En su vertiente sustantiva<sup>28</sup>, la protección al debido proceso activa la competencia del juez constitucional colombiano en el recurso de amparo contra providencias judiciales u otras decisiones en diversos órdenes como el administrativo y el privado por violación de los derechos fundamentales. El debido proceso sustantivo moderno depende de la concepción que de la libertad se tenga, y en la actualidad se entiende como autenticidad personal y auto-desarrollo; idea esta que tiene raíces profundas en el pasado occidental, aunque es un producto del siglo XX<sup>29</sup>. En la prueba judicial, la faz sustantiva del debido proceso puede apreciarse en la jurisprudencia de la CCC sobre el control del juicio de proporcionalidad (sentencia C-822/05) de la prueba obtenida afectando los derechos fundamentales, y cuando se protege la racionalidad de la valoración de la eficacia probatoria (sentencia T-237/95).

Una particularidad sobresaliente del debido proceso se relaciona con las reglas de efectividad que el orden jurídico le asigna, y que dependen de la esfera jurídica en la que opera. La inconstitucionalidad o ilegalidad son consecuencias propias del juicio constitucional de validez de las normas jurídicas. La nulidad procesal, la inadmisión y la

---

<sup>28</sup> La CCC (T-237/95) considera que el debido proceso, en la CP (art. 29), es regulado a la manera de cláusula abierta, por lo que el denominado «debido proceso sustantivo» encuentra allí su fundamento constitucional. También esta jurisprudencia define el debido proceso sustantivo, citando a Pound, como «un standard para guiar al Tribunal y el standard debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto tiene efecto».

<sup>29</sup> Al efecto, dice Hawley (2014: 278-293) que el «debido proceso sustantivo» tiene sus orígenes en la denominada era del caso *Lochner v. New York* –U.S. 45 (1905)– de la estadounidense *Supreme Court*, no obstante, se ocupó más de proteger la libertad de empresa o la contractual; los críticos de *Lochner* (por ejemplo, el disenso en el mismo caso por el magistrado *Holmes*) pregonaron más la libertad personal. Hawley (2014: 350) resalta que el debido proceso debe entenderse como una forma de imponerle límites a los gobiernos de origen popular, tratando de definir y proteger los derechos individuales; y, por encima de todo, es una interpretación de la libertad. El autor (2014: 341, 342) explica que la libertad, en la aplicación del debido proceso sustantivo, ha tenido varios significados, por ejemplo, en la era del caso *Lochner* (hasta los años treinta del siglo XX) se entendía como límite a la razonabilidad de las reglamentaciones estatales en materia económica y contractual. También se ha interpretado la libertad como auténtico autodesarrollo individual en distintos ámbitos como el de los poderes de policía o la excesiva intrusión del gobierno; así, se concibe como una protección de los derechos fundamentales, verbigracia el caso de las regulaciones sobre el aborto o la vida sexual de las personas. El autor (2014: 346-347), citando a Barnett, menciona que el debido proceso se ha concebido como cláusula de protección de «los derechos naturales abstractos», a fin de definir un «espacio moral» dentro del cual la gente puede tomar sus propias decisiones, conseguir su felicidad, al mismo tiempo que se vive en sociedad.



exclusión probatoria son consecuencias propias de la violación de los derechos fundamentales procesales en los procesos jurisdiccionales. De otra parte, la nulidad es la consecuencia de las acciones de tutela contra las providencias o de las decisiones de órganos jurisdiccionales, entidades administrativas o del orden privado que afectan derechos fundamentales. Se observa, entonces, que en el plano dogmático-constitucional la nulidad, el rechazo, la inadmisión o la exclusión son las reglas de efectividad o de garantía que buscan proteger el debido proceso.

De otra parte, en el campo de la adjudicación del derecho, el debido proceso es un concepto relacional, ya que comprende un juicio que es condición para aplicar una consecuencia. En efecto, el debido proceso se constituye en un juicio de validez de las decisiones o actos jurisdiccionales, administrativos o privados en protección de los derechos fundamentales procesales o sustantivos, y su resultado negativo tiene como consecuencia la nulidad, el rechazo o la exclusión. En otras palabras, el que se haya afectado el debido proceso por razones iusfundamentales es condición de la aplicación de la nulidad, la exclusión o el rechazo. Además, los juicios que encierra el debido proceso se refieren a actuaciones de la práctica jurisdiccional, administrativa o privada que entran en conflicto con los derechos fundamentales; y en la mayoría de oportunidades, en la práctica, en el ejercicio de un derecho fundamental se entra en conflicto con otros derechos fundamentales. Dado lo anterior, es común que los jueces constitucionales así como los ordinarios recurran a métodos de interpretación como el juicio de proporcionalidad, el *balancing test* o el análisis de razonabilidad.

Ciertamente, la conexión entre el debido proceso y las reglas de exclusión o de las nulidades es algo que está expresamente planteado en la CP, al establecer en el inciso del art. 29 que «es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso de la prueba». Esta conexión también la hace la doctrina constitucional al establecer la nulidad procesal mediante el recurso de amparo contra providencias como consecuencia de la violación al debido proceso. Asimismo, la exclusión probatoria puede apreciarse en el origen histórico de las reglas de exclusión, pues el denominado *debido proceso sustantivo* fue el que permitió que se excluyera la prueba por motivos de derecho sustancial, a fin de asignarle consecuencias procesales de invalidez.

Debe precisarse que en el campo de la prueba judicial, a diferencia de otros actos procesales y del derecho en general, se hacen dos tipos de juicios: los de la validez de la prueba, que es el propio para todos los actos procesales, y el juicio de eficacia o fiabilidad probatoria, que es exclusivo del campo probatorio. El ámbito de aplicación del debido proceso probatorio se dirige a la validez de la prueba, si el juicio tiene un resultado negativo se aplica la regla de exclusión probatoria. El juicio de la eficacia o fiabilidad probatoria no es un juicio de constitucionalidad o legalidad y, por tanto, no está comprendido en el campo del debido proceso; así, generalmente, a las reglas de la eficacia o fiabilidad probatoria no se les asignan reglas de nulidad o exclusión. En los sistemas de libre valoración probatoria el juicio de la fiabilidad o de la eficacia probatoria es gradual y, primordialmente, de carácter epistemológico, además está gobernado por el conocimiento empírico.

Los ámbitos de la validez jurídico-probatoria y los de la eficacia de la prueba tienen zonas con unos contornos en gran medida nítidos en los que es escasa la discusión; por ejemplo, en el juicio de la credibilidad o la confianza en el testigo o perito, se sabe que confluyen algunas reglas jurídicas, pero el componente mayor de la decisión se encuentra, como lo dice Taruffo (2002: 22-23), en otros campos extrajurídicos como la lógica, la epistemología y la psicología. En cambio, existen temas en los que la configuración jurídica de los medios de prueba generan zonas de penumbra con unos contornos muy inciertos o precarios en los que la discordia en la jurisprudencia y la doctrina es mayúscula; por ejemplo, el caso de las reglas procesales penales sobre la prueba de referencia o las regulaciones de cadena de custodia; casos estos en los que la jurisprudencia se encuentra dividida sobre si es un asunto de la constitucionalidad o legalidad (debido proceso), o si pertenece al campo de la libertad de valoración y, en consecuencia, remite a las generalizaciones del conocimiento humano sobre la fiabilidad probatoria.

Por último, el asunto de acceder material o económicamente a la prueba judicial más que un problema solo de validez jurídica, en estricto, es materia de eficacia sociológica del derecho; efectividad que se mide en términos de legitimidad (adhesión de la población al sistema), más que validez (coherencia entre las normas entre sí o de éstas con los actos procesales). El acceso a la prueba judicial es un componente de prestación social que está inserto en el derecho fundamental al acceso a la administración de la justicia. En efecto, si el ciudadano no tuvo las posibilidades materiales o económicas de acceder al proceso, por tanto

no existiría acto procesal alguno y, por ende, usualmente no podría hablarse de validez del acto, ni predicarse violación al debido proceso<sup>30</sup>. El mecanismo para controlar la prestación social con el fin de acceder al proceso no es, primordialmente, la exclusión, inadmisión o el rechazo, sino la obligación del Estado, emanada del derecho fundamental al acceso a la administración de la justicia, por medio de sus jueces o funcionarios relacionados con este tipo de servicios (Defensoría del Pueblo o el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses), que proveen el servicio de pruebas periciales o la asistencia jurídica del litigante. Por tratarse de un derecho fundamental, la obligación nace sin necesidad de ley habilitante, tampoco se requiere forma o acto distinto que la necesidad misma del justiciable.

Si reducimos los componentes de la prueba judicial al debido proceso probatorio, podrían quedar por fuera de su objeto los componentes epistémicos de la libre valoración probatoria y las condiciones materiales de acceso a la prueba. Los análisis propios del debido proceso en la valoración probatoria solo son plenamente posibles en los sistemas de la regla tasada, donde todos los actos y juicios del derecho probatorio se someten a reglas de tipo deóntico (legal-ilegal, lícito-ilícito, permitido-prohibido, suficiente-insuficiente). Si restringimos el acceso a la administración de justicia al debido proceso, dicho acceso podría reducirse al control de la validez (nulidad o exclusión) de formas procesales que crean requisitos excesivos o actos que impliquen dilaciones injustificadas, asimismo, por la violación de garantías como la del juez competente o la defensa; pero se eluden los mecanismos administrativos y económicos necesarios para el aseguramiento de pruebas como las periciales o la asistencia jurídica.

También como argumento de que el derecho a la prueba no hace parte, enteramente, del debido proceso, se encuentra la misma regulación constitucional de estos derechos, ya que el art. 29 en vez de establecer la pertenencia de primero al segundo, lo que regula es la incompatibilidad del uno con respecto al otro. En efecto, el art. 29 de la CP al mismo tiempo que establece el derecho a la prueba, también prescribe que «es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». Decir, bajo esta regulación, que el

---

<sup>30</sup> Sobre los contenidos del debido proceso y sus mecanismos de efectividad, debe hablarse en términos tendenciales, dado que, como lo pone de presente Esparza Leibar (1995: 72-73) en su estudio a la figura en la tradición estadounidense, resalta el carácter polifacético del mismo y lo caracteriza por su «flexibilidad y progresiva extensión, introduciendo invariablemente elementos no sólo jurídicos sino además políticos, sociológicos, éticos, morales, etc.».

derecho a la prueba hace parte del debido proceso, es incurrir en este concepto en una inaceptable *contradictio in terminis*; pues, es un evidente contrasentido decir que el debido proceso (en sus aspectos probatorios) se anula en razón al mismo debido proceso. Es como si el debido proceso fuera una especie de *agujero negro* que se destruye o se engulle él mismo. Este conflicto entre el derecho a la prueba y el debido proceso significa, desde el principio lógico de *no contradicción*, que el derecho a la prueba y el debido proceso son dos conceptos diversos.

No obstante, hay que advertir que las diferencias y las similitudes entre el debido proceso y otras figuras del ordenamiento jurídico dependen del legislador y de las reglas jurisprudenciales. En la actualidad en Colombia se asiste a la expansión de la categoría *debido proceso* a diversos ámbitos del derecho público y privado, de cuenta del acrecentamiento de las materias de competencia de la CCC en razón de la propagación de los efectos de los derechos fundamentales a todas las esferas del orden jurídico. Por ejemplo, es debido proceso lo que tradicionalmente ha sido el procedimiento razonable de carácter sancionatorio en diversos ámbitos públicos o privados como el educativo, la relación de trabajo o el derecho tributario<sup>31</sup>. En el recurso de amparo se presenta el denominado *defecto sustantivo* en las decisiones, tanto en razón a la afectación a la legalidad procesal, como también la legalidad sustantiva; por ello, el debido proceso se ha extendido hasta la interpretación normativa que realiza el juez al momento de hacer el juicio de adecuación típica (penal, civil, entre otros).

En materia del derecho probatorio se encuentran nuevos espacios en los que se reconoce la aplicación del debido proceso. En efecto, la CCC, mediante la sentencia SU-159/02, al interpretar el dispositivo constitucional «es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, la sentencia C-030/12, que se refiere al Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) de los servidores públicos de diversas dependencias del Estado, confirma la jurisprudencia según la cual la legalidad de las conductas y de las sanciones disciplinarias se constituye en uno de los principios rectores del debido proceso. En la esfera de la educación, tanto en entidades públicas como privadas, así como la CCC (por ejemplo, la sentencia T-1228/04) tiene como doctrina que el debido proceso arroja principios como la legalidad de la conducta y la sanción, lo mismo que defensa, prueba, impugnación y demás) del derecho disciplinario. En la responsabilidad disciplinaria de los abogados, por ejemplo, la sentencia C-692/08. En igual sentido, en el campo tributario, las sanciones disciplinarias contra profesionales como los contadores públicos (sentencia C-597/96). También en el caso de la declaratoria por el empleador de la ilegalidad del cese de actividades para efectos del despido, la CCC (sentencias T-937/06 y SU-432/15) establece como subregla que la decisión de despido debe respetar el debido proceso, con un procedimiento en que haya prueba de la conducta del trabajador y la posibilidad de defenderse.

violación al debido proceso», determina que la expresión debido proceso también se entiende en un sentido sustancial a fin de arropar situaciones extraprocesales como las actuaciones de las autoridades o de los particulares que afecten derechos fundamentales en la obtención de la prueba, para efectos de la exclusión probatoria. Antes de esta sentencia se consideraba que el término debido proceso solo enjuiciaba la prueba por infracción a la legalidad de las formas del proceso.

Del mismo modo, la CCC ha fundado la doctrina del *defecto fáctico*, por afectarse el valor de una prueba en particular en una decisión judicial cuando ostensiblemente se aparta de lo razonable; esta doctrina considera que una providencia judicial que incurra en tal error de valoración afecta el debido proceso y, por tanto, es posible la nulidad procesal por vía de acción de tutela para remediar la situación en particular. Este tema tradicionalmente ha tenido control mediante el recurso de casación por falso raciocinio, al afectar las reglas de la sana crítica; aunque tampoco ha sido un asunto relacionado con el debido proceso.

En fin, este trabajo académico no alcanza para describir todos los recovecos del orden jurídico donde la expresión debido proceso le permite al juez constitucional ejercer su poder jurisdiccional. Ha sido tal la expansión de la categoría debido proceso en Colombia que se ha convertido en una cláusula vacía que le permite al juez constitucional, mediante el recurso de amparo con un procedimiento célere y en el que las garantías procesales dependen de la voluntad del juez, constituirse, en muchos casos, más en un órgano justiciero que en uno propiamente jurisdiccional. Así, puede decirse que la CCC ha asumido el derecho al debido proceso como la *caja de pandora* de los derechos<sup>32</sup>.

Sin embargo, la CP no solo ha consagrado la macrogarantía del debido proceso, sino también la del derecho de defensa, y el derecho al acceso a la administración de justicia; por consiguiente, se tiene una Constitución pletórica en garantías aunque en la práctica con

---

<sup>32</sup> En alguna medida, las decisiones de los jueces constitucionales colombianos con la acción de tutela amparando el debido proceso se parecen a lo que las monarquías administrativas en Francia hacían con las denominadas *Letres de cachet*; en las que, según Foucault (2003: 112-114), a pedido de cualquier persona a la monarquía sobre diversas situaciones de la vida que le afectaban –por ejemplo, maridos ultrajados por sus esposas, padres de familia descontentos con sus hijos, padres de familias que querían librarse de un sujeto, comunidades religiosas perturbadas por la acción de un individuo, comunas molestas con el cura de la localidad, etcétera– el intendente del Rey hacía una constatación sumaria de los hechos y luego el monarca emitía la orden que correspondiera al caso, incluyendo el arresto de una persona. Desde luego, estas figuras son muy diferentes en cuanto a sus contenidos y fundamentos, pero con la comparación quiere resaltarse la tendencia administrativista de la jurisdicción en Colombia con el recurso de amparo.

graves deficiencias en la efectividad social de las mismas. Todas estas macrogarantías tienen vigencia al mismo tiempo, y dependen para su aplicación práctica, entre otras condiciones, de la voluntad de la jurisprudencia. En la época actual, la categoría preferida es la del debido proceso, con sus mecanismos de efectividad como la nulidad o la exclusión. Sin duda, el derecho de defensa<sup>33</sup> es una categoría que se subsume completamente en el debido proceso, así como en el derecho al acceso a la justicia<sup>34</sup>. La doctrina constitucional también ha visto el derecho probatorio como parte del derecho a la defensa: la sentencia T-589/1999 funda el derecho de probar en el derecho de defensa, considerando a aquel como una de las dimensiones más importantes de éste; la sentencia C-1270/00 considera las garantías de presentar y contradecir las pruebas como algo «consustancial al derecho de defensa»<sup>35</sup>.

En cuanto a si el derecho a la prueba hace parte del *derecho de acción*, tal cual lo pregonan algunos autores (Devis Echandía, Vol. I, 1981: 34-35; Rocco, 1972, Vol. III: 111) debe decirse que no es posible, ya que mientras el segundo busca el pronunciamiento de fondo de la pretensión, el primero, tiene como objeto los hechos. La confusión está en el tipo de relación que existe entre la pretensión y la prueba, la cual se da a partir de los hechos: mientras los hechos son la condición del derecho sustancial que contiene la pretensión, los hechos son el objeto de la prueba<sup>36</sup>. A partir de los hechos, la prueba se constituye en la

---

<sup>33</sup> En la Constitución Española el derecho a la prueba se encuentra relacionado con el derecho de defensa ya que el art. 24 establece que todos tienen «derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa».

Aunque en un sentido restringido la defensa se refiere a la oposición, no obstante, el ejercicio de la acción es, asimismo, una forma de defenderse. En términos de Picó (1996: 35), el derecho a la prueba «no es posible si se impide a alguna de las partes el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan las de la parte contraria».

<sup>34</sup> Por ejemplo, según Chamorro (1994: 130) el derecho de defensa está incluido en el principio español de la tutela judicial efectiva (Constitución española, art. 20.1). Este principio es equiparable al sentido amplio del también colombiano derecho al acceso a la administración de la justicia (CP, art. 229).

<sup>35</sup> En este sentido, véanse igualmente las sentencias de la CCC: C-617/96, T-055/94, T-442/94 y T-416/98. Un ejemplo de esta misma Corte en el que resuelve un problema solo de resistencia u oposición, es la sentencia T-595/92, en las situaciones en que la actuación procesal se desarrolla de manera unilateral, «negando al procesado la oportunidad de hacer valer las pruebas y argumentos que lo favorecen». Considera la Corte, en esta sentencia, citando a Séneca, que «el que ha dictado sentencia sin oír a la otra parte, no ha sido justo, aunque su sentencia lo sea».

<sup>36</sup> Dice Bergeaud (2010: 72-77), el derecho de acción entendido como el derecho a ser oído por el juez, bien en el rol de la pretensión (demandante) o en el de la oposición a ella (demandado o defensa) no puede confundirse con el derecho a la prueba cuyo objeto es darse los medios para hacerse oír sobre el fondo de una pretensión. La acción busca que el juez se pronuncie sobre el fondo de la pretensión, y la prueba busca producir u obtener los medios que sustentan la pretensión; así, «el derecho a la prueba garantiza la efectividad del derecho de

garantía de la acción. La misma crítica cabe cuando el derecho a la prueba se considera como una manifestación del derecho de defensa<sup>37</sup>, dado que este derecho, por definición es la oposición o resistencia a la pretensión u acusación, es uno de los componentes del derecho de acción. No obstante, en los sistemas jurídicos en los que se tiene la categoría *derecho a la defensa* como el de mayor rango, la tendencia a incluir en él, a la manera de *caja de Pandora*, todas las demás garantías procesales<sup>38</sup>.

Por su lado, sobre el *derecho al acceso a la administración de la justicia*, no puede decirse que sea incluido en el debido proceso, sin hacer un ejercicio de extensión de sus predicados. En efecto, uno de los contenidos propios del derecho al acceso a la administración de la justicia es el de prestación económica por parte del Estado a favor de cualquier persona para que pueda ejercer en condiciones de igualdad material sus derechos o garantías. El acceso a la administración de la justicia es un derecho social ya que implica una prestación económica o de infraestructura para la tutela de los derechos. Sin duda, el acceso a la justicia en sus aspectos formales está totalmente incluido en el debido proceso, ya que implica un juicio de validez del proceso; pero la exigencia material de recursos económicos y logísticos para los justiciables no es problema que se agota en la validez jurídica, también es un asunto de efectividad sociológica, que requiere de asistencia jurídica o de pruebas periciales, y otros costes para enfrentar el proceso por los justiciables.

Ciertamente, los mecanismos de efectividad del debido proceso como la nulidad procesal de los actos o decisiones, o la exclusión probatoria son necesarios pero insuficientes para los problemas relacionados con el acceso en igualdad de condiciones materiales al proceso. El sistema de justicia que monopoliza el Estado es socialmente legítimo si todos sus destinatarios tienen igualdad de acceso al mismo; para ello, se requiere que además de mecanismos como las nulidades procesales también se apliquen otros que son propios de los derechos sociales, por ejemplo, por parte del juez constitucional hacer la declaratoria del

---

acción». Debe tenerse presente que la pretensión forma el objeto del juicio mientras que la prueba es el sustento de la pretensión.

<sup>37</sup> La ccc en las sentencias T-589/99, C-1270/00 y C-880/05 considera que el derecho a la prueba es una manifestación del derecho de defensa.

<sup>38</sup> En la Constitución de la República del Ecuador (art. 76) el derecho a probar está incluido en el derecho de defensa. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 –art. 8– (ratificada por Colombia mediante la Ley 16/72), se refiere a los derechos a ser oído y la defensa como las garantías procesales en las que se incluyen las probatorias.

«estado inconstitucional de cosas», dar las órdenes al legislador para realizar reformas legales, o al poder ejecutivo para coordinar los servicios en cuestión, o a otras entidades como las de control.

De acuerdo con lo anterior, si la categoría *genus* fuera debido proceso probatorio, conceptos tendencialmente metajurídicos como la sana crítica o las generalizaciones del conocimiento humano quedarían huérfanos de categorías psicológicas o sociales puesto que no son reducibles a la validez jurídica. Desde luego, si, hipotéticamente, todos los actos y juicios del derecho probatorio se someten a reglas tasadas, que son reglas de tipo deóntico (legal, ilegal, permitido, prohibido), la materia objeto de este estudio académico sería solo sobre el debido proceso probatorio. Además, el derecho de prestación al acceso a los medios de prueba en condiciones de igualdad material, con asistencia económica e infraestructura en pruebas periciales y asesoría jurídica para los litigantes es un asunto que supera los márgenes de la validez jurídica y se relaciona más con la legitimidad del Estado para la realización de la justicia.

Finalmente, cabe mencionar que la categoría derecho al *acceso a la administración de la justicia* también tendría que sufrir una importante expansión en cuanto a sus contenidos para abarcar la actividad probatoria que se realiza en los ámbitos extrajudiciales, como el caso de los procedimientos del campo privado, por ejemplo, en los disciplinarios de carácter laboral o de instituciones educativas. Lo mismo puede decirse sobre diversos mecanismos de preconstitución de la prueba que se relacionan con otros derechos constitucionales como los de petición o la autodeterminación informática. Situaciones éstas, que solo forzando las categorías procesales tradicionales se pueden incluir; pero que, sin duda, puedan hacer parte del derecho a probar en sus efectos extraprocesales, con fines potencialmente judiciales. Así, el derecho a probar opera en situaciones extrancontenciosas o si se quiere potencialmente contenciosas. El valor del conocimiento es el que permite conectar los contenidos de los derechos de petición y de la autodeterminación informativa con la prueba judicial, tanto en los ámbitos procesales como en los extraprocesales. En los ámbitos extraprocesales categorías como el *derecho a la tutela judicial efectiva* o el *derecho de acción* son muy restringidas, y no alcanzan a abarcar el derecho a la prueba<sup>39</sup>. Finalmente, cabe precisar que

---

<sup>39</sup> Al efecto, Bergeaud (2010: 83-85) menciona la autonomía del derecho con respecto a cualquier otro derecho subjetivo, y menciona cómo en diversas situaciones puede hablarse de un derecho a las *medidas probatorias* o



el derecho a la prueba tiene como función servir de garantía de los derechos sustanciales, y en este mismo sentido, para el enjuiciamiento de estos, concurre con el derecho de acción (Bergeaud, 2010: 134). Pero el derecho a la prueba y el derecho de acción para su efectividad en el proceso judicial dependen uno del otro (el uno como condición del otro), ya que, de qué sirve la acción (o la tutela judicial) sin la prueba, y la prueba sin el poder de acceder al proceso.

A partir de lo anterior, puede decirse que la expresión que mejor subsume todos los contenidos del derecho probatorio es la *derecho a la prueba*, e incluso macrogarantías como el debido proceso probatorio tienen el inconveniente de constituirse en un sesgo de atribución, dado que en su caracterización la jurisprudencia tiende a preferir los contenidos de validez jurídica, y sus mecanismos de efectividad que le son propios, como la nulidad o la exclusión. En cambio, la categoría derecho a la prueba puede subsumir los contenidos propios de la validez probatoria, como también los relacionados con la fiabilidad (eficacia epistemológica) y los de prestación administrativa o económica (eficacia social), con sus respectivos mecanismos de efectividad. En suma, se pregona, en este estudio, por un derecho a la prueba con autonomía en contenidos y garantías para hacer realidad su efectividad tanto en el proceso judicial como por fuera de él. Precisamente, como lo pone de presente Taruffo (1984: 76-77), la consecuencia más sobresaliente de la prueba como derecho fundamental es la *fuerza expansiva* y su gran *importancia sistemática* en el sistema jurídico. Por lo tanto, si el derecho a la prueba se toma en serio, debe asumirse con su capacidad sistemática de integrar los valores y derechos constitucionales a los componentes probatorios del bloque de constitucionalidad y del ámbito legal, e incluso el administrativo.

### **1.1.3. Antecedentes del derecho a la prueba**

La garantía del derecho a la prueba tiene unos antecedentes normativos y otros teóricos (Mantecón Ramos, 2010: 6-7). Los normativos se han caracterizado por contenidos procesales genéricos como los derechos al debido proceso, la defensa o el acceso a la justicia (tutela judicial efectiva), o la presunción de inocencia; o por contenidos probatorios como los

---

el derecho a la *preconstitución de prueba* para demostrar que es posible hablar del derecho a la prueba por fuera del marco del proceso judicial. De esta forma, en el ejercicio de llevar una demanda ante la justicia pueden verse dos derechos en cuestión: el derecho de acción y el derecho de probar. Sobre este tema se vuelve en el apartado sobre el aseguramiento de la prueba.

derechos al testigo, al perito, a la verdad, a la motivación de la decisión o al *in dubio pro reo*. Aunque han existido suficientes fundamentos jurídicos para constituir la categoría amplia del derecho a la prueba, este concepto ha permanecido en la penumbra, y solo algunas posturas de autores y de la jurisprudencia han dado luz de la perspectiva garantista del mismo a partir de la interpretación de normas del orden internacional, o con base en las mismas normativas de carácter constitucional. Resulta excepcional lo que ocurre en países como España, Chipre, Ecuador y Colombia donde sus constituciones, como se ha visto, contienen formulaciones como «medios de prueba», «presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra» o «se alleguen sus medios de prueba e interrogar a testigos», que la doctrina encuentra que son reconducibles a la expresión derecho a la prueba<sup>40</sup>. Lo habitual es que la doctrina, en la fundamentación de este derecho, tenga a su disposición una combinación de garantías del orden convencional y las fórmulas de garantías procesales constitucionales genéricas, como en los casos de Francia (Bergeaud, 2010), Alemania (Scherpe, 2016) e Italia (Taruffo, 1984).

En Colombia, en las constituciones anteriores a la de 1991 no se consagra expresamente el derecho a probar; no obstante, éste se desprende de diversas garantías concretas como las de «ser oído» y «ser vencido en juicio» (por ejemplo, constituciones políticas de 1886, 1863, 1858, 1853, 1843, 1832, 1830 y 1821) o proceder con motivo «fundado en testimonio» o en «indicio» (CP de 1832), los condicionamientos de la «confesión» (CP de 1830), motivación de la decisión (CP de 1830) o «el expediente de documentos que motivaron» un procedimiento, el conocimiento de los «documentos o declaraciones» (CP de 1821), la presunción de inocencia, la defensa, el juez natural o legal, entre otros<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Así, en el caso español, Picó i Junoy (1996: 15).

<sup>41</sup> Las garantías procesales-probatorias en las históricas constituciones políticas colombianas pueden resumirse así: el art. 26 de la CP de 1886 dice: «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas de cada juicio». El art. 15 de la CP de 1863 que trata sobre los derechos individuales de los habitantes y transeúntes dice: ordinal 4.º «(...) ni juzgado por comisiones o tribunales extraordinarios: ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio; y todo en virtud de leyes preexistentes». En términos similares se refiere la CP del Estado Soberano de Antioquia de 1863, ordinal 4.º del art. 13.

El ordinal 1.º del art. 56 de la CP de 1858 se refería al principio en cuestión en términos similares a los del inciso 4.º del art. 15 de la CP de 1863. El ordinal 2.º del art. 5 de la CP de 1853 establecía como garantía individual « (...) el no ser juzgado, ni penado por comisiones especiales, sino por los jueces naturales, a virtud y en conformidad de leyes preexistentes después de ser vencido en juicio». El art. 158 de la CP de 1843 decía:

En cuanto a los sujetos destinatarios de las garantías procesales, es usual, como ocurre con la CP de 1991, que de *lege lata* se establezcan expresamente para los procesos penales; no obstante, por analogía, son aplicables a los demás tipos de procesos o procedimientos judiciales o extrajudiciales, ya que la condena (penal, civil, laboral o administrativa) puede afectar diversos derechos constitucionales tan importantes como la libertad, la patria potestad, los derechos políticos, la seguridad social o la propiedad; incluso no siempre las condenas penales resultan privativas de la libertad.

Aunque en las constituciones históricas no se usan las expresiones genéricas de *prueba*, ni *derecho a probar* sí se usan otros términos que aluden a acepciones de esos términos, por ejemplo: tópicamente se refieren a *testigo*, *documento*, significando la acepción de prueba como *medio de prueba*; o se usan las locuciones *interrogar*, *declarar*, *ser oído*, *la motivación de la decisión* que se refiere a la acepción de prueba como *actividad probatoria*; asimismo, se usa el término *ser vencido* significando la acepción de prueba como *resultado*. En el derecho internacional también se procede de manera tópica, por ejemplo: se establece el derecho a *obtener* o *interrogar testigos* o *peritos*, que corresponde a la acepción de prueba como *medio*; el término *derecho a la verdad*, corresponde a la acepción de prueba como *resultado* o efecto en la decisión del juez; o la *presunción de inocencia*, como categoría que cabe en la acepciones de prueba como *actividad* o el *resultado* de la decisión del juez.

Es necesario destacar en la doctrina constitucional que la sentencia T-589/99 reconoce que el «derecho a la prueba» se desprende del derecho internacional en los tratados globales

---

«Ningún granadino será obligado a comparecer en juicio sino ante los tribunales o juzgados competentes, establecidos por esta Constitución o la ley; ni condenado sin ser oído y vencido en juicio».

Precisamente, el art. 183 de la CP de 1832 consagraba: «Ningún granadino puede ser arrestado o reducido a prisión sin suficiente motivo para proceder, fundado en testimonio de persona digna de crédito, o en otro indicio grave». Igualmente, en el art. 191 establecía: «Ningún granadino será juzgado ni penado sino (...) después de habersele citado, oído y vencido en juicio». El art. 116 del Constitución de 1830 se refiere a las garantías en cuestión en términos similares a los del mencionado art. 191 de la CP de 1832.

El art. 165 de la Constitución de 1821 establecía: «Al tiempo de tomar confesión al procesado, que deberá ser a lo más dentro del tercero día, se le leerán íntegramente todos los documentos y declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos; y si por ellos no los conociere se le darán todas las noticias posibles para venga en conocimiento de quiénes son». Por su lado, el art. 167 de la misma decía: «Nadie podrá ser juzgado, y mucho menos castigado sino (...) después de habersele oído o citado legalmente». También esta Constitución cuando se refiere a la subsección 2.<sup>a</sup> del título V, de las funciones, deberes y prerrogativas del Presidente de la República en el art. 125 establecía: «Puede suspender de sus destinos a los empleados ineptos, o que delincan en razón de su oficio; pero avisará al mismo tiempo al Tribunal que corresponda, acompañándole el expediente de documentos que motivaron su procedimiento para que siga el juicio con arreglo a las leyes».

y hemisféricos sobre las garantías mínimas del proceso, entre estas se incluye «el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al derecho interno mediante Ley 74 de 1968, expresa en su art. 14: «3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo»; el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pacto de San José (Ley 16 de 1972) indica que «Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas: (...) f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos».

Puede decirse que la locución *derecho a la prueba* es una construcción por interpretación sistemática desde la doctrina colombiana y de otros países, y se sigue sosteniendo, en la actualidad, con argumentos aún más contundentes. Incluso, como se ha dicho, a pesar de que en el idioma inglés no existe el término genérico para abarcar los significados de *evidence* y *proof*, puede decirse que expresiones como *right to proof* o *right to evidence*<sup>42</sup> mediante una interpretación sistemática del sistema jurídico puede llegarse a las mismas conclusiones en cuanto a los contenidos del término español *derecho a la prueba*.

Algunas de las razones por las que la expresión derecho a la prueba no aparece en los textos históricos ni se acuña en las normatividades internacionales ha sido por la vaguedad del término prueba, ya que históricamente no se ha reducido a ser solo una fórmula de tipo deóntico como garantía de las personas frente a la actividad de la justicia del soberano, sino que también se ha entendido como la justicia misma, en especial si tiene el carácter de divina, mágica, tribal o patriarcal. Baste con mirar dos ejemplos, la justicia del rey Salomón en la

---

<sup>42</sup> Por ejemplo, Ferrer (2003: 27) traduce *derecho a la prueba* como *right to proof*. Por su parte, Gerhman (1989: 52-53) usa la *enunciado right to evidence* como garantía que hace parte del derecho constitucional a la defensa; pero también usa las expresiones *access to proof*, o *acceso to evidence*, con similar sentido.

Biblia (libro 1 de *Los Reyes*, capítulo 3) y las formas probatorias que muestra la literatura griega. En efecto, cuando se le presentan al joven rey Salomón dos mujeres con dos niños uno vivo y otro muerto y cada una alegando que el vivo es el suyo, la duda o la dificultad para resolver el caso se disipa mediante una *prueba* a la manera de actividad consistente en confrontar a las mujeres con la idea de cortar el niño en dos para repartirlo entre ellas. A partir de la reacción de ellas, el Rey entregó el bebé a la mujer que prefería perder el hijo a su muerte, y quitándoselo a la mujer que aceptaba que el hijo muriera. Esta concepción de *prueba* como la justicia misma se observa en la Antigüedad y en la Edad Media con los juicios de Dios o las ordalías; la imposibilidad de los mecanismos humanos para establecer la verdad se suple con la intervención divina, mediante un procedimiento mágico o religioso.

La concepción de la prueba como componente de la razón práctica en la realización de la justicia ha atravesado la historia humana. Sófocles, en la tragedia de Edipo Rey, narra que cuando éste se enteró que estaba predestinado a matar a su padre, el rey Polibio, huyó de su casa. Cerca de Tebas, en la encrucijada de los tres caminos, se transa en una lucha con un desconocido al que le dio muerte, sin saber que era su verdadero padre, el rey Layo. Edipo se hace rey de Tebas y se casa con su madre Yocasta, ignorando tal condición. Ante la desgracia por la que atraviesa la ciudad, Edipo consulta al oráculo y este le dice que se trata de una maldición por el asesinato del rey Layo; también Edipo consulta al adivino Tirisias y este le contesta: «prometiste que exiliarías a quien mató a Layo, te ordeno que te destierres». Yocasta le testimonia a Edipo que el adivino se equivoca porque Layo murió en la encrucijada de los tres caminos; pero Edipo le replica que matar a un hombre en sitio parecido fue exactamente lo que él hizo. La verdad se acopla luego con el testimonio del esclavo de Corinto que le informa a Edipo que Polibio murió, y ante la expresión que hace Edipo de que eso demuestra que él no le dio muerte a su padre, el esclavo le aclara que Polibio no era su verdadero padre, y le informa que él (Edipo) cuando estaba niño lo recibió del pastor de Citeron y lo entregó en la casa de Polibio. La verdad se revela completamente con la confirmación del pastor que atestigua que el niño (Edipo) provenía del palacio de Yocasta y que se lo entregó al esclavo de Corinto.

Con base en esta historia de Sófocles y otras piezas de la literatura de la antigua Grecia, Foucault (2003: 66) concluye que se dieron dos formas resolver los litigios: de un lado, la disputa o desafío reglamentado con juramento ante dios; en esta modalidad no hay juez, ni

sentencia, ni verdad, ni indagación, ni testimonio; es el desafío o riesgo que toma cada uno de los contendientes; asimismo, el oráculo de Delfos era la expresión de la verdad del nivel de los dioses, es la perspectiva de lo eterno y de lo prescriptivo. Del otro lado, el testigo, el cual en la historia de Edipo es un hombre sin importancia, pero que tiene un fragmento del recuerdo; el humilde testigo, puede por sí solo, por medio del juego de la verdad que vio y enuncia, derrotar a los más poderosos. Edipo Rey, Electra y Antígona compendian la historia del derecho griego. La historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho a juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban. La gran conquista de la democracia griega: el derecho de dar testimonio, de oponer la verdad al poder, se logró durante el siglo V antes de Cristo.

Dice Foucault (2003: 66-67) que «este derecho de oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad dio lugar a una serie de grandes formas culturales que son características de la sociedad griega»: 1) la elaboración de formas racionales de prueba y la demostración; estas formas son la filosofía, los sistemas racionales, los sistemas científicos; 2) se desarrolla la denominada retórica griega como un arte de persuadir, de convencer a las personas sobre la verdad de lo que se dice; 3) el desarrollo de un nuevo tipo de conocimiento por testimonio, recuerdo o indagación. Este saber antes de Sófocles lo desarrollaron los historiadores (Herodoto), naturalistas, botánicos, geógrafos y viajeros griegos y que Aristóteles totalizó y convirtió en saber enciclopédico.

Según Foucault (2003: 67),

en Grecia se produjo una gran revolución al cabo de una serie de luchas que dieron como resultado la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial de la verdad, el cual constituye la matriz, el modelo o punto de partida para una serie de saberes filosóficos, retóricos y empíricos.

Foucault (2003, 15-16) demuestra cómo en las prácticas judiciales las formas de obtener la verdad en unas épocas de la historia se aproximan más a las formas comunes de la investigación en las ciencias o en disciplinas como la historia; y en otros períodos, las maneras de obtener el conocimiento con unas reglas de juego en las que se manifiesta el ejercicio del poder de diversas formas. Por ejemplo, dice Foucault (2003: 68-70) que entre los siglos V y X los germanos luego de la caída del imperio romano establecieron unas formas de componer litigios en las que predominaban las luchas entre los contendientes, donde el derecho actuaba como un ritual de guerra en el que los invasores –los germanos– se veían favorecidos política y económicamente con tales rituales.

En el iluminismo, según Foucault (1988:102), las formas de obtención de la verdad implicaron una aproximación a los métodos comunes ya que con el antiguo régimen las prácticas se habían aproximado más al interés del soberano de mantenerse en el poder y perseguir a sus enemigos. En el iluminismo de finales del siglo XVIII se prohibió la tortura para obtener la confesión, se instauró la libre apreciación de la prueba y, por tanto, se abolieron las denominadas *semipruebas* o *semiverdades* que producían *semiculpables*, como era lo propio de las pruebas tasadas. Forma *común de verdad* significa en el contexto de la economía del castigo de los iluministas que «la verificación del crimen debía obedecer a los criterios generales de toda verdad» o al «régimen común de verdad». Se trata del método de libre apreciación consistente en un sistema complejo que utiliza el sentido común, las ciencias y una serie de discursos de relación infinita para conformar la convicción del juzgador.

Finalmente, cabe resaltar el pensamiento de Hobbes (1999: 18) en su obra *De cive* de 1642 en la que describe las *leyes naturales* de las cuales parte su influyente propuesta de estructura política del Estado moderno, entre ellas, la obligación del juez de basar su juicio en testigos imparciales, ante la incertidumbre de los hechos. Lo cual significa que entre la autoridad de la justicia en la decisión sobre los conflictos de las personas, la garantía más importante de estas, ante la incertidumbre de los hechos, es el testigo. Entre el juez y la persona justiciable se encuentra el testigo como control de la justicia (racionalidad) del juicio sobre los hechos<sup>43</sup>. Puede decirse que desde la filosofía iusnaturalista, en la Antigüedad o el medioevo, el derecho al *testigo* es el sentido primigenio o *natural* de lo que hoy es el *derecho a la prueba*. Esa idea iusnaturalista del testigo es la que desarrolla, como garantía ya jurídicamente vinculante, el DIDH o el DIH del que se habla en este estudio.

De lo anterior puede deducirse que pese a las dificultades del término prueba y de sus conexiones con el poder político, la tendencia que ha fincado la ilustración, con sus bases iusnaturalistas desde la antigüedad, es la de acercar la prueba judicial a las formas habituales del conocimiento en el campo científico o del sentido común. En este ámbito la prueba como

---

<sup>43</sup> Dice Ferrajoli (2011, Vol. II: 210) El sentido de la famosa frase «todavía hay jueces en Berlín» es que debe haber siempre un juez capaz, por su independencia, de absolver a un ciudadano a falta de pruebas de su culpabilidad, incluso cuando el soberano o la opinión pública piden su condena, o de condenarlo en presencia de pruebas incluso cuando los mismos poderes desearían su absolución.

garantía de las personas frente al ejercicio del poder en sus distintas manifestaciones estatales o de la esfera privada ha encontrado desarrollos importantes entre los juristas.

En la época actual, los antecedentes teóricos más profundos y completos del derecho a la prueba en el ámbito iberoamericano se deben a Joan Picó (1996), ya que por interpretación sistemática del art. 24.2 de la constitución española que expresa «todos tienen derecho a (...) utilizar los medios de prueba», soporta el concepto de derecho a la prueba y lo desarrolla como derecho fundamental con las consecuencias que ello implica para el proceso civil español; para lo cual hace un estudio sistemático de la actividad probatoria, se pronuncia sobre los poderes oficiosos del juez y sobre los límites constitucionales al mismo derecho, en especial para la actividad probatoria. En España, según Picó (1996: 15), algunas de las obras que durante los años ochenta estudiaron la prueba como derecho se encuentran: Serra Domínguez («El derecho a la prueba en el proceso civil español» en: *Libro Homenaje a Jaime Guasp Delgado* –1984–); De Marino, R.: «Las prohibiciones probatorias como límite al derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial* –1983–; y Sainz De Robles, F.C., y Albacar López, J.L.: «El derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial* –1983.

La jurista alemana Caroline Scherpe (2016: 154), en su artículo de revista *Recht auf Beweiss*, menciona que este derecho a la prueba pese a que encuentra su fundamento para el proceso civil en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6, ord. 1) que trata del «derecho a un proceso equitativo» de toda persona en litigios sobre derechos u obligaciones civiles o sobre una acusación penal, solo alguna parte de la doctrina lo ha desarrollado como garantía esencial; en este sentido, resalta a Kofmel (*Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren*, 1992), Habscheid (*Das Recht auf Beweis*, in: ZJP 96, 1983).

Por su parte, en Francia el libro de la jurista Aurélie Bergeaud (2010: 6-65) *Le droit à la preuve*, entiende el derecho a la prueba como un derecho subjetivo procesal autónomo del derecho sustancial y del derecho de acción. Menciona la autora (2011: 6-21, 44) que la expresión *derecho a la prueba* se usó, en sus inicios, para hacer referencia a un componente del derecho sustancial que se desprendía de los derechos subjetivos, especialmente, los regulados por el Derecho civil (entre ellos, propiedad, matrimonio o filiación); en este sentido menciona a Gény en 1911 (en el texto *Des droits sur les lettres missives*, de 1911), quien lo presenta como un derecho de personalidad que concurre, por ejemplo, en las misivas o cartas,



con otros derechos como el secreto de la correspondencia; asimismo, la obra de Demontés en 1922 (en el texto *L'actio «ad exhibendum» en droit modern. Essai sur le droit a la preuve*) en el que a partir del derecho a la prueba critica el individualismo que regía en la época que no permitía que el individuo pudiera ser la causa de prueba. La autora (2010: 7, 40) también menciona a Goubeaux (1981), el capítulo de libro *Le droit à la preuve* (en Perelman y otros, *La preuve en droit*) en el que se presenta este derecho en un sentido procesal, y habla de los derechos de los litigantes para *produire ses preuves* (si se encuentran en su poder) o de *obtenir des preuves* (si no están en su poder).

Finalmente, Scherpe (2016: 154) destaca el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Montovanelli vs. Francia (sentencia del 18 de marzo de 1997, 21497/93) que en el ámbito europeo se constituye en un obligado criterio de interpretación jurídica al interior de los estados de la Unión Europea sobre el entendimiento de la prueba como principio para los diversos juicios, por ejemplo, los civiles o los penales.

En Italia, Taruffo (1984: 75) se constituye en referencia obligada por la sistematización de este derecho, en cuanto a sus fundamentos, su carácter expansivo en el orden jurídico, con las consecuentes revisiones críticas de las normas procesales italianas de la época para resaltar las que se constituyen en obstáculos frente a este derecho; en cuanto a los antecedentes de la figura considera que la primera referencia clara al *diritto alla prova* como elemento esencial del derecho de acción y de la defensa se encuentra en Cappelletti-Vigoriti en 1971. Dice Taruffo (1984: 74-75) que la idea de un *diritto alla prova* es muy reciente, pues, tradicionalmente, bajo el modelo de los códigos napoleónicos que ha influenciado la legislación italiana de los ochenta y aun los vigentes; incluso cuando algunos autores se refieren de un derecho *alla prova* sus reflexiones se centran en el cumplimiento de las partes de las cargas probatorias o en las regulaciones de la actividad probatoria.

En la actualidad, en Colombia existen intentos de sistematizar el derecho a la prueba como categoría genérica y en cuanto a sus efectos en el orden jurídico, por ejemplo: Parra Quijano (2011: 58, 110-119, 724, 795) usa el término *principio del derecho a la prueba* y a partir del estudio de la jurisprudencia se refiere a las manifestaciones de este derecho en el aseguramiento de la prueba y en las fases de la actividad probatoria como el decreto, práctica y valoración probatoria. Asimismo, apuntala algunas de las consecuencias del derecho a probar en figuras como la carga de la prueba (esta le corresponde a la parte que le resulte

«más fácil desahogarla»), en la admisión probatoria y en la exclusión probatoria. También en este sentido los artículos de revista de Ruiz Jaramillo (2007a) y Pérez Restrepo (2015) donde se trata de darle sentido a la categoría genérica del derecho a la prueba desde la doctrina constitucional colombiana.

Debe tenerse presente que a veces la doctrina habla del derecho a probar como categoría del *derecho de acción*, por lo que su ámbito de vigencia se encuentra en la entrada del proceso, en la defensa o resistencia y las fases procesales de la prueba; pero no hay un estudio sistemático como derecho constitucional. Por ejemplo, autores como Devis Echandía (1967: 197-199; 1981, Vol. 1: 35), en la década de los sesenta y setenta, habla indistintamente del *derecho de probar* y el *derecho a probar* bajo la decimonónica CP de 1886, mencionando que en cuanto al demandado e imputado o procesado se refiere, es claro que sin el derecho de probar no existiría audiencia bilateral, ni contradictorio efectivo, tampoco se cumpliría la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo; en relación con el demandante, igualmente resulta indudable que sin el derecho de probar resultaría ilusorio el ejercicio de la acción y engañoso el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho. También el colombiano Alzate Noreña (1944: 18-19) usa las expresiones *acción de probar* o *derecho a la prueba* para significar que a la partes les corresponde allegar los elementos probatorios para demostrar sus aseveraciones y la facultad de discutir (alegar) sobre las conclusiones a que las pruebas conducen.

Por su parte, el italiano Rocco, en su *Tratato di diritto processuale civile* de 1957 (como se citó en Devis Echandía, 1967: 291), se refiere a un *derecho de probar* y reconoce un derecho de las partes en relación con el material instructorio del proceso y la correspondiente obligación del juez<sup>44</sup>. Asimismo, el español Guasp (como se citó en Devis Echandía, 1967: 201) en la edición de 1962 de su libro *Derecho Procesal Civil* dice: «Las partes tienen, evidentemente un derecho a probar: por su condición jurídica de partes se les atribuye la

---

<sup>44</sup> Rocco (1972, Vol. III: 111 –edición en español del *Trattato di diritto processuale civile*–) al hacer alusión a la asistencia de las partes o sus defensores a la audiencia de la recepción probatoria se refiere en términos de facultad, precisando que no se trata de una obligación, ni de una carga; de modo que la asistencia o presentación de las partes, «puede conducir a la decadencia de la facultad de recepción de la prueba». Manifiesta el autor, en la nota de pie página 6, que «hay que montar guardia contra el uso demasiado frecuente del concepto de carga, cuya definición jurídica no ha sido suficientemente profundizada por la doctrina. La facultad de asistir a la prueba, que surge con la providencia que ordena la recepción, no es otra cosa que una de las múltiples facultades comprendidas en el derecho de acción y de contradicción, cuyo ejercicio está regulado por las normas procesales, de modo que la no asistencia pueda llevar a la decadencia del ejercicio de dicha facultad».

facultad o serie de facultades correspondientes»; posición que sostiene en edición actualizada del mismo libro (Guasp y Aragonese, Vol. I, 1998: 304).

Finalmente, es interesante mirar algunos antecedentes en los tratados de derechos humanos. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (ratificada por la Ley 16 de 1972), entre las *garantías judiciales* preceptúa el «derecho (...) de interrogar a los testigos (...) y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos» (art. 8-2-f). La expresión «arrojar luz» en este apartado es una metáfora para hacer referencia al conocimiento basado en la razón o en lo racional; lo cual en el ámbito judicial significa «medios de prueba sobre los hechos».

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968) prescribe:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Se enfatiza en este derecho convencional en la acepción de prueba como medio o instrumento. Asimismo, la Convención de Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989 (ratificada por Colombia mediante Ley 12/91), dispone que todo menor que haya infringido la ley penal «no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroguen a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad» (art. 40-2).

La Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 prescribe:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (art. 11-1).

Esta norma establece el principio que tiene como antecedente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en Francia, donde se establece « (...) que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable». Estas normas reflejan algunos de los contenidos básicos del derecho a probar: necesidad de la prueba, la defensa o la contraprueba, de la actividad probatoria y normas de decisión (presunciones o favorecimientos).

De los antecedentes mencionados puede concluirse que el derecho a la prueba es una categoría cuyos contenidos sistemáticamente se deducen tanto del régimen constitucional actual como de los anteriores y del bloque de constitucionalidad. Por tanto, derecho a la prueba es el género de garantías de la prueba que trata de los instrumentos o los medios del conocimiento judicial, la actividad probatoria o de las garantías sobre la decisión de los hechos (presunciones). El antecedente histórico del derecho a la prueba es el derecho al testigo, como la persona que con su conocimiento de los hechos se ubica como garantía del justiciable frente al poder del soberano con su órgano de justicia. La expresión *derecho a la prueba* es propia del mundo contemporáneo en el que existen sistemas jurídicos y en los que el derecho probatorio se acerca a las formas comunes del conocimiento y existen garantías constitucionales normativamente vinculantes, como los derechos fundamentales, con la consecuente tendencia a la subjetivización del derecho en general<sup>45</sup>.

Precisamente, el entendimiento actual del derecho a la prueba como derecho constitucional tiene bases en la misma CP y se estudian a la manera de los valores fundamentales del concepto. Son dos tipos de valores: unos referidos a las formas comunes del saber humano (valor del conocimiento) y otros que tienen que ver con componentes ético-políticos imprescindibles para comprender esta garantía constitucional en la época contemporánea (valores de la justicia, igualdad y libertad).

## **1.2. Valores constitucionales que fundan el derecho a la prueba**

La prueba es un concepto que hace parte del conocimiento en general, y se usa en los diversos ámbitos en que se desenvuelve el ser humano: el social, el práctico, el judicial, el científico, el artístico y demás. Aunque el campo judicial probatorio es normativo, la prueba tiene dos aspectos que la caracterizan y solo teóricamente son separables: lo epistémico y lo jurídico. El epistémico es lo «natural» del concepto; o puede entenderse mejor como la forma común con otros campos del conocimiento basados en la razón; de tal manera que ante la ausencia de regla jurídica se sobreentendería lo epistémico (por ejemplo, la presentación y la contradicción de los medios de prueba por las partes, la admisión y valoración por un tercero,

---

<sup>45</sup> Precisamente, una de las tendencias en la actualidad, en las reformas procesales, es incluir los derechos multiculturales, lo mismo que la protección de los derechos humanos, y a proporcionarle mayor importancia a las víctimas de los delitos (véase, Bustamante Rúa, 2014: 463-464)

la relevancia, la completitud, la necesidad, la valoración racional y la certeza). Lo jurídico se refiere a aquellos aspectos de la prueba que solo la autoridad legislativa o jurisprudencial puede reconocer su existencia (por ejemplo, los privilegios, las reglas de exclusión, los favorecimientos, las presunciones, las cargas procesales). Al respecto, Twining (1985: 12-15) explica que las distintas concepciones de la prueba judicial en el mundo anglosajón parten de un modelo epistemológico ideal de tipo racionalista, pero se diferencian en cuanto a la necesidad o no de regulaciones jurídicas; algunos autores son antinormativistas (Bentham), otros aceptan las reglas jurídicas, pero solo como un criterio a considerar por el juez (Thayer o Wigmore); otros pregonan que la actividad del juez debe ser regulada por normas rígidas (Chamberlayne)<sup>46</sup>.

Cuando se habla de «valores constitucionales que fundan el derecho a la prueba» se quiere significar que este derecho tiene unas bases o raíces filosófico-jurídicas, sobre las cuales se hace referencia en este estudio, a las epistémicas y las ético-políticas<sup>47</sup>. Los *valores*, según la doctrina constitucional colombiana, son los fines que el constituyente ha establecido para el mismo régimen constitucional: «asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz» (preámbulo de la CP)<sup>48</sup>. También esta constitución (art. 1) prescribe que «Colombia es un Estado de social de derecho» que se

---

<sup>46</sup> El procesalista catalán Muñoz Sabaté (2012: 39-41) estima que «cuantas menos trabas formales pongamos a la prueba, más fácilmente nos acercaremos a la verdad o evidencia de los hechos. Ello pudiera ilustrar el brocardo *probationes non sunt coartandae*. Considera que «se hace necesaria una profunda revisión del derecho probatorio, con igual temple que aquel «movimiento abolicionista» que liderado entre otros por Bentham y Thayer sostenía que la valoración de la prueba era una cuestión puramente epistemológica». Asimismo, el autor (2012: 39-41) se refiere a los abusos hiperformalistas e hipergarantistas, y pone como ejemplo, en la nota al pie 72, el proceso penal italiano en el que el proceso justo se ha traducido en una serie de normas que lo han ralentizado de manera espantosa.

<sup>47</sup> En el ámbito filosófico, dice Ferrater (1999: 36-37) que «Hartman propuso una tabla que abarca los valores siguientes: valores bienes (instrumentales); valores de placer (como lo agradable); valores vitales; valores morales (como lo bueno); valores estéticos (como lo bello); valores de conocimiento (como la verdad)».

Por su lado, dice Ferrajoli (2011, Vol. I: 35) que «el derecho es un universo simbólico, cuyos paradigmas, hechos no sólo de principios institucionales sino también de valores políticos y modelos culturales y deontológicos –el Estado de derecho, y el principio de legalidad, la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley, la igualdad y los derechos fundamentales–, han sido diseñados en gran parte por las teorías elaboradas por la filosofía jurídica y la política y por su interacción con las opiniones comunes».

<sup>48</sup> En la exposición de motivos sobre el preámbulo constitucional, en la Comisión primera en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en ponencia del delegatario Alberto Zalamea, dice sobre los valores: «En el camino de buscar la felicidad plena resultan indispensables, y son fuente de todos los demás, la convivencia social, la paz que de ella proviene, el conocimiento que hace posible el entendimiento, la justicia, que asegura la igualdad, y la libertad que corona el edificio de la autonomía humana».

organiza bajo una forma de República «fundada en el respeto de la dignidad humana<sup>49</sup>, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general»<sup>50</sup>.

Precisamente, los valores constitucionales con más inmediata relación con el derecho a la prueba son los de la justicia, el conocimiento, la libertad y la igualdad. Estos valores son contenidos jurídicos que, por la amplitud de sus significados, es pertinente hacer referencia a concepciones filosóficas que les den significado y sentido. Para tal efecto, el *conocimiento* es un contenido propio de la epistemología<sup>51</sup>, y, en el campo jurídico constitucional, hay que entenderlo en relación con valores ético-políticos como la justicia, la libertad y la igualdad; los que a su vez se conectan con la filosofía del derecho que sustenta los derechos humanos. Por tanto, epistemología y derechos humanos se encuentran en la base del carácter de derecho fundamental de la prueba.

Se advierte que los valores del preámbulo constitucional, entre ellos, el conocimiento, la justicia, la libertad y la igualdad hacen parte de aquellos bienes que el constituyente se puso como fin garantizarles a los integrantes de la unidad de la nación<sup>52</sup>. Al respecto y sobre el papel que tienen los valores constitucionales, la CCC (sentencia T-406/92) establece:

---

<sup>49</sup> En la CCC (T-881/02) la dignidad humana de acuerdo con la funcionalidad que tenga en el orden jurídico ha sido tratada como valor constitucional, o como principio fundante, y también como derecho fundamental.

<sup>50</sup> La Constitución española de 1978 (art. 1.1) establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Para los efectos de este estudio sobre el derecho a la prueba, con respecto a la constitución colombiana, la particularidad de la española, en cuanto a los valores, es que no incluye el valor del conocimiento. No obstante, en el campo judicial, el conocimiento se sobreentiende en el valor justicia, ya que sin duda, esta no puede basarse en el capricho del juez sino en el conocimiento verdadero de los hechos y del derecho.

<sup>51</sup> Según Haack (2014: 5), el término *epistemología* es relativamente reciente, data de la mitad a finales del siglo XIX, pero la epistemología, la teoría filosófica del conocimiento, es una disciplina antigua, y data, al menos, desde los esfuerzos de Platón por distinguir entre el conocimiento genuino (*episteme*) de las meras creencias u opinión (*doxa*); y en su larga historia ha tenido otros objetos de estudio como el concepto de conocimiento; propuestas sobre el conocimiento posible; los conceptos, la certeza y la probabilidad, el conocimiento de la verdad en la matemática, en lo empírico o en lo moral; la fuentes del conocimiento (intelectual, intuición, sensorial, inferencial, testimonial o la revelación religiosa); la prueba en cuanto a su estructura, su relevancia y lo que determina su cualidad; los procedimientos de investigación; las virtudes epistémicas como la honestidad, la paciencia y la completitud, y los vicios epistémicos como el autoengaño, el apresuramiento y la negligencia; la valoración del testimonio, y los aspectos sociales del conocimiento.

En palabras de Gelfert (2014: 9), el estudio del conocimiento pertenece a la disciplina de la epistemología, y esta a su vez es una rama de la filosofía.

<sup>52</sup> En la exposición de motivos, en la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente (1991), hay una concepción sobre los valores constitucionales que el delegatario Alberto Zalamea expresa así: «La

(...) representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

Sobre la efectividad de los valores, la Corte (sentencia T-406/92) ha sido armónica en cuanto a que los valores son «definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación», pero se mostró en un principio titubeante acerca de si son, o no, normas de aplicación directa, ya que dicha sentencia niega tal posibilidad; sin embargo, la sentencia C-479/92, ratificada entre otras por la C-818/05, considera que sí tienen el carácter vinculante<sup>53</sup>. Precisamente, este carácter de normas vinculantes de manera directa o inmediata ha sido un criterio para diferenciar entre valores y principios en la T-406/92, pero a partir de la C-479/92 tal diferencia no existe, ya que los principios y los valores son igualmente vinculantes. Puede decirse que en Colombia tanto los valores como los principios constitucionales se constituyen en criterio de validez jurídica de las demás normas jurídicas, como también de los actos jurídicos, entre ellos, los procesales<sup>54</sup>.

Desde luego, bajo el paradigma constitucional, el juez no está autorizado para actuar de forma arbitraria, porque se encuentra sometido, entre otras, a las normas sobre la decisión judicial. Precisamente, por regla general, es la CCC la competente para resolver las antinomias (inconstitucionalidad) o las lagunas de la ley con respecto a la CP. Asimismo, operan los

---

atmósfera moral del Preámbulo, su proyección pedagógica, su indiscutible valor de guía constitucional, pueden obtener el consenso pero también desatar la polémica»; explica, asimismo, que los valores requieren de una disposición permanente al diálogo para acordar el sentido de los mismos.

<sup>53</sup> Ferrajoli (2011, Vol. I: 25) explica que el rasgo distintivo del paradigma constitucional, caracterizado por la sujeción de la ley a las formas y a los contenidos constitucionales, es que, entre estos últimos, cuentan los principios ético-políticos –como las formas representativas del poder político, la separación de poderes, el principio de igualdad y los diversos derechos fundamentales–. Así, los principios ético-políticos son transformados de ese modo de fuentes de legitimación política (o externa) en fuentes de legitimación también jurídica (o interna). En otras palabras, en el paradigma constitucional los principios ético-políticos son fuentes de validez del derecho; Por tanto, las normas subordinadas deben ser consistentes con tales contenidos constitucionales (principio de coherencia), y hacerlos efectivos (principio de completitud).

<sup>54</sup> Desde la teoría del derecho, en términos de Ferrajoli (2011, Vol. I: 496-497), las normas y los actos jurídicos (como las sentencias o los negocios jurídicos) en su producción deben observar la legalidad formal (mera legalidad) y la sustancial (legalidad en estricto). La formal exige que la producción de los actos sea de conformidad con las formas relacionadas con las circunstancias empíricas consistentes en comportamientos o en características de comportamientos (como la forma escrita) o de sujetos (como la capacidad de obrar o la competencia). La sustancial exige la coherencia o la no contradicción de los significados de las normas o los actos con las normas supraordenadas, del orden legal o constitucional. Advierte el autor (2011: 496-497), que en el caso de los actos jurisdiccionales, adicionalmente, se exige la «subsunción» del caso a las normas sustantivas y la «correspondencia» con las referencias empíricas; con los márgenes de discrecionalidad que implica la opinabilidad de la interpretación y de la valoración probatoria.

principios de la legalidad de las formas procesales y la presunción de constitucionalidad de las normas de rango legal. Por último, aunque el juez del caso pudiera omitir la aplicación de una norma legal para darle prioridad, directamente, a los contenidos constitucionales (art. 4, CP), solo puede hacerse por excepción y con la debida carga de la argumentación.

Los valores constitucionales son normas jurídicas cuyos significados no se encuentran explícitos en la misma constitución política, por lo que hay que acudir no solo a una interpretación sistemática del orden jurídico, sino a la interpretación de los contenidos ético-políticos que se realice en las diversas instancias institucionales (jueces) o las académicas (la doctrina jurídica o de otras disciplinas sociales) dentro una determinada sociedad. Debe tenerse presente que los significados de los valores constitucionales más que un acto de creación propiamente dicho, se trata de un reconocimiento social de los mismos, ya que tales contenidos se relacionan con las prácticas o con los roles sociales, en especial, en los ámbitos judicial o académico. Precisamente, Cruz Parceró (1998: 299) explica que los valores constitucionales tienen prioridad sobre los derechos o los deberes, pero estos pueden tener ventajas funcionales en la utilización del lenguaje en determinadas ocasiones y circunstancias. Así, las dificultades en la definición de los valores, tiene implicaciones en su eficacia ya que en la práctica se dificulta su aplicación.

Por lo anterior, puede decirse que la prueba judicial se concibe como un concepto que hace parte del conocimiento general o común y, al mismo tiempo, pertenece al campo normativo estatal (Twining, 1985: 12-15). Esta caracterización de la prueba judicial permite explicar las normas con contenidos tendencialmente epistémicos y otros ético-políticos. Las de tendencia epistémica significa que en los contenidos de las normas al momento de su interpretación y aplicación en un caso concreto, hay preferencia por el uso del conocimiento racional compartido con otros saberes, como el científico, el técnico o el sentido común; por lo que, en ausencia de regulación positiva, puedan darse por sobreentendidas; verbigracia las reglas sobre la presentación y la contradicción de los medios de prueba por las partes, la admisión y valoración por un tercero, la relevancia, la completitud, la necesidad, la valoración racional y la certeza.

Por su parte, las tendencialmente ético-políticas aluden a aquellos componentes normativos que pueden tener como referente las filosofías relacionadas con los valores morales o políticos, como el caso de los privilegios, las reglas de exclusión, las facilidades,



las presunciones, las cargas procesales. Esta clasificación de normas tendencialmente epistémicas y ético-políticas son relevantes para el estudio del derecho constitucional a la prueba en la medida en que en las regulaciones jurídicas es posible detectar cómo confluyen los componentes epistémicos y los ético-políticos en una norma, institución o en la práctica judicial. Por ejemplo, en la carga de la prueba pueden reconocerse contenidos epistémicos, como las situaciones de duda o ausencia probatoria, pero también ético-políticos, como la regla de clausura del proceso y el criterio de justicia que aplica el legislador para distribuir el riesgo probatorio. En el caso de los dinanismos probatorios hay que reconocer los criterios de justicia material<sup>55</sup> aplicados por el juez, como las facilidades o dificultades que en la realidad material tengan las partes para acceder a la prueba. En el caso concreto de las exclusiones probatorias debe mencionarse que tienen un efecto contraepistémico en la medida en que afectan el desiderátum de la completitud probatoria<sup>56</sup>.

Como valor *epistemológico* la prueba se entiende como conocimiento, y éste a su vez se concibe, bien como instrumento para conocer sobre algo o como producto de ese saber, esto es la verdad o lo probado –el conocimiento sobre algo–. El valor *justicia* en la prueba tiene que ver con las posturas que se asumen sobre lo que es legítimo a partir de los mismos valores en cuestión, pero más específicamente se quiere significar a todos aquellos espacios que tradicionalmente se dejan librados, por el constituyente o el legislador, a juicios de razonabilidad en aplicación del principio de igualdad o de equidad como es el caso en general de las cargas procesales y, en particular, la carga de la prueba y las diversas modalidades de presunciones<sup>57</sup>. La *libertad* como valor, se relaciona con el papel que juega la autonomía de

---

<sup>55</sup> Ferrajoli (1995: 174) sobre las normas referidas a la justicia sustancial o a la igualdad material, explica que las mismas exigen elecciones y valoraciones irreductiblemente discrecionales que remiten a la responsabilidad política y moral del juez.

<sup>56</sup> Cáceres (2015: 2202 y 2217), siguiendo al epistemólogo estadounidense Larry Laudan, realiza una clasificación de normas jurídicas desde la epistemología, según faciliten o no las condiciones necesarias para buscar la verdad. Así, se refiere a las normas o a las instituciones que tienen efectos contraepistémicos en cuanto se constituyen en un obstáculo en la búsqueda de la verdad.

En similar sentido, también usa el término reglas *contra-epistémicas*, Gascón Abellán (1999: 122, 125-126, 133 y 143). Por su lado, Ferrer (2007: 69-70) explica que la finalidad de la institución probatoria es la averiguación de la verdad, y califica como *irracional* a una regla cuando no es adecuada para «maximizar las posibilidades de alcanzar esa finalidad».

<sup>57</sup> Para efectos de este estudio cuando se habla de lo *racional* o la *racionalidad* se asume en los sentidos de coherencia y como funcionalidad (Taruffo (1999: 311-316); en lo primero, aunque de manera estricta, es porque se trata de juicios que recaen sobre los aspectos epistémicos de la prueba en los que tienen importancia la deducción, la inducción o la abducción en la justificación de las decisiones sobre los hechos a partir de la prueba.

la voluntad en lo que se establece como probado, y el límite o las prohibiciones que imponen las libertades individuales a la prueba (prueba ilícita).

El estudio que se propone aquí comprende tres dimensiones de lo jurídico: la filosofía, la validez y la efectividad. Así, se procede a realizar reflexiones desde los principios ético-políticos y la epistemología, sobre la interpretación del derecho y acerca de algunos aspectos sociojurídicos.<sup>58</sup> Se advierte que con la constitucionalización de los valores ético-políticos o epistémicos, éstos también pueden constituirse en componentes de la validez jurídica; asimismo, la efectividad no solo se entiende como un fenómeno sociológico, sino que algunos problemas de efectividad son también de validez, en situaciones patológicas. Como cualquier otra garantía constitucional, en su estudio el derecho a la prueba se encuentra envuelto en estas dimensiones.

Estas dimensiones de estudio de la prueba judicial guardan conexión con al menos tres tipos de juicios en la adjudicación del derecho, con sus respectivos aspectos metodológicos, que son objeto de estudio en el presente trabajo: de un lado, los de la eficacia probatoria<sup>59</sup> que recaen sobre los actos de decisión de carácter epistémico, referentes al valor o la fuerza demostrativa de la prueba como en el caso de la relevancia probatoria o en la valoración probatoria. De otro lado, los de validez<sup>60</sup> jurídico-probatoria que versan sobre las decisiones

---

No obstante, en algunos casos se usa el término «racional» en los análisis de los fines políticos o ideológicos que se le pueden reconocer a las instituciones o a las normas jurídicas.

Por su lado, la *razonabilidad* o lo *razonable* se usan preferentemente para los juicios que recaen sobre los componentes de carácter ético-político o de justicia material. Desde luego, lo epistémico y lo ético-político de la prueba judicial no se encuentran puros, sino que, más bien, pueden reconocerse de manera tendencial en las normas jurídico-probatorias.

<sup>58</sup> Lo *socio-jurídico* (sociología del derecho), para efectos de este estudio, se toma en el sentido amplísimo que propone Alf Ross (como se citó en Ferrajoli, 2011, Vol. I: 67) para designar estudios sociológicos, politológicos, psicológicos e históricos «referentes al derecho en acción», esto es, como «fenómeno de la vida social».

<sup>59</sup> Se precisa que la *eficacia probatoria* se relaciona con la fiabilidad probatoria; concepto muy distinto al de la *eficacia normativa* que se refiere al grado de acatamiento por las autoridades públicas o por la población en general. Al respecto véase ccc (C-873/03, M.P. Cepeda Espinosa, cons. 3.2.2.-c) habla de eficacia como la *producción de efectos en el ordenamiento jurídico* por la norma en cuestión.

<sup>60</sup> La validez jurídica «está condicionada en los ordenamientos articulados en varios niveles normativos, como los estados constitucionales de derecho, no sólo por su conformidad formal sino también por su coherencia sustancial con las normas del nivel superior» (Ferrajoli, 2011, Vol. I: 113). En términos de la ccc (C-873/03, M.P. Cepeda Espinosa, cons. 3.2.2.-b) «la *validez* de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión».

La validez en el campo del derecho procesal tiene al menos tres niveles: el constitucional, el legal y el de los actos procesales. En este esquema, los actos procesales están sometidos a la respectiva ley que los configura,

referidas al acatamiento de las reglas constitucionales o legales que regulan los ritos o las formas de los actos procesales-probatorios; como en el caso de las exclusiones por ilegalidad o ilicitud probatoria. Finalmente, los de justicia material, relacionados con los criterios de igualdad material o los de equidad<sup>61</sup> en la aplicación de las facilidades probatorias o el dinamismo probatorio<sup>62</sup>. Estas conexiones entre los tipos de normas y los juicios son solo tendenciales, pues, como se estudia más adelante, a veces lo epistémico recibe tratamiento de validez, como igual que en los casos de la contraprueba, la cadena de custodia o la prueba de referencia.<sup>63</sup>

Como consecuencia de lo anterior, en este estudio, en el plano constitucional, la prueba jurídica tiene dos dimensiones de análisis, el de los valores y el de los derechos. Desde los valores<sup>64</sup> la prueba tiene componentes referidos a la epistemología y a los principios ético-políticos (como la justicia y la libertad). Esta conexión de la prueba con los valores constitucionales confirma la importancia de la prueba en el plano de las garantías fundamentales de las personas.

---

pero al mismo tiempo, están subordinados a los contenidos constitucionales, pues cuando se trata de derechos fundamentales (sustantivos o procesales) estos se caracterizan por ser de aplicación directa.

<sup>61</sup> La equidad aquí se toma en el sentido aristotélico del término, que es, como lo explican los teóricos franceses del derecho, Malauri y Morvan (2011: 61), una especie de justicia que adapta la justicia legal a las circunstancias de hecho para acercarla a la verdadera justicia, la justicia absoluta. En términos de Ferrajoli (1995: 162-164), el juicio de equidad consiste en la comprensión (*prudencia*) de las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotadas por la ley.

La concepción de la equidad que se asume en este estudio es la que se usa para aplicar la ley, en los espacios de discrecionalidad que la misma le deja al juez; por tanto, aquí no se concibe la equidad para sobrepasar la ley.

<sup>62</sup> Sobre la igualdad en el campo de las reglas de la *facilidad probatoria*, véase Oteiza (2009: 195)

<sup>63</sup> El mexicano, filósofo del derecho, Cáceres (2015: 2217) al referirse a la epistemología jurídica considera que existen tres tipos de problemáticas: «1) [la determinación de la] normatividad epistémica; 2) el análisis y corrección de instituciones con efectos contra-epistémicos; y 3) la determinación del equilibrio entre la protección de valores no epistémicos y valores epistémicos».

<sup>64</sup> La distinción entre valor y derecho es algo que resulta discutible en el ámbito constitucional. Con la expresión *valor* en este estudio se quiere significar un término genérico en el que se asumen aspectos constitucionales relacionados con la filosofía, la política, la sociología o en general lo que algunos juristas denominan como *ideología*. En efecto, existen algunos componentes que desde la filosofía, la política o la sociología intervienen en la comprensión de las figuras jurídicas. Los valores contribuyen a darle sentido a los principios o derechos o a las reglas jurídicas. Por ejemplo, cuando el legislador no concreta mediante una regla la capacidad demostrativa de una prueba, no establece qué es lo razonable o equitativo o cuando se trata de un caso difícil es un espacio que le corresponde en una circunstancia determinada definirlo al analista, bajo las concepciones filosóficas (epistemológicas) o políticas.

Para estos efectos, se describe el entendimiento del que se parte sobre los valores del conocimiento, la justicia, la libertad y la igualdad y su conexión con el derecho a la prueba y otras figuras constitucionales afines como los derechos a la verdad y a la información.

El valor *justicia* (cfr. preámbulo de la CP) solo se realiza en el orden social en cuyo seno se ponen todos los condicionamientos necesarios para proteger la verdad. Existe justicia en la sociedad o en el Estado bajo cuya égida florece el conocimiento, la verdad y la sinceridad (Kelsen, 2000: 65 y ss.). Solo puede hablarse de justicia si hay verdad. Cuando se busca la verdad en la justicia, se asegura mejor la libertad de las personas. En un modelo de justicia con la búsqueda de la verdad, la prueba actúa como uno de los elementos que le dan una base más o menos objetiva y, al mismo tiempo, permite la controversia. En una eventual justicia sin la búsqueda de la verdad, la prueba no sería el elemento racional de los juicios sobre los hechos, sino que solo serían ritos irracionales como el consenso, la mayoría o el capricho del gobernante o del juez; en todo caso, podría conllevar a la denegación de la jurisdicción, entendida en el sentido estricto del término<sup>65</sup>. En términos de Ferrajoli (1995: 45), una justicia sin verdad representa una arbitrariedad por completo<sup>66</sup>; en términos similares también piensa Taruffo (2002: 54).

El valor justicia constituye el objetivo final del órgano jurisdiccional. Este valor superior del ordenamiento jurídico representa un ideal de la comunidad, un objetivo que debe alcanzar el ordenamiento jurídico. Porque existe interés público en que el resultado del proceso sea «justo» y, para que pueda alcanzar dicho fin, el Estado debe poner los medios y poderes necesarios al servicio de quienes son sus protagonistas. Al respecto la sentencia T-006/92 sobre el principio *pro iustitia* dice:

El sentido de la entera obra del Constituyente se orienta al establecimiento de un *orden social justo*. Por consiguiente entre las alternativas de solución de un caso, el Juez debe inclinarse por la que produzca el resultado más justo y resuelva de fondo la controversia dando *prevalencia al derecho*

---

<sup>65</sup> Ferrajoli (1995: 43-45) busca caracterizar la jurisdicción en materia penal, tratando de diferenciarla de otros ámbitos sociales o de la administración pública. Para ello, se refiere al concepto de jurisdicción en sentido estricto, con el cual quiere significar, entre otras cosas, que la comprobación de la conducta desviada se realice mediante juicios preferentemente empíricos y cognoscitivos.

En materia civil o administrativa, esta exigencia debe también sostenerse a fin de exigirle a los jueces que sus juicios sobre los hechos deben estar motivados en la prueba de los hechos, deben ser refutables y, por ende, susceptibles de evaluarse como verdaderos o falsos. De esta manera, la actividad jurisdiccional, en la determinación de la premisa fáctica, no debe ser meramente voluntarista o autoritaria, y por ende, no puede ser de carácter ético o estético.

<sup>66</sup> Dice Cáceres (2015: 2293) «la verdad es una ineludible condición de la justicia».

*sustancial* (CP Preámbulo, arts. 2 y 228). No cabe duda que a la luz de la Constitución debe afirmarse como valor orientador de la actividad judicial el favorecimiento de la justicia material que se condensa en la consigna *pro iustitia* [resaltos textuales].

La misma T-006/92, que trata sobre los fundamentos del amparo constitucional contra providencias, plantea, entre otros, algunos de los retos del valor justicia en el derecho probatorio, por ejemplo, «la igualdad sustancial de las partes y el respeto a sus derechos fundamentales obliga al juez a abstenerse de decretar y practicar ciertas pruebas que resulten incompatibles con el ordenamiento constitucional»; pero al mismo tiempo, también el juez tiene:

(...) la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material, pues esta es la única manera para llegar a una decisión de fondo que resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor justicia<sup>67</sup>.

Del mismo modo, el valor *justicia* obliga a darle una nueva dimensión a la carga probatoria a fin de que esta tenga como criterio la realidad material de las partes frente a las facilidades o dificultades de la obtención de la prueba. Asimismo, el valor justicia conlleva a repensar los recursos y la cosa juzgada, a fin de que, sin afectar la certeza y la definición de los litigios, se tenga mayores oportunidades de controlar las decisiones de los jueces, con el mecanismo del recurso de amparo.

Del pensamiento de esta importante doctrina constitucional puede verse cómo el valor justicia le imprime al derecho a probar un carácter bifronte al poner en la misma balanza de la justicia las garantías del acceso y producción de la prueba y límites a ésta a partir de la afectación de los derechos constitucionales con la actividad probatoria. También se pone en la balanza la autoridad del juez competente para decidir con cosa juzgada (certeza y seguridad) y la justicia con la exigencia de la racionalidad de la decisión con mecanismos de revisión adicionales. Finalmente, el valor justicia pone en cuestión la hegemonía del criterio formal de la carga probatoria y superpone el de carácter material de la facilidad probatoria. En la base de todo se encuentra el sujeto de la vida real frente a la realización del «mínimo de justicia» del que habla la T-006/92. Se perfila entonces, un derecho a la prueba pletórico de subjetividades: el derecho de los sujetos a asegurar y producir la prueba *versus* los

---

<sup>67</sup> En el capítulo sobre la exclusión de la prueba, se analiza como la misma CCC, pese a la postura vista, en otras sentencias de constitucionalidad (por ejemplo, C-591/2005 y C-822/05) o de revisión de recurso de amparo (SU-159/02), justifica por razones *ius*-constitucionales la exclusión de la prueba ilícita, con los límites que implica para la verdad.

derechos fundamentales de los demás sujetos u otras personas; atender a la realidad material de los sujetos en la carga probatoria y, finalmente, darle prioridad a la justicia de la decisión sobre la regla de la autoridad del juez de cerrar el proceso.

El derecho a la prueba en sentido subjetivo se enriquece con el deber de los jueces ordinarios (de conocimiento) o constitucionales (de acción de tutela) de mirar la persona frente a la justicia prioritariamente a fin de revisar la aplicación de figuras formales como la cosa juzgada, los requisitos de los recursos, la carga de la prueba, la afectación de derechos fundamentales con el aseguramiento o la actividad probatoria.

A continuación se plantean algunos de los contenidos que los valores de la justicia, el conocimiento, la libertad y la igualdad informan al derecho a la prueba. Aunque algunos de estos valores puedan tener contenidos primordialmente epistémicos, no se presentan como un *a priori* para el derecho, por lo que se estudian fundidos con las garantías constitucionales y otras instituciones jurídicas. Así, aunque se asumen algunas posturas de carácter teórico o filosófico, la tendencia en el estudio es a la dogmática jurídica.

### **1.2.1. El conocimiento en el campo jurídico-probatorio se basa en la razón**

El valor del conocimiento al que se refiere el preámbulo constitucional colombiano se toma en el sentido de los contenidos de la sociedad actual inspirados en la idea de la razón<sup>68</sup> o del razonamiento en general cuya manifestación última de más influencia es la tradición ilustrada del siglo XVIII europeo con sus variaciones o mutaciones en el presente. La racionalidad probatoria actual no es algo que sea exclusivo de la modernidad, sino que en la Antigüedad y en la Edad Media tuvieron sus manifestaciones con las denominadas formas comunes del conocimiento. La racionalidad de la prueba judicial se entendió por Bentham<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Al respecto, dice Gelfert (2014: 9): el conocimiento es más fácil definirlo por lo que no es que por lo que es; el conocimiento no es un mero asunto de opinión; las opiniones son volátiles, mientras que el conocimiento aspira a un grado más alto de estabilidad. Las opiniones con frecuencia tienen fuertes raíces psicológicas, y es común que en materia política o religiosa estén profundamente arraigados en los prejuicios, pero no por ello pueden considerarse como conocimiento.

<sup>69</sup> A partir de Bentham (1825, Vol. 1: 7), pueden resumirse las formas de carácter natural de la prueba que aplicaría un padre de familia si actuara como juez: 1) llama a las partes interesadas a que comparezcan; 2) les permite todos sus testigos; 3) exige la respuesta de todas las preguntas, aunque sea en contra del interesado, y reputa su silencio como una confesión ficta, a no ser que hayan razones que lo justifiquen; 4) hace las preguntas en el sitio en que se haya y la respuesta debe hacerse inmediatamente, sin que se sepa la pregunta posterior; 5) no excluye ningún testigo: oye todo, reservándose el apreciar cada uno de los testimonios; 6) al decidir sobre los testigos los aprecia más por su valor prudencial que por su número; 7) permite que cada uno haga su narración de seguido, a su modo y con las circunstancias que permite enlazarlo; 8) en caso de contradicción

como la que corresponde al modo de procesar y juzgar de forma natural, a la manera de lo doméstico o familiar, realizado por el padre de familia con las personas que están en su entorno; aunque teniendo en cuenta las particularidades y dificultades que entraña hacer justicia por el Estado.

El conocimiento como valor se encuentra relacionado con varios componentes constitucionales o del bloque de constitucionalidad, verbigracia los derechos a la prueba (art. 29 de la CP), a la información (art. 15) y a la verdad (que se desprende de la Convención Americana de Derechos Humanos). La prueba, la verdad y la información son simplemente diversas caras o perspectivas de estudio del conocimiento. El conocimiento es el valor constitucional que ilustra de contenidos a los derechos a la prueba, a la verdad y a la información. En efecto, de un lado, la prueba judicial entendida como «fuente de prueba» equivale a los mecanismos o instrumentos de conocimiento de los hechos; asimismo, la prueba como razonamiento sobre los hechos, se relaciona con la construcción del conocimiento en general en la vida, por lo que en este sentido, en el ámbito judicial, los aspectos de la razón práctica en la toma de decisiones son aplicables al razonamiento judicial en el campo del derecho probatorio; así, el papel de la inducción, de la deducción, la abducción y el de las generalizaciones del conocimiento humano son de aplicación en las decisiones de los jueces en la valoración de la prueba judicial.

En este sentido, la prueba judicial es una manifestación más del conocimiento basado en la razón, esto es, en la *racionalidad* y en la *razonabilidad*. Los aspectos epistemológicos de la prueba judicial se ven mejor explicados a partir de la racionalidad, como exigencia del razonamiento judicial a partir de la prueba de los hechos. La razonabilidad sirve para expresar de mejor manera los componentes ético-políticos de la prueba, referidos a la justicia material, a la igualdad o a la libertad. Precisamente, en la prueba judicial existen dos espacios, identificables de manera tendencial: el uno, la racionalidad que gobierna los juicios inductivos, deductivos o abductivos que se realizan para la determinación de los hechos a partir de la prueba; estos juicios rigen los razonamientos en la valoración probatoria. El otro, es un juicio de justicia material o de libertad, primordialmente constitucional, que recae sobre el legislador en su acto de creación legal, y sobre el juez, en la aplicación de normas que

---

entre los declarantes hace careos para confrontarlos; 9) procura concluir pronto el juicio y no permite demoras salvo en situaciones especiales.

regulan los actos procesales, juicios que son predominantes. Ciertamente, a fin de que la decisión del juez sea conforme al derecho, es necesario que las reglas y los actos procesales-probatorios estén también en consonancia con la racionalidad y la razonabilidad; justamente, deben evitarse las reglas o los actos procesales que vayan en contravía de la razón y, por ende, del derecho. Así, tanto el legislador como el juez están limitados por la razón, aun en las situaciones de mayor discrecionalidad del uno o del otro.

En este sentido puede decirse que en el ámbito de la adjudicación del derecho, en cuanto a la determinación de los hechos a partir de la prueba, se encuentra regido por la racionalidad del razonamiento en la valoración probatoria, y por la razonabilidad en los espacios en que el legislador le deja al juez aplicar algún sentido de justicia material. Por su parte, en el ámbito del legislador, lo razonable o lo proporcional suple los espacios ético-políticos.

La información, por su parte, consiste en datos que son transmitidos en mensajes por el emisor hacia un receptor; los datos, a su vez, contienen los denominados ruidos que acompañan a la información y para su depuración es necesario utilizar filtros (Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 1999). Desde el derecho constitucional, la información se protege con mecanismos como el *habeas data*, el cual se constituye en garantía de las personas objeto de la información para su control. El acceso a la información para cualquier persona se relaciona con el valor del conocimiento en el ámbito judicial porque se constituye en fuentes de prueba, primordialmente, preconstituida. También existen otros usos de la categoría información, por ejemplo, en la teoría de la prueba, se habla de información como fuente del conocimiento o como componente base del razonamiento inferencial probatorio<sup>70</sup>.

La información es posible concebirla como la expresión del conocimiento; no obstante, los ruidos de aquella dificultan la difusión de éste. Precisamente, la garantía constitucional del derecho al acceso a la información en una forma de filtrar los datos contenidos en los mensajes a fin de que puedan considerarse como legítimos y, por ende, potencialmente utilizables en los ámbitos administrativos o judiciales como conocimiento. Al respecto, la

---

<sup>70</sup> Por ejemplo, Twining, Shum y Andersen (2015: 449) al definir el término prueba dicen que es «cualquier hecho que el tribunal considera como información que puede persuadirlo para alcanzar una creencia razonada sobre un *probandum*». Por su lado, González L. (2014: 86) al referirse a los elementos que estructuran la inferencia probatoria pone los siguientes: el hecho que queremos probar (al que denominaremos *hipótesis* o *hecho a probar*), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos denominar los elementos de juicio, las pruebas o los *hechos probatorios*) y una relación entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio.



CCC (sentencia T-578/93) se refiere a las obligaciones jurídicas provenientes de la información, determinando que los miembros de la sociedad tienen derecho a que la información sea completa, objetiva y veraz o auténtica; asimismo, la obligación de los poderes públicos a informar sobre sus actuaciones; la obligación de los profesionales de la información a desarrollar la función de informar, investiguen y difundan y permitan la debida participación. Finalmente, el derecho del receptor o acreedor de la información a tener los mecanismos de protección suficientes de su derecho a la información en los términos mencionados.

El núcleo del derecho a la prueba judicial es el conocimiento o la información que se pretende usar para la adecuada determinación de la premisa fáctica de la decisión judicial. Precisamente el valor constitucional del conocimiento<sup>71</sup> es un componente que en el ámbito jurídico debe tomarse como el contenido básico o esencial de la prueba judicial. El conocimiento tiene muchos espacios en los que se desenvuelve, y en cada uno de ellos puede tener una forma de protección constitucional de conformidad con el contexto en que se produzca, por los propósitos y efectos que tiene. En el campo judicial, como premisa fáctica de las decisiones, el conocimiento tiene unas características específicas que en sus aspectos esenciales han sido tratados por diversas concepciones de la epistemología.

Desde la información, la prueba judicial en esencia es el *testimonio* en sentido amplio, ya que el juez obtiene el conocimiento por el acto de habla de una persona. El testimonio como *fuerza de prueba* significa que el testigo es el portador de un mensaje. Desde la información social del conocimiento hay un juego de roles en la producción del conocimiento para el

---

<sup>71</sup> En el ámbito jurídico la expresión «conocimiento» no solo ha sido usada por el preámbulo constitucional, al ponerlo como uno de los fines valiosos de protección por el constituyente mismo a los integrantes de la nación, así como el CPP de 2004 lo usa como sinónimo de prueba, por ejemplo cuando alude a los distintos de medios de prueba como «medios de conocimiento» (art. 381), o la prohibición del «conocimiento privado» para el juez (art. 435); o como suficiencia probatoria, cuando se refiere al «conocimiento más allá de toda duda» (art. 382). En los códigos procesales es usual encontrar tal expresión como el contenido o el objeto de la prueba, como ocurre con las exigencias del «conocimiento personal» para el testigo (art. 402 CPP) o «conocimiento» «especializado» –científico, técnico, etc.– para el perito (arts. 405, 417, 422 CPP), o el «conocimiento cierto sobre» el autor del documento. El CGP también lo usa como condición en medios de prueba como la confesión (art. 191), para el testimonio (arts. 209, 220), la prueba pericial (art. 226). En fin, asimismo las legislaciones procesales lo utilizan como factor de competencia como cuando se habla de «juez de conocimiento» o de asumir o tener «conocimiento» (por ejemplo, arts. 15, 17, 37, 48, 140, del CGP; arts. 10, 11, 15, 16, 38-40, 43 o 57). Igualmente se usa «conocimiento» como «información» en el sentido de tener datos sobre los hechos por cualquier medio, incluyendo los de comunicación o informes (por ejemplo, el art. 66 del CPP, sobre el ejercicio oficioso de la acción penal).

proceso judicial<sup>72</sup>; existe una división del trabajo cognitivo entre el testigo o declarante, el juzgador y las partes. El derecho a la prueba y sus componentes comprenden un control intersubjetivo del conocimiento. Pero el conocimiento no puede tomarse como una cosa o un objeto, sino más bien como un acto intersubjetivo de construcción colaborativa, en un juego de roles con intereses diversos entre sus participantes.

La concepción racionalista de la prueba permite a las partes, con sus respectivas pruebas, la construcción de un acervo probatorio resultante que se constituye en una base objetiva (independiente de la voluntad de los sujetos) sobre la que el juez debe determinar los hechos; además, la presencia de tal base probatoria facilita también un control sobre la decisión del juez. En términos de Ferrer Beltrán (2007: 54), «solo a través de una concepción racionalista de la prueba (...) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance». Por ello, la decisión judicial no es concebible solo como un acto psicológico del juez, ni tampoco es simplemente un producto de la introspección sobre el contenido y las fuentes de sus conocimientos, ya que muchos de estos actos íntimos tendrían que descartarse como conocimiento por el error en que pueden incurrir por la falta de una adecuada relación o contrastación con la realidad<sup>73</sup>.

### **1.2.2. El carácter experiencial del conocimiento en la justicia judicial**

El conocimiento que protege la CP cuando se trata de la adjudicación del derecho en el ámbito de la justicia judicial es el que recae sobre los hechos de la realidad; por tanto, se trata de un conocimiento primordialmente empírico. En el presente trabajo se toma como uno de los pilares del derecho a la prueba es que el conocimiento sea, de un lado, de carácter tendencialmente empírico y, del otro, que sea verdadero.

Puede verse cuando el CGP (ord. 3 del art. 221) establece que:

el juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento.

---

<sup>72</sup> Así, Vázquez (2015: 50-53).

<sup>73</sup> Cabe precisar que las opiniones o convicciones a menudo vienen con fuertes lazos psicológicos, como es el caso de las de carácter político o las arraigadas en los prejuicios; y no importa cuán fuertemente alguien se siente sobre sus convicciones, no pueden tomarse como conocimiento si dejan de fundamentarse en el tipo adecuado de relación con el mundo (Gelbert, 2014: 9).

Sobre el dictamen pericial el mismo Código (art. 226) establece que «todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas». En términos de Haack (2014: 13), la prueba con respecto a las afirmaciones empíricas incluye la experiencia sensorial del sujeto, sus ojos, sus oídos, etc.<sup>74</sup>.

Es de anotar que los aspectos sensoriales o perceptuales de la prueba son una exigencia importante en el derecho probatorio, pese a que la estructura de la prueba judicial impida la percepción o experimentación directas o inmediatas por parte del mismo juez: por ello, los testigos son los ojos y los oídos del juez. Así, la normatividad le exige al testigo que describa los hechos que percibe. No obstante, dentro del mismo pensamiento epistemológico clásico existen muchas divergencias sobre lo que se considera o no como la prueba y las conexiones entre estas y los conocimientos; precisamente, tal es el marco en el que se discute qué es lo que significa la prohibición de que el juez use su conocimiento privado como prueba.

### 1.2.3. El conocimiento verdadero

El conocimiento que se protege constitucionalmente es el verdadero, por tanto, la prueba sobre las proposiciones fácticas deben buscar la verdad<sup>75</sup>. La CP al poner entre sus fines el conocimiento y la justicia exige en todos los ámbitos de la vida pública la verdad. Solo tiene sentido hablar de conocimiento o de justicia si tienen entre sus características la honestidad, la lealtad y la veracidad<sup>76</sup>. Para efectos de este estudio se parte de la idea de Haack (2014: 297) de un concepto de verdad en sentido abstracto y de las verdades en particular. Teniendo

---

<sup>74</sup> Bentham (1825, Vol. 1: 10) diferencia entre la experiencia y la observación, así: los hechos cuya percepción he tenido en mí mismo, son la experiencia en sentido estricto; los hechos cuya percepción he tenido cuando ocurren fuera de mí, es lo que se llama propiamente observación. Por experiencia puedo saber que una quemadura produce dolor, y conozco mediante la observación a qué grado de calor se desarrolla la vegetación.

<sup>75</sup> Véase Oteiza (2009: 195).

Al respecto, considera la CSJ (Sala de Casación Civil. Sentencia SC9193/2017, cons. 1., M.P. Salazar Ramírez) que «nuestro proceso judicial, en suma, no está concebido para resolver los litigios de cualquier forma y a como dé lugar, con el *único* propósito de cumplir términos o lograr la aceptación social mediante el proferimiento masivo de decisiones rápidas; sino que está encaminado, principalmente, a la consecución de sentencias imparciales y justas a través del descubrimiento de la verdad de los hechos en que se basa el conflicto jurídico».

<sup>76</sup> Al respecto el jurista brasileño Guimarães Ribeiro (1998:120) se refiere a la lealtad procesal como un *sobreprincipio* procesal, que se sobrepone a los demás, por proteger el interés público, exigiendo que la verdad se constituya en el apoyo y el sustento de la justicia, la cual se encuentra en la base del derecho. La lealtad obliga a las partes a decir y llevar la verdad al juicio.

presente la distinción entre la verdad (el fenómeno) y las verdades (instancias del fenómeno) puede decirse lo siguiente:

- Hay muchas y variadas proposiciones verdaderas, pero solo una verdad.
- Algunas proposiciones verdaderas son ambiguas; pero la verdad no es una cuestión de grados.
- Algunas proposiciones son solo parcialmente verdaderas; pero la verdad no se descompone en partes.
- Algunas proposiciones verdaderas se hacen verdades por las cosas que las personas hacen; pero la verdad es objetiva.
- Algunas proposiciones verdaderas tienen sentido entendidas como relativas a un lugar, un tiempo, un sistema legal; pero la verdad no es relativa (Haack: 2014: 297).

También dice Haack (2014: 302) para el significado de lo verdadero cuando se trata de proposiciones, conocimientos o teorías debe partirse de la enseñanza aristotélica: «*decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es verdadero*». Advierte que se trata de una formulación simplificada de lo que es verdadero, pero debe tenerse como punto de partida que la verdad es solo una, y que no puede decirse de ella que sea relativa, parcial, incompleta o subjetiva. Ahora bien, la verdad se pregona mediante afirmaciones, creencias o proposiciones, pero la autora (2014: 303) advierte que el punto central es que no hay diferentes sentidos de *verdadero* para diversas clases de proposición; sea cual sea la proposición, decir que es verdadera equivale a afirmar nada más que es la proposición que p y p. Es verdad que Sócrates fue condenado a muerte por corromper a los jóvenes si y solo si Sócrates fue sentenciado a muerte por corromper a los jóvenes; es verdad que  $7 + 5$  es 12 si y solo si  $7 + 5$  es 12.

Del mismo modo, Haack (2014: 305) precisa que en el ámbito judicial, la tarea del juzgador no es averiguar si las afirmaciones claves acerca de los hechos son verdaderas, sino juzgar sobre si ellas han sido establecidas por la prueba presentada (cualquiera que sea el grado que se requiera, y bajo cualesquiera reglas procesales aplicables). Por tanto, puede decirse que una cosa es la verdad sobre las afirmaciones de los hechos y otra es lo que resulte probado en el proceso. De lo probado podrá decirse que es verdadero o falso, o puede expresarse el grado de conocimiento al que se llega (estándar); pero de la verdad no puede decirse que esté probada en algún grado, o que se encuentre solo relativamente probada. Mientras la prueba o el conocimiento pueden tener estándares o graduaciones, la verdad sigue siendo única y objetiva.

Advierte Ferrer Beltrán (2007: 62-66) que una concepción racionalista de la prueba judicial significa básicamente que la actividad probatoria tiene como fin la búsqueda de la verdad; lo cual implica también otros puntos de partida: a) el uso del «método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba»; por consiguiente, la valoración no puede concebirse como un acto potestativo del juez, en el que impere un estado mental subjetivo de persuasión o de convicción en el juez; b) la defensa de una versión limitada del principio de la inmediación; c) una exigencia fuerte de la motivación judicial sobre los hechos; d) la defensa de un sistema de recursos que genere un amplio control y revisión de la decisión.

Es pertinente mencionar que la búsqueda de la verdad debe entenderse como una obligación del Estado por medio de sus instituciones y, al mismo tiempo, como un derecho de la partes, sin perjuicio de lo que se ve posteriormente, como el deber constitucional de colaborar con la justicia que tiene cualquier persona u órgano público o privado. Precisamente, considera Ferrer Beltrán (2005: 56) que, en cuanto a la finalidad de actividad probatoria de alcanzar el conocimiento de la verdad, el punto de vista que resulta relevante es el del legislador o, si se prefiere, de la teoría del proceso y de la aplicación del derecho; esta finalidad no puede presuponerse que sea compartida por las partes del proceso<sup>77</sup>, o incluso por el propio juez o tribunal que debe tomar la decisión. Precisa el autor (2005: 56) que la disociación de la finalidad de la actividad probatoria y la de los sujetos intervinientes no es un fenómeno exclusivo del ámbito judicial sino que también –como lo citó en *Fraassen*– lo es de campos como el científico, en el que el propósito de la ciencia no debe ser identificado con los motivos individuales de los científicos<sup>78</sup>.

La actividad probatoria debe estar guiada por el valor del conocimiento, en el sentido de que debe estructurarse de tal manera que el conocimiento que se obtenga, tendencialmente, sea el verdadero. Al respecto, el CGP tiene una estructura de la actividad probatoria en la que se sigue un método dispositivo con algunos componentes publicistas; allí «incumbe a las

---

<sup>77</sup> Al respecto, dice Cáceres (2015: 2216): «las partes suelen perseguir intereses distintos a los epistémicos. Su interés es ganar el caso y para ello tratan de presentar los elementos que le resulten favorables». También, en la vida práctica se presentan acciones por las partes como la preparación de testigos, la contratación de servicios periciales sesgados o, incluso, el ocultamiento de pruebas.

<sup>78</sup> En términos de Nieva Fenoll (2015: 24) si se concibe el proceso como un mero instrumento de resolución de conflictos, se corre el riesgo de que este se convierta en «un elegante mecanismo para falsear la realidad».

partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen» (art. 167); y a renglón seguido, en el caso de dificultad probatoria para alguna de partes y facilidad para la contraria, el juez puede variar la carga probatoria (*dinamismo probatorio*) para la parte que se le facilite (inc. 2 del art. 167). Del mismo modo, el juez debe practicar las pruebas de oficio necesarias para esclarecer los hechos (arts. 169 y 170). Sin duda, la combinación del sistema dispositivo con componentes publicistas favorece que el conocimiento obtenido para el proceso sea verdadero.

Taruffo (2008: 56) se refiere a que la verdad es ideológicamente oportuna y necesaria en el proceso judicial. Lo ideológico se refiere a la fijación y a la ejecución de valores, los cuales están vinculados e incorporados a los objetivos que se asignan al proceso en general y al proceso civil en particular. El valor que gobierna los objetivos del proceso consiste en que éste debe producir decisiones justas. Este objetivo del proceso más que una teoría del proceso es una postura ideológica, es decir, es un valor acerca de lo que el proceso debería hacer más que un análisis acerca de lo que se sostiene que en realidad realiza el proceso (Taruffo, 2002: 63).

Taruffo (2002: 69) hace referencia al *principio de verdad*, del cual dice que es el fruto de una elección ideológica o si se prefiere valorativa, esta elección puede situarse a niveles distintos: en el plano general de las concepciones de la justicia o en el más concreto de los objetivos del proceso judicial. La verdad como principio

(...) en todo caso, no parece fácil evitarla al menos si se parte de ideas conscientes y racionalizadas acerca de las funciones del proceso, precisamente porque parece muy difícil el romper el nexo que vincula la verdad de los hechos y la justicia de la decisión y hace de la primera una condición necesaria de la segunda» (Taruffo, 2002: 69-70).

De esta forma, la verdad como principio se encuentra conectada a la tradición racionalista occidental de la legalidad y la justicia. El principio de la verdad es incompatible con cualquier línea epistemológica que niegue *a priori* la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos. También resulta incompatible con concepciones ficticias o circulares de la verdad, como la que sostiene que toda decisión procesal sobre los hechos es verdadera por definición, asimismo es incompatible con posiciones que ostentan que la determinación de la verdad de los hechos en el proceso resulta imposible o irrelevante (Taruffo, 2002: 80-87).

En efecto, la garantía del derecho a la prueba tiene como uno de sus aspectos centrales la protección del conocimiento principalmente verdadero. Así, el aspecto medular del derecho

a la prueba es la protección del conocimiento mismo con sus cualidades de tendencialmente empírico y verdadero. Con esto quiere decirse que en un proceso judicial en concreto resulta necesario que se haya protegido el conocimiento en especial empírico y verdadero de los sujetos del litigio. La legitimidad de la justicia judicial se encuentra en la protección y búsqueda de un conocimiento verdadero, pero debe tenerse presente que también se acepta que por diversas razones no se alcance la verdad como resultado, por lo que, en muchos eventos, la determinación jurídica de los hechos se hace es a partir de la carga de la prueba. Del mismo modo, es usual que la determinación no sea el resultado de la prueba que busca la verdad, sino producto de negocios procesales, como la conciliación la mediación y otras formas consensuales; asimismo ocurre que esa determinación pueda hacerse en alguna medida con base en presunciones jurídicas.

En otras palabras, trata de protegerse el conocimiento empírico verdadero de las personas que pueda contribuir a resolver un conflicto. Pero debe precisarse que en el campo judicial no se emprende la protección del conocimiento *per se*, sino del conocimiento en función de las personas, para los fines que estas persiguen; esto es, se trata de un conocimiento delimitado por su relevancia y por su valor iusfundamental. Porque el conocimiento en el campo judicial en cuanto a su objeto, por regla general, lo proponen los litigantes, y sobre su legitimidad, debe propender por defender los derechos de las personas, que es la racionalidad instrumental establecida a partir de los derechos fundamentales. La relación del conocimiento con la prueba judicial radica en que los mecanismos del conocimiento que son legítimos para las decisiones judiciales son las mismas fuentes de prueba; estas se constituyen en los contenedores de la información, generalmente, espontánea que se obtiene en el ámbito de la vida diaria, sin la plenitud de las formas que le dan validez para fundar la decisión judicial.

Finalmente, desde el valor del conocimiento se mira el uso prescriptivo de la epistemología ya que esta puede tener como objeto la proposición de las condiciones ideales para alcanzar el conocimiento verdadero, en cuanto permite servir de baremo para hacer un estudio crítico del derecho con sus instituciones y prácticas, además su papel para la realización de una justicia en la que la verdad es un bien importante a alcanzar. En este sentido, Cáceres (2015: 2 277) denomina a las prescripciones epistémicas como *normatividad epistémica*, y dice que «lo ideal es que las normas jurídicas de derecho positivo

y la normatividad epistémica requerida para determinación de la verdad sean convergentes para producir decisiones tanto válidas jurídicamente como verdaderas epistémicamente».

#### **1.2.4. El juez y otros sujetos del conocimiento judicial**

El conocimiento no es concebible sin los sujetos en colaboración que lo construyen. Este no se encuentra aislado en algún estrato físico o metafísico, son las personas quienes lo construyen en diversos contextos. De la *verdad* como sustantivo abstracto, en términos metafóricos, podría decirse que se encuentra en el «corazón de los hombres», en el «libro sagrado» o en la antigua «profecía». En la esfera judicial son los testigos, los jueces, los científicos o los prácticos quienes hacen el conocimiento necesario para la adjudicación del derecho.

En efecto, la exigencia del juez es expresión del carácter participativo del proceso judicial (Dwyer, 2008: 21-22). Lo *colaborativo* en el conocimiento, en ámbitos como el de la justicia, es lo contrario a individualismo y significa la concurrencia de varias personas, cumpliendo diversos roles (según sus intereses), bajo unas reglas de juego, que buscan que florezca lo verdadero. El carácter de colaborativo del proceso judicial se aviene muy bien con el derecho a la prueba en la medida en que implica, entre otras cosas, mecanismos de eficacia en manos del juez en el aseguramiento probatorio; aunque con límites en los privilegios como el derecho a no declarar en materia punitiva<sup>79</sup>. El juez es uno de los componentes que más caracteriza el conocimiento judicial porque se trata de un ámbito institucional y burocrático donde está establecido que en él hace eclosión la decisión sobre los hechos a partir de la experimentación que hace en la actividad probatoria. Asimismo, es condición necesaria para el ejercicio del derecho a la prueba que un tercero ajeno a las partes y al órgano fuente de la

---

<sup>79</sup> Bergeaud (2010: 17-21) se refiere que la caracterización del proceso judicial francés como un ámbito colaborativo tiene que ver con art. 10 del Código Civil francés (reformado mediante Loi N.º 72-626 de 1972) que prescribe que cada uno está comprometido a aportar su concurso con la justicia en pos de la manifestación de la verdad; asimismo, el nuevo *Codice du procédure civile* (art. 11) prescribe a las partes que aporten su concurso para las medidas de instrucción (*mesures d'instruction*). Para la autora estas normas implican el reproche de la regla *nemo tenetur edere contra se* en materia civil.

De manera similar, en Colombia, la CCC (sentencia C-426/97, consideración tercera. M.P. Arango Mejía) interpretando el art. 33 de la CP, dictamina que el derecho a «no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge (...) o parientes (...)» solo se aplica en el derecho penal o sancionatorio, pero no en los demás órdenes jurídico procesales como el civil.



prueba sea quien la admita, ayude en su obtención y la juzgue. En consecuencia, el juez se encuentra en la cúspide epistémica del conocimiento judicial.

Ahora bien, en el sujeto juez hay varios aspectos que interesan al valor conocimiento: la inmediación y las cualidades de independiente e imparcial. Estas categorías se encuentran lógicamente implicadas. El CGP (arts. 6 y 171) se refiere expresamente a la inmediación prescribiendo que «el juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan». En este apartado del trabajo interesa reparar en el rol que tiene el juez en la conformación de su conocimiento en la determinación de los hechos a partir de la prueba. Desde el valor del conocimiento el componente central de la inmediación es el contacto personal y directo del juez con los medios de prueba. Desde este valor constitucional, en este estudio, también se pregona que tal contacto personal del juez con la prueba debe ser, en lo posible, *cuasi holístico* y no por estancos, de tal suerte que la inmediación deba propender por la identidad física del juez de la práctica con el de la valoración probatoria<sup>80</sup>. No obstante, esta regla general se acepta en la medida en que posibilite la protección del conocimiento para el proceso y se excepciona en los eventos en que se constituya un obstáculo para el mismo.

Se podría decir que la exigencia de la identidad del juez de la práctica y el de la valoración probatoria se desprende del CGP (arts. 6 y 171) al establecer, de un lado, que el juez practicará «personalmente» las pruebas», y del otro, cuando garantiza la eficacia de este mandato con reglas como la nulidad ante la «ausencia del juez o de los magistrados» en las audiencias y diligencias, o la tipificación de falta grave por romper la continuidad de las audiencias o diligencias (CGP, art. 107); también con el establecimiento de la *perpetuatio jurisdictionis* (CGP, art. 624) y con técnicas procesales como la oralidad y la concentración<sup>81</sup> (art. 4 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). Bajo estos supuestos puede decirse que el

---

<sup>80</sup> En el caso de la Ley de Enjuiciamiento española, Cabezudo Rodríguez (2008: 6) explica que en la exposición de motivos de la misma ley, se diferencia entre inmediación en sentido amplio, la presencia judicial; e inmediación en sentido estricto, la obligación de dictar sentencia de «los Jueces o Magistrado que presenciaron la práctica de las prueba en el juicio o vista».

<sup>81</sup> Exigencia similar tiene la Ley de Enjuiciamiento Española (art. 137) al prescribir que los jueces o magistrados «presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos (...)» –en similar sentido, la misma ley en el art. 289.2–; establece, asimismo, tal art. 137.4, que la infracción a esta regla implicará la «nulidad de pleno derecho» de las actuaciones.

contacto personal del juez con la práctica probatoria contiene también la exigencia de la identidad física del juez de práctica con el de la sentencia.

¿Qué tan relevante es la identidad física del juez de la práctica probatoria con el de la sentencia para la protección del valor del conocimiento? ¿Tiene incidencia la inmediación procesal en la valoración probatoria? La respuesta a estas cuestiones es que la importancia o incidencia de la inmediación en la valoración probatoria es significativa, para decir con ello que no es determinante, pero tampoco deleznable. Sobre el rol de la inmediación hay que tener presente la explicación del iusfilósofo español Igartua (2003: 176-177):

El destino y la pertinencia de la «inmediación» tienen vinculación con las pruebas consistentes en declaraciones. El «cara a cara» del juez y de las partes con el declarante rinde extraordinarios servicios al proceso. La palabra oral reduce el peligro de los malentendidos ya que la ambigüedad o la vaguedad de las respuestas pueden ser vencidas mediante una ristra de preguntas sobre este o aquel aspecto oscuro de la declaración. Además, la palabra viva de la persona interrogada y su comportamiento irradian oleadas de impresiones, intuiciones y estímulos que generan atisbos repentinos sobre la verdad, facilitando a quien interroga profundizar en ciertos temas, orillar otros y suscitar unos nuevos. Es decir, el diálogo oral se revela como el instrumento ideal para excavar en los conocimientos del declarante y extraer de ahí informaciones seleccionadas.

No obstante, Igartua (2003: 176) califica como «disparate» y como «versión irracionalista» el rol que a veces se le ha asignado a la inmediación de permitirle al juez que con mirar «a la cara a los testigos, escrute sus miradas y sus muecas, intuya sus pensamientos escondidos y sus sentimientos reprimidos», y a partir de un «manantial de sensaciones» se manifieste la veracidad<sup>82</sup>. Explica Igartua (1995: 111-112) que «la verdad de un testimonio o la «corrección» de un informe son inaprehensibles sensorialmente; no pueden ser percibidos ni por la vista, el oído, el gusto, el tacto o el olfato. Dice también el Igartua (2003: 179), citando a Iacovello, que tal concepción de la inmediación corresponde al sistema de la *intime conviction* en la que se sublimaba a la «intuición como una forma de conocimiento». Cuestiona también el autor algunas posturas que la doctrina y la jurisprudencia españolas han

---

<sup>82</sup> El profesor Carlos Miranda (2014a: 342-363) hace una revisión desde distintos saberes como la psicología y la misma doctrina jurídica sobre la temática de la manifestaciones físicas y verbales del declarante ante los interrogatorios judiciales para concluir que las respuestas neurofisiológicas (palidez, sonrojo, alteración del rostro, nerviosismo, la dirección de la mirada, etc.), el metalenguaje (características de la expresión oral: tono de voz, la firmeza de la palabra, la rapidez y demás.) como signos de la veracidad del relato, son ambiguas o imprecisas. Desde la misma psicología este método resulta falaz ya que tiene poca efectividad, pues no se ha demostrado estadísticamente los vínculos de tales características fisiológicas y del lenguaje con la mentira o la veracidad. Por ello, critica, por infundados, los pseudocriterios que los jueces, aun los más maduros o expertos, suelen establecer, al socaire de la sana crítica, a partir de este tipo de observaciones.

tenido a partir de este intuicionismo de la inmediación como las de creer que no hay que motivar, y una doble instancia menguada para evitar el control de la fiabilidad de la prueba<sup>83</sup>.

En fin, desde el valor del conocimiento puede decirse que la concepción intuicionista o intimista de la inmediación es insostenible, pero este inconveniente no puede asumirse para sustentar la inutilidad o la inconveniencia de la inmediación de cara a la valoración probatoria. Desde luego, debe asumirse que la inmediación «es una *técnica* para la *formación* de las pruebas, no un *método* para *valorarlas*» (Igartua, 2003: 177). De todas formas el control directo del juez sobre la práctica probatoria incide positivamente en la fiabilidad probatoria; además, la experimentación del juez con la práctica probatoria, aunque tiene los riesgos del intuicionismo, le permite al juez contextualizar mejor el relato del declarante. Obviamente, todo esto depende del tipo de intervención que permite la legislación al juez, y de cómo en cada caso asuma el juez su rol de control sobre los declarantes, los interrogatorios, etc<sup>84</sup>. En fin, debe decirse que la «inmediación es imprescindible pero insuficiente para apreciar la veracidad de una declaración testimonial» (Igartua, 2003: 175, pie de página 488); y aunque no resuelva el problema de la determinación judicial sobre la fiabilidad probatoria, adecuadamente aprovechada si puede ayudar a una decisión más acertada<sup>85</sup>.

Por tanto, desde el derecho a la prueba es necesario preservar, en lo posible, el vínculo material del juez de la práctica con el de la valoración probatoria. El orden jurídico debe proteger la fiabilidad probatoria en todas las fases de la formación de la misma en el proceso;

---

<sup>83</sup> Ferrer (2007: 62-63) se refiere al entendimiento de la prueba como persuasión o convicción, sistema que habitualmente se le acompaña con un sistema fuerte de inmediación, ya que se considera que la mejor forma de garantizar la convicción del juez es afianzar la presencia directa del juzgador en la práctica de la prueba testimonial. Pero la contracara de una inmediación fuerte es que se impide la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquel estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en la primera instancia.

<sup>84</sup> También Contreras Rojas (2015:84) la crítica a la inmediación por el intuicionismo en el que puede incurrir el juez, pero al mismo tiempo resalta que su utilidad estriba en que «permite generar un diálogo de suyo pertinente, útil y ágil que *v.gr.* hace posible solicitar de inmediato aclaraciones o complementaciones que permitan esclarecer puntos oscuros o eliminar ambigüedades de la deposición, así como también admitir o rechazar las preguntas que se formularán al declarante y velar por el respeto de sus derechos».

<sup>85</sup> Dice Ferrer (2007: 65): «No se puede rechazar el principio de inmediación porque, por ejemplo, éste exige la presencia del juez en la producción de la prueba, lo que es, obviamente, adecuado para los efectos de la valoración de la fiabilidad de un testigo. Pero se asume una versión debilitada del principio puesto que la posibilidad de control sobre la valoración de la prueba realizada impide la apelación a la inmediación como forma de excluir precisamente ese control».

por ello, no es posible aislar la práctica de la valoración probatoria<sup>86</sup>. El derecho a la prueba se aviene mejor con una regulación de la inmediación con suficientes poderes por parte del juez para el control de la práctica probatoria, incluyendo los interrogatorios officiosos, los careos entre los declarantes. También es compatible con el derecho a la prueba una inmediación con restringida a la práctica probatoria y con excepciones como ocurre con las pruebas anticipadas, las que se realizan por juez comisionado (por estar fuera de la sede del juez competente), en la acumulación de procesos, en el trámite de los recursos (a no ser que tengan práctica probatoria), y el trámite de la recusación del juez.

Asimismo, la inmediación solo debe limitarse a la práctica probatoria, pues desde el valor del conocimiento y la economía procesal no tiene justificación alguna que opere para los actos de iniciación (demanda y contestación), de presentación, o petición y la admisión probatoria; ni para las alegaciones finales, ni la interposición o sustentación de recursos. En estos últimos casos, la relación costo beneficio de la inmediación se inclina negativamente: el beneficio para la adquisición del conocimiento es muy bajo, y el coste económico para realizar las innumerables audiencias que implican es demasiado alto. La propuesta es hacer una conveniente combinación de escritura y oralidad. La regla es que la práctica probatoria se realice bajo la oralidad, inmediación y concentración. Los demás actos pueden combinar la oralidad y la escrituralidad. Incluso, el legislador debería permitirle al juez decidir que puede ser lo más conveniente (oralidad o escrituralidad) según la naturaleza del proceso y otras circunstancias que considere relevantes<sup>87</sup>.

Un inconveniente que debe superarse en Colombia consiste en que, tradicionalmente, en las prácticas legislativas y judiciales ha existido un grado considerable de inestabilidad en las reglas procesales; por lo que resulta común que el nexo físico entre práctica y valoración

---

<sup>86</sup> Por ejemplo, Nieva Fenoll (2015: 29) resalta la importancia que tiene que para el juzgador las fases iniciales del proceso judicial en las que se cumple la proposición y la admisión probatoria (evaluación de la pertinencia) de cara la valoración de la prueba en la sentencia; dando a entender que la valoración es algo que se va construyendo desde el inicio del proceso.

<sup>87</sup> Al efecto, la procesalista Bustamante Rúa (2014: 473-480) explica ampliamente los inconvenientes de un sistema oral como el implantado para el proceso penal colombiano, en el que los costos en recursos y tiempo son muy altos; muchas de las audiencias con todos sus requerimientos resultan innecesarias realizarlas mediante la oralidad, como el caso de la lectura de sentencias, la lectura íntegra de documentos; aboga la autora, por una técnica procesal en la que exista una combinación entre oralidad y escrituralidad, para obtener mejores resultados prácticos.

probatoria se pierda<sup>88</sup>. Esta inestabilidad se debe a la cantidad de cambios normativos sin la adecuada planeación, lo que ha generado una penosa mudanza de expedientes judiciales entre varios despachos judiciales esperando que alguna autoridad defina el procedimiento a seguir (escritural u oral) y su juez competente. Infortunadamente en Colombia el legislador prefiere la vía fácil de incurrir en la inflación normativa que en realizar el trabajo de controlar y remediar la ineffectividad de las existentes. En ambientes estatales con inflación normativa y, en alguna medida, caóticos la efectividad de la intermediación es relativa puesto que, en muchos casos, en la realidad no se cumple; y por ello, parcialmente, se aproxima más a la figura de la competencia<sup>89</sup>, que a un concepto seriamente autónomo. Puede decirse que en el desorden legislativo, aunque se cumpla con el sentido de la jurisdicción (competencia) como *cognitio*, en más de las veces la intermediación se torna anodina<sup>90</sup>.

El valor del conocimiento y, por ende, el derecho a la prueba se ven mejor protegidos con el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* y reglas como la prórroga de la competencia y la aplicación ultraactiva<sup>91</sup> de la norma procesal, que con una ciega aplicación inmediata de la

---

<sup>88</sup> Siguiendo a Giacomette (2014: 147-148), solo para mirar las normas relacionadas con la implementación de la oralidad, se tienen: la Ley 1395/2010 que tenía como propósito la descongestión judicial y que crea una audiencia oral concentrada de actos como la conciliación, la fijación del litigio, la resolución de excepciones, la admisión y la práctica probatoria, las alegaciones y la sentencia; luego, se emite la Ley 1564/2012 (CGP) con un régimen complejo para su implementación ya que se cruzan las normas de la legislación anterior (CPC/70) y sus numerosas reformas), primordialmente escritural, y la Ley 1395; a tal punto, dice la autora (2014: 149), que «hoy día no se sabe con precisión, cuáles normas del Código de Procedimiento Civil y/o de la Ley 1395 de 2010 y/o del Código General del Proceso están vigentes».

<sup>89</sup> Se hace referencia aquí a la competencia como el juez en concreto que tiene autoridad para conocer la actividad procesal y probatoria. El concepto de jurisdicción, como también el de competencia, comprende el conocimiento de los actos procesales. La jurisdicción significa (Ferrajoli, 1995: 37) *ius dicere* y debe concebirse como actividad preferentemente de reconocimiento (normas) y de conocimiento (hechos) del derecho. Así, la ausencia del juez de cualquier acto procesal hace que el mismo no sea acto jurisdiccional y, en consecuencia, inexistente; y el acto será anulable, sin necesidad alguna de ley expresa que así lo tipifique. El problema de los procesos con la técnica escritural, por su tendencia al secreto, es que se generan unas prácticas que tornan ineficaz ese conocimiento del juez, mientras que con la oralidad, con su tendencia a la publicidad, favorece prácticas más acordes con ese ideal del juez de conocer, con mayor diligencia, los actos procesales. La intermediación también es conocimiento del juez de los actos procesales probatorios, pero este conocimiento tiene, entre otras, la exigencia de la identidad del juez que realiza las actividades de practicar y valorar las pruebas, que si no se cumplen a cabalidad, el acto es solo jurisdiccional; esto es, conocido por órgano competente.

<sup>90</sup> La conexión entre la intermediación y la exigencia del juez competente es puesta de relieve por Cabezudo Rodríguez (1008: 4) cuando explica que aquella figura ha «evolucionado desde la exigencia de que la actividad procesal, esencialmente probatoria, se desenvuelva en presencia judicial a concretar e individualizar esa presencia en el órgano jurisdiccional competente para resolver la controversia». Esta postura legal «permite poner en conexión el principio de intermediación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), pues juez cognoscente tan sólo puede ser el prevenido por la ley para decidir el litigio».

<sup>91</sup> Explica el procesalista argentino Maier (1996: 246) que para solucionar situaciones de cambio legislativo total o parcial, tiene gran trascendencia decidir qué hacer con los procesos pendientes o los actos procesales en

norma procesal. También la inmodificabilidad de la competencia se aviene mejor con la unidad de la jurisdicción y con los principios de la economía procesal (ahorro en tiempo y recursos) y la independencia e imparcialidad judicial. En suma, a los justiciables o litigantes se les garantiza mejor el derecho a la prueba si la competencia definitivamente asumida en un caso concreto por un juez no se altera o modifica después por errores, nulidades, cambios legislativos o por situaciones administrativas de los funcionarios judiciales como los traslados del juez, por cumplimiento de los períodos de tiempo para ejercer un cargo o desplazamiento de competencia en virtud de los denominados *jueces de descongestión*<sup>92</sup>, etc. A propósito de situaciones administrativas como el cambio de los magistrados de las altas cortes (CCC, CSJ, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura) en Colombia vivimos la amarga experiencia de las consecuencias de haber instaurado en la CP de 1991 el período de ocho años y funciones de elección de funcionarios de altos cargos del Estado con el efecto perverso de la colusión y otros vicios en estas esferas del poder judicial<sup>93</sup>. Eventos todos estos que tienen como efecto la solución de continuidad del juez de la práctica probatoria y el de la valoración. Por ejemplo, en la práctica ha sido usual, en el caso de los jueces de descongestión, que se nombran solo para emitir la sentencia.

Por fortuna, con la vigencia del CGP la mudanza de expedientes se reduce en niveles aceptables ya que establece una manifestación de la *perpetuatio jurisdictionis* al prescribir en su art. 624 que «la competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente

---

curso, que alcanzaron cierto grado (cierto recorrido en su trámite); de un lado, la aplicación ultraactiva permite que el proceso continúe rigiéndose hasta el final por la ley vigente al momento de su inicio. Del otro, la aplicación retroactiva se presenta en el caso en que la nueva ley regule actuaciones anteriores a su vigencia cuando no alcanzaron un determinado estado procesal con la ley anterior.

<sup>92</sup> Los *jueces de descongestión* en Colombia son la punta del iceberg del desgüeño administrativo de la rama judicial, ya que el órgano de gobierno judicial (Consejo Superior de la Judicatura) excepcionando las reglas sobre los concursos para la selección, la permanencia y el principio de la inmodificabilidad de la competencia, se crean con el argumento de la congestión. El problema es que son soluciones a corto plazo que lejos de resolver el problema, tienden a agravarlo en el futuro.

<sup>93</sup> El período límite constitucional de los ocho años para el ejercicio de la judicatura en las altas cortes (CCC, CSJ, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura) trajo un efecto no querido por el constituyente, generar en la práctica una forma de selección natural de personas que se caracterizan por el relajamiento de sus virtudes, incurriendo en vicios como la colusión, que se describen con figuras sociopolíticas: «yo te elijo tú me eliges» (personajes que se ponen de acuerdo en elegirse en varias instancias del Estado, incluyendo las de la justicia), «la puerta giratoria» (funcionarios que pasan por todas las cortes y otros resquicios del Estado), «el carrusel pensional» (que con su poder de aplicación del derecho se favorecen con millonarias pensiones). Vicios que acarrearán graves afectaciones a la independencia y a la imparcialidad de los jueces y a las garantías probatorias como la sana crítica. Al respecto, véase Reyes Cuartas. (2014: 231 y ss.).

en el momento de formulación de la demanda con que se promueva»; pero como se estudia en el capítulo de los medios de prueba, la solución que se le ha dado al tránsito legislativo sobre la práctica probatoria sigue aún con muchas incertidumbres sobre las normas a aplicar, de acuerdo con el tipo de procedimiento y la fase de la actividad procesal.

En cuanto a la validez de la actuación en la que se rompe con la continuidad del juez de la práctica en la valoración probatoria, ya se mencionó que la nulidad solo se limita a que en la realización del acto procesal probatorio no actúe personalmente el juez competente, lo que equivale a una nulidad por falta de jurisdicción o competencia; pero no existe nulidad por la inaplicación de la inmediación ya que el legislador no prescribe expresamente la nulidad por la falta de identidad del juez de la práctica y el de la valoración. Por tanto, puede decirse que el CGP aunque establece la inmediación con las garantías de efectividad de la oralidad<sup>94</sup>, la concentración, la inmodificabilidad de la competencia, omitió establecer la regla de eficacia más relevante, la nulidad ante su violación. Puede decirse que en el CGP la inmediación garantizada es la entendida en sentido amplio que se confunde con la exigencia del juez competente para el acto.

Muy distinto es el caso de la legislación española en la que se garantiza que el juez o magistrados que presidieron la vista o juicio sean los mismos que procedan a dictar la resolución del caso (LEC, art. 194); obligación que también se impone para el juez o magistrado que hubiera dejado de ejercer sus funciones y que hubiere practicado la vista. Esta exigencia se encuentra respaldada con la obligación de repetir la una vista (salvo circunstancias especiales) el nuevo juez o magistrado, en caso de que estos incurran en imposibilidad de emitir sentencia (LEC, art. 200.1)<sup>95</sup>.

Puede decirse que desde el CGP la inmediación en estricto se encuentra débilmente garantizada, afectando de contera la garantía de la valoración racional en la medida en que

---

<sup>94</sup> Así, Esparza Leibar (201: 67) se refiere a inmediación como una consecuencia del principio de la oralidad. Incluso se cuestiona: «Por qué decimos oralidad cuando queremos decir inmediación».

<sup>95</sup> Contreras Rojas (2015: 77-80) explica la interpretación de los arts. 194 y 200 de la LEC y menciona las excepciones a la obligación del juez, que ha dejado de ejercer sus funciones, de emitir la resolución final: «haber sido suspendido de sus funciones, haber accedido a un cargo público o profesión incompatible o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidato a cargos de elección popular. Lo anterior se aplica también para los magistrados de los tribunales colegiados, aunque la coincidencia que se exige respecto a ellos debe darse en la asistencia a la audiencia de juicio o vista y la deliberación y votación para arribar a la sentencia».

se le restan posibilidades a los justiciables de recibir una justicia con mejores estándares en la apreciación probatoria. Aunque, como se estudia luego (apartado 1.2.8.), en la inmediación existe el riesgo del intuicionismo por los jueces, también debe considerarse que el juez tiene la posibilidad, mediante mecanismos oficiosos como los interrogatorios y los careos, de mejorar con comprensión sobre los hechos. Se pierde por tanto, en gran medida, el ideal *quasiholístico* que debería ser el procedimiento a fin de que se cumplan unas condiciones mínimas de la producción de la prueba que le permitan al juez adquirir elementos de juicio de fiabilidad o desconfianza en la prueba, y que le allanen la tarea de valorar la misma en la sentencia.

Así, el CGP contribuye a la debilidad institucional de la garantía constitucional del juez ya que bien puede ser desplazado de su competencia por razones legales, administrativas con la consecuente pérdida de garantías para las justiciables y para la transparencia de la justicia. La solución ante la falta de garantías fuertes para el inmediación sería que la CCC interpretara la figura del juez competente (art. 29, CP) y estableciera la inmodificabilidad de su competencia (con excepciones de peso), de tal manera que pueda, ultraactivamente, en caso de un cambio de la misma, para que dicte sentencia en el proceso en el que ya practicó, o se encuentra en la práctica de la misma. También el derecho a la prueba, en su contenido de la valoración racional de la prueba, es fundamento constitucional suficiente para que las partes puedan reclamar la continuidad, por recurso de amparo, cuando sea razonable, del juez de la práctica probatoria para sea él quien emita la sentencia.

Es preciso mencionar que el CGP (art. 133.7) trae una novísima y exótica causal de nulidad relacionada con el rompimiento de la identidad del juez de las alegaciones de los abogados con la sentencia, al prescribir que «el proceso es nulo (...) cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación». Causal de nulidad que es muy cuestionable pues desde el valor del conocimiento no tiene sentido darle tal garantía a las alegaciones abogadiles y omitir proteger la práctica probatoria. Es una causal de anulabilidad que resulta inconstitucional ya que afecta la economía procesal sin justificación iusfundamental. La inmediación, con todos los costos que implica, no debe instaurarse con fines retóricos o de resonancia, sino para que el juez de



la sentencia haga uso de sus poderes en la práctica probatoria para mejorar su conocimiento de los hechos<sup>96</sup>.

Finalmente, debe mencionarse el juego de roles del juez con respecto a los sujetos y objetos del proceso, también tiene que ver con sus cualidades jurídicas de independencia e imparcialidad (Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia, arts. 7 y 153)<sup>97</sup>. Se advierte que el juez y sus cualidades están lógicamente implicadas, pues la expresión *juez imparcial o independiente* resulta una especie de pleonismo, y la de un *juez parcial o interesado* es un oxímoron: es natural que el juez no pueda ser al mismo tiempo parte y es una contradicción en los términos que el juez no esté sometido a los intereses del derecho, sino a influencias externas. Esta caracterización del juez debe cumplirse tanto en todos los ámbitos en los que tiene vigencia la prueba como condición de los juicios que determinan los hechos para la realización de la justicia, tanto en el campo judicial como en el extrajudicial.

Por ahora, interesa resaltar que la intermediación y las cualidades de imparcialidad e independencia del juez facilitan que las partes puedan proponer sus fuentes de conocimiento y que exista un tercero que las practique, las conozca y las juzgue en la medida de lo posible con neutralidad. Por tanto, es incompatible el derecho a la prueba con la posibilidad de la justicia por mano propia. Resulta inconcebible desde el derecho a la prueba que el mismo sujeto perjudicado o interesado sea quien practique y decida sobre la prueba. Lo jurídico es un contorno en el que, por medio de la prueba judicial, la información se dirige a un tercero a fin de que él la controle en cuanto a su admisibilidad y práctica, y decida la solución del conflicto con base en ella.

---

<sup>96</sup> En contraste, el CPP (art. 454) estipula que cuando deba cambiarse el juez durante alguna de las etapas del juicio, la audiencia correspondiente habrá de repetirse, pues, se desnaturalizaría el sistema si el funcionario que emite el fallo no es el mismo –en términos de persona– que asistió al debate oral. Norma esta que la ccc (sentencia C-059/10) declaró constitucional arguyendo que con el paso del tiempo o con el cambio del juez se puede «alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas». No obstante, precisa esta sentencia, que para evitar la vulneración de los derechos de las víctimas y testigos la «repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables».

<sup>97</sup> Según Ferrajoli (1995: 580-581), la figura del juez supone la imparcialidad o su ajenidad frente a los intereses de las partes en la causa; la independencia en el sentido de la exterioridad del juez frente al sistema político y, en general, a todo sistema de poderes; así como la naturalidad, es decir, que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio.

### 1.2.5. La necesidad de la prueba

La decisión sobre los hechos relacionados con el objeto del litigio por parte del juez debe «fundarse en las pruebas (...)» del proceso (art. 164 del CGP). Aquí se entiende *pruebas* como *medios de prueba*, por tanto, esta es una acepción relacional, en sentido analítico o argumental, del concepto de prueba ya que esta se pone como condición para la decisión sobre los hechos. Esto es, la denominada por los estudiosos del derecho procesal (Devis Echandía, 1981, Vol. 1: 116) o de la filosofía del derecho (Gascón Abellán, 1999: 128; Ferrajoli, 1995: 150) como la *necesidad de la prueba*. De hecho, la epistemología tradicional tiene como aspecto esencial establecer las conexiones entre la prueba y la justificación del conocimiento. Aspecto que en el campo jurídico también es primordial en tanto la prueba es el fundamento de las decisiones de los jueces. En términos de Haack (2014: 30), la justificación de una afirmación depende de cuan bien esté apoyada en las pruebas y en las creencias (conocimientos) de fondo.

Precisamente, uno de los componentes propios de la necesidad de la prueba es la prohibición para el juez de su conocimiento privado de los hechos objeto del juicio; lo cual significa que el juez y el testigo no pueden confundirse en sus funciones; no obstante, es irremediable que el juez utilice sus propios conocimientos a la manera de generalizaciones del conocimiento humano. En otras palabras, el juez mismo no puede actuar como medio de prueba, pero sí puede integrar a su decisión las máximas de experiencia (generalizaciones del conocimiento humano) para establecer su fiabilidad. Este componente epistémico del conocimiento judicial tiene dos implicaciones: la imposibilidad del «juez justiciero», y la dependencia epistémica del juez de otras personas para adquirir el conocimiento base de su decisión.

El juez depende epistémicamente de otras personas para que le sirvan de fuente de la información necesaria para decidir (Vázquez Rojas, 2015: 45-47); lo que, entre otras cosas, busca evitar el prejuzgamiento (Dwyer, 2008: 22), al mismo tiempo que permite la realización de las garantías de la publicidad y la contradicción<sup>98</sup>. Esta prohibición es muy

---

<sup>98</sup> Bentham (1825, Vol. 1: 46-47) niega la posibilidad de que el juez pueda usar su conocimiento de los hechos para su decisión sobre los mismos; se cuestiona además si el juez puede utilizar su conocimiento de los hechos cuando estos ocurren en su presencia en el ejercicio de sus funciones; a lo cual dice que este conocimiento personal sería decisivo si el juez no tuviera que satisfacer más que a sí mismo; pero su persuasión no sería nada sin la del público; no basta que su decisión sea justa, es menester que también lo parezca. Si el hecho ocurre en

propia de la prueba judicial, ya que en otros ámbitos del conocimiento al analista o al investigador si le está permitido el uso del conocimiento privado sobre los hechos objeto de estudio. Como consecuencia de esto, en la modernidad se proscribió al antiguo juez-justiciero, a la manera de don Quijote, que fungía como testigo presencial de los hechos y en el mismo acto aplicaba el castigo que consideraba justo. La prohibición en cuestión es un componente de estampa profundamente social, ello en la medida en que el juez necesita del testigo para obtener el conocimiento; lo cual se explica en términos de Dwyer (2008: 22) al mencionar que lo judicial es un ámbito en el que la determinación de los hechos es colaborativa.

No obstante, hay dos hechos inevitables en la actualidad: de un lado, que el testigo sea, en alguna medida, justiciero aunque ya no sea juez; del otro, que el juez ponga su conocimiento privado en la decisión, más no como prueba, sino a la manera de generalizaciones del conocimiento humano para valorar la prueba. En otras palabras, el juez en la decisión enjuicia al testigo con las generalizaciones del conocimiento humano, pero estas, como se estudia luego, en la práctica son insuficientes, por lo que, en alguna medida, hay que aceptar un margen de confianza en el testigo<sup>99</sup>. Con la confianza de la sociedad en el testigo y en el juez, ambos, a su manera, se convierten en justicieros.

Como se ve más adelante, la acepción de la prueba como lo probado (*proof*) trae a escena, al momento de la decisión, el rol que cumplen la prueba de los hechos y la interpretación de los mismos a partir de las generalizaciones del conocimiento humano. Se advierte que para evitar la falacia del *iudex peritus peritorum* el juez no puede, *motu proprio*, integrar a su decisión el conocimiento privado de carácter experto que posea<sup>100</sup>, ya que el conocimiento experto debe obtenerse con las garantías procesales en el contexto del proceso (Vázquez Rojas, 2015: 45-46). Esta proscripción del conocimiento privado del juez también se fundamenta en el hecho de que el conocimiento no es un mero sistema de proposiciones lógicas al que puede accederse con independencia de los sujetos fuente. Así, el conocimiento

---

la misma audiencia pública, bastaría con que el juez mismo interrogue a los asistentes, y si el hecho ocurre en un ámbito privado, nada habría más peligroso que el dejarle reunir el oficio de testigo al de juez.

<sup>99</sup> De manera realista puede decirse que las máximas de experiencia no siempre son suficientes para establecer la fiabilidad del testimonio, y que las sociedades, en sus sistemas de justicia judicial, asumen algún grado de confianza en sus testigos.

<sup>100</sup> De Miranda Vázquez (2012: 301-305).

experto, incluyendo el científico, debe ingresarse al proceso con el testimonio del perito (Vázquez Rojas, 2015: 44-47).

Algo similar ocurre con los documentos y la denominada *evidencia física* o pruebas materiales; la cosa, bien se trate de documento o del elemento material probatorio, debe ingresar al proceso por quienes lo elaboraron u obtuvieron, según el caso. Por lo anterior, el testimonio se constituye en la prueba base del conocimiento judicial, las demás pruebas son solo variaciones del testimonio (confesión, declaración de parte, documentos, entre otros).

### **1.2.6. La prueba de los hechos y las interpretaciones**

La prueba judicial se concibe para efectos de este estudio como una combinación de lo factual y de las razones (Haack, 2014, págs. 13-14). Lo empírico se entiende, en términos de Haack (2009: 52), como un equivalente aproximado a *factual*; es decir que se relaciona con los hechos<sup>101</sup>. Por su parte, las razones se refieren a las inferencias, argumentos y a las generalizaciones del conocimiento humano, incluyendo, entre otros componentes, el uso de la lógica. Al respecto, el fundherentismo de Haack (2009) se manifiesta con una mixtura de fundacionalismo y coherentismo<sup>102</sup> en la justificación de la conocimiento; tomando del fundacionalismo lo experiencial o sensorial como un componente que se ubica en la base de la justificación de un conocimiento; y del coherentismo, la conformidad con otros conocimientos de diversos tipos, entre ellas, las generalizaciones del conocimiento humano.

Conforme a esto, puede notarse como el CGP tiene normas que le dan importancia a los órganos de los sentidos cuando prescribe que el declarante precise o aclare sus percepciones (art. 220); o la exigencia al perito de dar cuenta de los exámenes, experimentos que realice

---

<sup>101</sup> Desde la concepción de Haack (2014: 13), la prueba incluye lo experiencial y su *«background»* de creencias o razones». Lo experiencial se refiere a las experiencias sensoriales del sujeto, sus ojos, oídos, etc.; esto o aquello y su recordar, viendo o escuchando. Asimismo, precisa que la experiencia que contribuye a la justificación de una creencia no es la que está constituida por «creencias proposicionales», sino por eventos perceptuales, y su rol causal en producir conocimientos que contribuyen a la justificación en virtud de la manera en que el lenguaje es aprendido.

<sup>102</sup> Se precisa que el fundacionalismo del que se habla en este estudio es el experiencialista, en el cual se distingue entre creencias básicas y derivadas. El mérito del fundacionalismo es que reconoce que la experiencia de una persona –que vea, oiga, o deguste–, es relevante según cómo esté de justificada en sus creencias; su inconveniente es que requiere una clase privilegiada de creencias básicas sólo justificada por la experiencia, pero capaz de soportar el resto de nuestras creencias justificadas. Mientras que el coherentismo pregona que las creencias solo pueden ser justificadas por sostén mutuo entre ellas mismas; el mérito del coherentismo es que no requiere distinción alguna de creencias básicas y derivadas; pero su inconveniente es que no concede papel alguno a la experiencia de una persona (Haack, 1999, p. 37).

(art. 226); aspectos relacionados con el fundacionalismo ya que busca el conocimiento básico formado a partir de lo perceptual. Al mismo tiempo, el CGP (art. 176) exige que el juez aprecie la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con exposición de los razonamientos de su decisión; aspectos que se relacionan con el coherentismo ya que se trata de inferencias que se hacen el conjunto probatorio y en las que participan las generalizaciones del conocimiento humano (sana crítica) –conocimientos derivados–.

En la filosofía del derecho también se ha resuelto este asunto en el ámbito de la valoración probatoria combinando la teoría de la verdad como correspondencia con las teorías sintácticas y pragmáticas como la coherencia y la aceptación justificada, lo primero como aspecto empírico y lo segundo como razonamientos de diverso orden (Ferrajoli, 1995: 65-67). La teoría de la verdad como correspondencia es tal vez una de las que más influencia ha tenido en nuestro medio en la medida en que ha sido pregonada por iusfilósofos como Ferrajoli (1995: 48-50), Taruffo (2002: 169) o Gascón Abellán (1999: 58-59), quienes se inspiran en la concepción semántica de Tarski. Precisamente, a partir de Tarski (1972: 20-26, 71) puede decirse que lo verdadero solo puede habitar en el lenguaje, en las oraciones, no en las cosas; asimismo, el problema de la verdad es de definición en un metalenguaje, o un lenguaje satisfactoriamente formalizado. Al respecto, Haack (2014: 302) a partir del estudio de la obra de Tarski observa que éste reconoció que su teoría semántica de la verdad se lograba a costa de restringir su aplicación a lenguajes lógicos o matemáticos estrictamente formalizados, pero no para lenguajes naturales como el inglés o el polaco. Por tal razón, considera equivocado pretender, como lo hace Popper, aplicar tal teoría a los lenguajes no formalizados<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> En otra parte, Haack (2016: 316) dice que muy a menudo, parece, la gente malinterpreta el propósito del esquema de Tarski «como si este esquema fuera su teoría de la verdad, o pudiera ser fácilmente generalizado para ofrecer tal teoría. Pero Tarski expresamente niega esto». Dice la autora que esta teoría es muy demandante e implica «un infinito número de enunciados» en el lenguaje para lograr lo que Tarski denominaba *condición material de adecuación*.

Puede decirse, por tanto, que en consideración a que el lenguaje del derecho, sobre todo en el campo de la adjudicación, no se encuentra formalizado, y se caracteriza por ser el del uso natural, la teoría semántica de la verdad no es apropiada para referirse a la verdad fáctica. Pese a que Ferrajoli (1995) ha hecho importantes esfuerzos por formalizar, teóricamente, el lenguaje en materia penal, en la práctica tal formalización no existe en ningún sistema jurídico, y resulta utópica su aplicación por la alta dificultad de cumplir todas las instancias que implica el ideal de la exigencia de la verificabilidad de la conducta desviada y las innumerables proposiciones que hay que formalizar, en cada caso, con los medios probatorios producidos, con un lenguaje irremediadamente coloquial.

Así, el hecho y su interpretación son inescindibles. Las concepciones de la prueba como medio (*evidence*) y como lo probado (*proof*) se unen en el contexto del proceso, desde su producción a su valoración; la producción tiene como aspecto central el juego de roles entre las partes, el juez y los órganos de prueba; y la valoración tiene como aspecto básico los razonamientos o las inferencias que se hacen a partir del medio de prueba y el papel de «pegamento» o conexión que cumplen las generalizaciones del conocimiento humano. En términos de Dwyer (2008: 60-62), las generalizaciones del conocimiento humano son un componente social que se constituye en el pegamento de las inferencias que hace el juez a partir de las pruebas.

La imposibilidad epistémica de distinguir tajantemente hechos e interpretaciones se manifiesta en el derecho probatorio en el caso la prueba pericial con la cuestionable distinción entre hechos y opinión; con la cual se ha caracterizado al medio de prueba (testigo) como quien lleva los hechos al proceso, y al perito como quien solo aporta una máxima de experiencia. La consecuencia de la pericia como generalización de la experiencia es que se toma como un conocimiento auxiliar del juez y no como medio de prueba. Al respecto, explica Dwyer (2008: 96-98), tal distinción en términos categóricos es inútil ya que ignora la complejidad de los pasos de la inferencia que pueden haber llevado a la formación de un hecho o una opinión; casi todos los ‘hechos’ se forman por inferencia, pero se separan de las ‘opiniones’ porque el grado de inferencia es considerado como pequeño.

### **1.2.7. El lenguaje y el conocimiento**

El lenguaje es transversal al conocimiento humano. En el caso de la prueba judicial tiene incidencia primordial en la definición de los hechos por el derecho, pero también se presenta en los relatos de las personas fuentes de prueba (testigos o expertos). La definición de los hechos por el derecho es un problema de pertinencia y de interpretación jurídica. En cambio, las expresiones lingüísticas de los testigos tienen como base, entre otros, componentes psicológicos como las percepciones, las sensaciones, las intuiciones, la memoria, el recuerdo, la evocación y otros del sentido común; aspectos estos que están referidos a la valoración probatoria. Lo importante de esto es que las proposiciones gramaticales de las fuentes de prueba ingresan al proceso si tienen congruencia con las proposiciones fácticas resultantes de la definición jurídica de los hechos (pertinencia). Se advierte además que es el juez quien

define el lenguaje en la adjudicación; pero a su vez el juez depende de la información del testigo (fuente de prueba) para decidir sobre adjudicación final del derecho.

En este estudio se asume una concepción natural del lenguaje en relación con el conocimiento en el ámbito judicial. El conocimiento de los hechos se encuentra mejor protegido si tiene la suficiente apertura frente a la vida de las personas a fin de facilitar el acceso a la justicia para realizar la actividad probatoria sobre los supuestos fácticos acerca de los derechos u obligaciones en litigio. En efecto, en materia civil, administrativa o laboral entre más apertura exista en la definición jurídica de los hechos pertinentes tanto mejor para la protección de los derechos de la persona. Las características de la definición jurídica de los hechos constituye uno de los factores que determina la apertura o el cierre cognitivo del proceso.

Al respecto, Muñoz Sabaté (2012: 41) con toda razón, desde la probática, pone en cuestión que frecuentemente el legislador piense «en el temple directivo de la norma» pero «con escasa preocupación acerca de los problemas de prueba que pudiera generar su aplicación». Frente a esto propone que el ordenamiento jurídico debería cumplir dos objetivos: de un lado, la «factibilidad heurística de la norma» consistente en «aquella capacidad genérica del supuesto de hecho normativo para poder ser investigado», como ocurre en los casos del blanqueo de capitales o sobre reducción de penas a los arrepentidos. Del otro, la «factibilidad probática de la norma», relacionada con «la capacidad del hecho normativo para ser probado en juicio»; por ejemplo, regulando la prueba del hecho de tal manera «que no se convierta en una prueba excesivamente difícil, procurando en ciertas materias muy sensibles descriptores fácticos no necesitados de valoración, haciendo entrar en juego las presunciones *iuris tantum* o las inversiones del *onus probandi*, ello aparte de potenciar al máximo los indicios endoprocesales». Sin duda, esta solución de Muñoz Sabaté es muy pertinente ya que, desde el derecho constitucional a la prueba, es razonable, con base en la justicia material, aplicar, por ejemplo, facilidades probatorias para compensar las dificultades de prueba.

La otra opción sobre el lenguaje en la definición jurídica de los hechos es el uso de una lingüística metalegal con algún grado de formalización como se ha propuesto por un sector de la doctrina (Ferrajoli, 1995; Gascón Abellán, 1999: 82), en especial, para el sistema punitivo. En efecto, se busca con este tipo de lenguaje lograr que en las diferentes instancias en las que funciona el sistema punitivo se cumpla con la verificabilidad empírica de la

conducta punible. En términos de Ferrajoli (1995: 46, 96, 122) es la exigencia de la materialidad de la acción del lenguaje del legislador al establecer la tipicidad criminal para efectos de que pueda someterse a su prueba empírica. Y luego en la instancia jurisdiccional se realice una actividad probatoria en un modelo acusatorio, con prueba y defensa donde se verifiquen los hechos, evitando que una persona sea perseguida por su forma de ser (personalidad o tendencias morales) o de pensar (política o religiosa). La verificabilidad en todas estas instancias permite un control tanto del legislador como de la actividad jurisdiccional con la ayuda de la lógica, reduciendo los espacios potestativos para el juez y al mismo tiempo facilitando las libertades de las personas<sup>104</sup>. En fin, es un sistema en el que se presenta un cierre cognitivo y lingüístico para el proceso con la finalidad de favorecer la certeza jurídica y, por ende, en garantía de la libertad personal<sup>105</sup>.

El verificacionismo descalifica o excluye las definiciones de los hechos de manera valorativa o abierta. Por ejemplo, en el verificacionismo serían inaplicables diversos tipos de responsabilidad relacionados con daños colectivos de carácter ambiental, económico o de salud pública, en los que es más usual el uso de expresiones lingüísticas como factores de riesgo, peligro, probabilidad u omisión que conducen a complejas valoraciones de los hechos de manera hipotética. Condiciones en las que resulta imposible que una proposición gramatical pueda contener o representar alguna definición legal de carácter material que corresponda con alguna realidad externa. Subjetivamente, los factores de riesgo o las probabilidades pueden cuantificarse, pero la relación de esto con la realidad es solo hipotética y, por tanto, no es actual ni directa.

---

<sup>104</sup> En términos de Gascón Abellán (1999: 82): «En la formulación del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante la contrastación empírica (directa o indirecta)».

<sup>105</sup> Haack (2014: 315) califica de exageración el uso de la lógica en el derecho para crear un sistema jurídico en el que se establece un conjunto de axiomas del cual sea posible derivar lógicamente las conclusiones jurídicas correctas. Dice la autora que O. W. Holmes apuntó hace mucho: «la vida del derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia; (...) experiencia [incluye] las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas dominantes, las intuiciones de política pública declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes».

Asimismo, Haack (2014: 316) ejemplifica la necesidad de reglas con textura abierta suficiente para permitir cierta maniobrabilidad de los jueces, con la evolución del derecho de daños, en las situaciones de riesgo, en Estados Unidos en el siglo XIX con la aparición de los diversos medios de transporte, las manufacturas, la industria química, etc.



El verificacionismo, explica Vázquez Rojas (2015: 113), es una propuesta que viene desde el positivismo lógico pero que los mismos miembros del círculo de Viena –entre ellos Carnap– abandonaron «dado que el número de instancias que se requerían para verificar un enunciado sería infinito e imposible de agotar mediante nuestras observaciones». Precisamente, este es el inconveniente de la propuesta de Ferrajoli para llevarla a cabo en la realidad. Son tantas las instancias que requiere la verificabilidad de la definición legal y luego las de la verificación empírica que el sistema jurídico se torna muy limitado con relación a las necesidades de la vida ordinaria. Muchas conductas desviadas de importancia social no son susceptibles de explicarse ni de someterse a tales instancias de verificación, por lo que el derecho como mecanismo de solución justa de conflictos se ve obstaculizado de entrada.

Para los fines del presente trabajo se descarta la posibilidad de recurrir a la construcción de metalenguajes con algún nivel de formalización y, por tanto, se prefiere el uso del lenguaje natural. Porque éste es suficiente para garantizar que los litigantes puedan contrastar con la realidad los hechos a probar, bien sea en la posición de acceso como de defensa. Explica Haack (2007:62) que el lenguaje natural puede ser ostensivo, verbal y de observación<sup>106</sup>. Los lenguajes como el ostensivo tienen un referente externo al sujeto, susceptibles de corrección en cuanto a los objetos que definen y, por ende, permiten fijar los conocimientos individuales. En este sentido, en el derecho probatorio es común la combinación del lenguaje ostensivo y del verbal en las descripciones normativas como «quien matare a otro» (art. 103 del CPP) o quien tenga una «cosa» con «ánimo de señor y dueño» (art. 762 del Código Civil

---

<sup>106</sup> Muchas palabras son aprendidas por definición verbal, como cuando se aprende mediante la escucha; otras palabras tienen significados observacionales y son aprendidas por definición ostensiva a la manera como el alumno aprende la palabra porque el maestro le señale el objeto; por ejemplo, la palabra *perro* se aprende a identificar con el perro que se está viendo. No obstante, el lenguaje es muy sutil y se presentan en la práctica muchas situaciones confusas como cuando se identifica, por su apariencia, con el término *perro* al perro de juguete. Por ello, es usual que se presenten imprecisiones o dicotomías en los significados de las palabras y se hace necesario acudir a realizar la corrección mediante la explicación verbal. Así, se presenta una permanente interacción entre lenguaje ostensivo (lo perceptual) con el lenguaje verbal (por interpretación) a fin de lograr mayor precisión en los significados (Haack, 2007: 62-63).

Susan Haack se ocupa de demostrar que en el mundo científico no solo juegan, en la justificación del conocimiento, las teorías o las explicaciones sino que también lo experiencial tiene un rol relevante. En el derecho esto difícilmente pueda discutirse porque se trata de un ámbito práctico en el que lo experiencial es trascendente a la hora de justificar las decisiones sobre los hechos. Por ejemplo, si se trata de establecer la responsabilidad por el daño es indispensable que este haya ocurrido en el mundo, por lo tanto, lo perceptual de los testigos y las observaciones del perito, en cuanto a la causalidad, son necesarias de cara a la decisión judicial. Como en la ciencia, en el derecho lo perceptual y las explicaciones trabajan juntas para la justificación de los hechos.

colombiano), susceptibles de corregirse con los objetos externos, como «persona lesionada o muerta», «cosa» que puede ser «finca» o «casa»; y al mismo tiempo, lenguaje verbal, que requieren de definición mediante otros conceptos, como «ajenidad», el «ánimo» o la «intención»; no obstante, no se pierde el referente externo por completo.

Por su parte, Taruffo (2002: 96) dice que el derecho determina y selecciona los hechos que jurídicamente son relevantes para el litigio, pero los hechos también tienen una existencia más allá del derecho, esta es la denominada dimensión empírica. El autor habla de *hechos en bruto* cuando no tienen relevancia jurídica y *hechos institucionales* que son los mismos *hechos en litigio*, es decir, con hechos cargados de derecho. Asimismo, advierte que los hechos en bruto pueden tener una relevancia jurídica indirecta en el caso de la prueba circunstancial o indirecta, ya que el hecho relevante se soporta en otro hecho que no es relevante. Del mismo modo, Taruffo (2002: 128-137) se refiere a los *hechos determinados valorativamente*, como cuando la definición jurídica se refiere a lo bueno, normal, razonable, justo o se trata de hechos indeterminados. Explica que de los valores aisladamente considerados no puede decirse que sean verdaderos o falsos, pero cuando el supuesto que trae la norma para su aplicación tiene hechos con aspectos valorativos, es posible definir la dimensión empírica de los mismos. En estos casos, primero debe procederse a establecer los hechos como tales mediante la prueba, y luego a definir el estándar axiológico que los cualifica. Debe recordarse que el lenguaje de los hechos en el derecho depende de los contextos, por eso, habitualmente lo valorativo puede contextualizarse con sujetos y conductas que tienen dimensión empírica.

Los aspectos del lenguaje en el derecho relacionados con la definición legal de los enunciados fácticos que constituyen el tema de decisión de la sentencia judicial son de dos clases: de un lado, los problemas de interpretación del derecho para llegar a la definición del hecho, y del otro, sobre las características que debe tener el lenguaje normativo a fin de que la prueba pueda irradiar sus beneficios al momento de la adjudicación del derecho.

Un ejemplo sobre cómo afecta el derecho a la prueba la determinación de la premisa menor de la sentencia judicial puede verse en el caso que trata la CCC (T-1306/01), donde ampara el derecho al debido proceso y a la pensión de jubilación contra un Tribunal de Distrito Judicial, en segunda instancia, al omitir aplicar un precedente judicial de interpretación de los condicionamientos de la acumulación de tiempo para la pensión, error que llevó a revocar la

decisión de primera instancia en la que se reconocía la acumulación del tiempo en el caso y, por ende, la pensión. Este caso lleva a reflexionar acerca de los efectos de los errores de interpretación jurídica sobre la definición de los hechos y que tornan la actividad probatoria ilusoria, con la consecuente pérdida de recursos económicos y de toda índole.

Otro caso discutible en la doctrina constitucional lo constituye el conocimiento que tenga el empleador del estado de embarazo o lactancia de una trabajadora para efectos del despido en tales circunstancias. Este tópico es de creación jurisprudencial y por su complejidad ha tenido varias interpretaciones, en un primer momento, la prueba del conocimiento se exigió como condición para que operara la presunción de despido injusto (CCC, sentencias T-373/98 y T-174/99); en un segundo momento, la prueba del conocimiento del empleador dejó de ser condición de la base de la presunción, y perdió importancia al considerar que lo importante era el hecho del embarazo o la lactancia en el momento del contrato de trabajo vigente (CCC, sentencias T-095/08 y T-687/08); y, por último, la prueba del conocimiento del empleador se puso como base de la presunción como condición para una protección fuerte de los derechos de la trabajadora; y en caso de que el empleador no haya tenido conocimiento, la protección sería débil (CCC, SU-070/13).

Los jueces deberían tener herramientas que les permitan tomar decisiones en el *iter* del proceso sobre la definición de los hechos cuando encuentren que existe un error evidente<sup>107</sup>. Como se ha planteado en este texto, la apertura cognitiva del lenguaje favorece los litigios civiles o administrativos, pero la restricción de discutir la interpretación jurídica solo en la sentencia conlleva a la pérdida de tiempo y recursos. En efecto, en la época actual, donde la tendencia es que los derechos fundamentales expanden sus efectos sobre los derechos del ámbito legal, por eso en la actualidad, con mayor razón, no puede decirse la mayoría de las veces, que la definición jurídica sea *a priori* sino que hay entenderla mejor como una creación al momento de la decisión en la que los dispositivos normativos son un factor más a

---

<sup>107</sup> En alguna medida el CGP (art. 278) establece algunas reglas que apuntan a que el juez haga un control de la fundabilidad de la pretensión, al prescribir, en situaciones puntuales, que puede anticipar la sentencia: «Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa». Por su parte, el art. 375 (CGP) en el procedimiento de «Declaración de pertenecia» que «el juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público».

considerar. En estas condiciones el juez debería tener el poder de solicitarle a las partes en las oportunidades correspondientes que clarifiquen los fundamentos para la interpretación de la que parten en la definición de los hechos que proponen.

### **1.2.8. La justificación del conocimiento**

Cuando se tiene como punto de partida el concepto de Estado de Derecho, la legitimidad del mismo se relaciona con que las actuaciones en el Estado deben ser controlables y estar debidamente justificadas; de manera que no pueden alcanzar legitimidad las decisiones simplemente voluntaristas o caprichosas. De acuerdo con Dwyer (2008: 9), la epistemología en el ámbito jurídico trata de cómo los jueces buscan, con lo mejor de sus capacidades, la formación de conocimientos justificados en pruebas en las que deban confiar<sup>108</sup>. Por su lado, dice Ferrer Beltrán (2007: 19) que no es aceptable dar por justificada una decisión solo con base en un conocimiento sin fundamento empírico alguno; por ello, en el campo jurídico-probatorio el conocimiento posible es el racional y experiencial.

El sistema de libre valoración es otro aspecto estructural de la prueba judicial, y tiene un significado negativo consistente en que el juez no está sometido a las pruebas tasadas (Gascón Abellán, 1999). Sin embargo, un aspecto importante en la epistemología del derecho probatorio es que las decisiones a partir de la prueba de ninguna manera pueden ser voluntaristas, se trata más bien de un ámbito racional regulado por normas jurídicas y también por reglas de la razón. Las inferencias o razonamientos a partir de las pruebas no son un asunto completamente individual, asimismo la confianza social tiene un rol importante en la formación de ese conocimiento<sup>109</sup>. En efecto, el entorno jurídico-probatorio es compartido en cuanto que el juez para efectos de conformar su decisión sobre el objeto litigioso usa la información de terceros, como testigos (laicos o expertos) en dos sentidos: para establecer

---

<sup>108</sup> En sentido similar dice Cáceres (2015: 2197) que la «epistemología (...) denota un área de la filosofía cuyo objetivo es determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada verdadera y justificada». Dice también (2015: 2198) que la «epistemología jurídica [tiene como objeto] identificar los procedimientos confiables bajo los cuales una creencia acerca de hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera».

<sup>109</sup> Las máximas de experiencia que usa el juez en la valoración probatoria, aunque son reconocidas y aplicadas por él mismo, personalmente, durante su vida, él las acopia del medio social en que se desenvuelve; y en este sentido confía en la información que ha recibido de, entre otras fuentes, las personas de su entorno.

los hechos y como fuente de las generalizaciones del conocimiento humano que permiten la interpretación de los mismos.

Por tanto, en el campo judicial puede hablarse del carácter social del conocimiento en el sentido de que las creencias sobre algo se construyen con base en otras creencias (Wittgenstein, 1998). Pero también en el campo judicial es imprescindible la experiencia individual ya que son de gran importancia componentes de la epistemología clásica como los razonamientos basados en la prueba, el carácter deductivo o inductivo de los mismos, y el problema de la racionalidad y control de las decisiones en tal ámbito. Así, el juez en la decisión de los hechos, se basa tanto en la información que le transmiten otras personas, bien como testigos o porque aprenda de ellas las máximas de experiencia (aspecto social), y al mismo tiempo utiliza sus propias habilidades intelectuales para realizar los razonamientos en la determinación de los hechos (aspecto individual). En este estudio la concepción de máximas de experiencia no es solo la vida del juez o analista, sino también el conocimiento común o experto que él aprende en su entorno social o en el contexto del proceso judicial.

Precisamente, sobre la adquisición de conocimiento a partir de otras personas, desde la denominada *epistemología del testimonio* explica Vázquez Rojas (2015: 53-58) que las teorías reduccionista y la no-reduccionistas de la justificación del testimonio debaten sobre qué es aquello que permite justificar un conocimiento sobre algo a partir del testimonio. Propone: la primera, la necesidad de comparar lo que ocurre con el testigo con aquello que acontece normalmente en la vida; y la segunda, que simplemente hay que confiar en la información que da el testigo. La primera teoría implica que el testimonio se somete al tamiz de las máximas de experiencia, y de acuerdo con la segunda basta con que se confíe en la buena fe del testigo.

En efecto, ambas teorías han sido criticadas. La teoría reduccionista, según Coady (1992: 82-83) exige que el juez en la justificación del testimonio ponga su conocimiento del mundo con el fin de definir su fiabilidad; lo cual exige que el juez no solo tenga en cuenta su propia interpretación del mundo sino la de las otras personas. En contraste, explica Lackey (2006: 166-167), para la teoría no-reduccionista tal experiencia del mundo no es factible que la obtenga un individuo, por ello, las razones para justificar el conocimiento adquirido mediante el testigo se encuentran en este mismo, por lo que tienen como fuente la memoria, el razonamiento inferencial, etc.; por tanto, hay que confiar en éste, a menos que se presenten

*derrotantes* relevantes, como contra-conocimientos o contra-pruebas. Explica Vázquez Rojas (2015:181), estas teorías se tornan irrealizables, la primera, porque es imposible que un individuo tenga en su intelecto el conocimiento del mundo para conocer todos los extremos de un testimonio y poder determinar que está diciendo la verdad; y la segunda, por la ingenuidad de creer que lo dicho por los demás es verdadero.

Para no caer en un reduccionismo, pero tampoco en conductas epistemológicamente cuestionables, habría que exigir que la audiencia deba tener razones positivas apropiadas para aceptar las afirmaciones del testimonio de A con la finalidad de asegurar que dicha aceptación sea racional. (Vázquez Rojas, 2015:183)

Esta postura implica exigir a la audiencia (juez) que tenga razones positivas que hagan mínimamente razonable aceptar el contenido de un testimonio y, a la vez, una exigencia de fiabilidad por parte del hablante (testigo); así, tanto el hablante (testigo) como el auditorio (juez) deben contribuir epistémicamente para la justificación testimonial.

En fin, por ahora quiere apuntarse (el tema se retoma en el capítulo de la valoración probatoria) que en la justificación de la prueba juega un papel importante las máximas de experiencia, pero estas tienen el inconveniente de que el sujeto analista (el juez) se encuentra muy limitado en su conocimiento del mundo para solucionar todos los problemas de la fiabilidad de las pruebas.

El CGP tiene unos componentes reconocibles como reduccionistas y otros no-reduccionistas, de un lado, el reduccionismo, al exigir que para la valoración de las pruebas en general deben «ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica» (CGP, art. 176). Reglas estas que se constituyen en criterios reconducibles al conocimiento del juez sobre lo que ocurre en la vida, por ejemplo, normalmente cómo percibimos, qué se entiende por sentidos sanos, entre otros. En otras palabras, se trata de las generalizaciones del conocimiento humano o máximas de experiencia. Por otro lado, el no-reduccionismo se fundamenta en la presunción de buena fe, según la cual las autoridades públicas deben prodigar a las actuaciones de los particulares en la administración de justicia (arts. 42 y 78).

Algo similar ocurre en el CPP (art. 404) sobre la apreciación del testimonio de tercero en el que se prescribe que:

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

Aspectos todos estos reconducibles a las generalizaciones del conocimiento humano, en especial las de carácter científico o técnico, lo mismo que al –ya cuestionado– intuicionismo en lo referente a la valoración del comportamiento de los testigos en los interrogatorios. También el no-reduccionismo se ve ejemplificado con el deber del juez de tener en cuenta la buena fe (CPP, arts. 12 y 140).

Para lograr tal propósito es necesario que el juez experimente toda la actividad probatoria de tal manera que al momento de la sentencia tenga mejores elementos para determinar cuál de la hipótesis fácticas acepta. Esta experimentación del juez tiene entre sus herramientas más importantes una inmediación con algunas excepciones razonables, un *dispositivismo procesal* atenuado con mecanismos officiosos del juez de carácter complementario en la obtención de prueba y en los interrogatorios; finalmente, con la suficiente apertura en los recursos y la posibilidad del amparo constitucional; además, una conveniente apertura cognitiva en el proceso, que se manifiesta con el lenguaje natural y la posibilidad del ingreso de nuevas fuentes de prueba. Se trata de una racionalidad instrumental en pos de que el conocimiento verdadero sea finalmente aceptado por el juez en la sentencia, y evitar al mismo tiempo que la valoración se convierta en un mero acto voluntarista o caprichoso por parte del juez.

Ciertamente, inmediación en los sistemas de oralidad y concentración de la actuación tienen ventajas pragmáticas, como la eficiencia en el tiempo, y también epistémicas en el sentido de que el juez de la práctica probatoria tendrá mejores oportunidades de obtener una información mejor contrastada y contextualizada en los interrogatorios; esto es, la posibilidad de obtener signos para confiar, o desconfiar en el relato del declarante. El juez podría hacer uso de su intuicionismo solo para dirigir la actuación que implica la conformación de la prueba. Resulta obvio decirlo, si se trata de una inmediación en la que el juez solo cumple con la exigencia de la competencia legal para el conocimiento del acto, como ocurre con los sistemas adversariales radicales, en los que al juez se le prohíbe la intervención officiosa en los interrogatorios o en la producción probatoria, la inmediación degenera en una mera función intuicionista. Sin duda, este tipo de inmediación merece ser rechazada porque nada relevante aporta en la protección del valor del conocimiento. En un sistema adversarial, sin poderes para el juez que contrarresten, en alguna medida, los sesgos de las partes, hay que decir que la influencia de la inmediación en la valoración de la prueba personal es un mito,

y que una intermediación en tales términos presenta más peligros que soluciones para el ideal de la valoración racional de la prueba; incluso, puede afirmarse que tiene efectos contra-epistémicos<sup>110</sup>.

### **1.2.9. Del conocimiento libre y otros valores ético-políticos**

Ya se ha puesto de manifiesto que el conocimiento en una sociedad opera en múltiples contextos en los que actúa, y el judicial es solo uno de ellos. Asimismo, cuando se habla del conocimiento como valor, debe entenderse que la prueba judicial también obedece a valores ético-políticos; estos valores, por ejemplo, son los que permiten que el conocimiento sea útil para la protección de las condiciones de vida digna de las personas; esto es, el conocimiento como instrumento de la dignidad humana. Los valores que se estudian aquí se relacionan con la libertad y la igualdad en la medida en que gobiernan las condiciones sociales necesarias para acceder, producir, controlar y decidir sobre el conocimiento. La libertad se manifiesta de dos maneras: la cognitiva y la de configuración. La cognitiva comprende los instrumentos, los contenidos y la valoración del conocimiento. La de configuración se refiere a las libertades en diversos ámbitos del conocimiento y la manera como se concilian mediante valores ético-políticos del mismo conocimiento.

En el campo judicial se habla de libertad de prueba en el sentido de medio, de objeto y de apreciación. La libertad de medio y objeto significa que no exista ningún tipo de obstáculo para los sujetos del proceso en cuanto a conformar el acervo probatorio con fuentes de prueba que sean relevantes y que los hechos afirmados sean pertinentes. Las libertades de objeto y de medio tratan, entonces, de hacer cumplir el desiderátum de la completitud; el cual no se vería afectado con la condición de admisibilidad de la prueba consistente en la relevancia y la pertinencia; pues la misma se constituye en una exigencia de tipo epistémico. La completitud consiste, dice Haack (2014: 40), basándose en Bentham, en la idea según la cual «para que la prueba tenga fuerza demostrativa, no solo debe ser correcta, sino también completa», en consecuencia, las reglas de exclusión deben evitarse. Considera Haack (2014: 40-42) que Bentham tiene razón en la completitud probatoria ya que el grado comprensivo

---

<sup>110</sup> Sobre el mito de la incidencia de la intermediación en la valoración de la prueba, ver los estudios Miranda (2014a: 364-369) donde propone la prohibición a los jueces de reparar en el lenguaje no verbal, e insiste en la necesidad de capacitación de los jueces en psicología para evitar que incurran en la tentación de extraer *psedu-* criterios de veracidad.



de la prueba es un factor relacionado con el grado de justificación de las afirmaciones; no obstante, pone en cuestión que pueda hablarse en términos radicales sobre la conveniencia, o no, de la exclusión probatoria.

Debe tenerse presente que el contexto de la prueba judicial, como conocimiento, tiene sus particularidades con respecto a otros contextos del conocimiento humano. En el campo judicial se usa el conocimiento generado en todos los entornos de las personas: su cuerpo, su psiquis, sus palabras, sus espacios abiertos o cerrados, sus comunicaciones (postales, telefónicas o electrónicas), sus actividades públicas, privadas o íntimas; sus saberes prácticos, técnicos, académicos o científicos. En las diversas esferas de la vida social o privada de las personas se genera conocimiento potencialmente utilizable como prueba en los procesos judiciales<sup>111</sup>.

¿En el contexto de la prueba judicial de los hechos puede usarse cualquier fuente o contenido de conocimiento que se produce en los demás contextos sociales o privados de las personas? En el mismo valor constitucional del conocimiento existe algún grado de tensión entre los distintos contextos del saber humano en cuanto a su uso. Por ejemplo, los saberes en el campo de la medicina a menudo colisionan con los saberes religiosos; el conocimiento que se adquiere en la vida individual o familiar con frecuencia es reservado para otras esferas sociales de los individuos. La forma de conciliar esta tensión con el interés de establecer el conocimiento admisible que puede compartirse con el contexto judicial está en los mismos valores informados por el principio de la dignidad humana. Así, la racionalidad instrumental del descubrimiento o producción del conocimiento está gobernada por la dignidad humana, y de ninguna manera lo está por las necesidades del mercado, la nación o el interés general. En efecto, en cada contexto del conocimiento, las constituciones políticas de la tradición ilustrada reconocen libertades aplicables a cada uno de tales entornos sociales o privados de las personas. La libertad en un contexto debe ser compatible con las libertades de otros contextos; así la libertad de la prueba judicial debe ser compatible, por ejemplo, con el libre desarrollo de la personalidad. La razón instrumental, esto es, la relación medio-fin del conocimiento nos permite engranar el valor de la dignidad humana en la determinación de los valores ético-políticos que rigen el conocimiento en el ámbito jurídico.

---

<sup>111</sup> En términos de Bentham (1827: las cuestiones probatorias se encuentran continuamente presentes en sí mismas en cada ser humano, cada día, y casi cada hora de sus días, de sus vidas.

De esta manera, en la configuración del conocimiento es necesaria la dignidad humana como condición de su legitimidad. Puede decirse que el conocimiento judicial puede usar los saberes de otros ámbitos, a condición de que los fines del conocimiento judicial protejan mejor los valores que los fines que tiene en el contexto donde se origina. Por tanto, puede compartirse un conocimiento de un contexto a otro, siempre y cuando sirva para mejorar a las personas en sus condiciones existenciales.

Al respecto, Ferrer Beltrán (2007: 72-73) plantea frente al caso del derecho del periodista a no revelar la fuente de su información: «en mi opinión, puede darse también una justificación epistemológica a ese privilegio del periodista de no revelar sus fuentes en un procedimiento, penal o civil, en el que actúe como testigo». Para el autor, es claro que la negativa del periodista afecta el conjunto probatorio del proceso judicial, pero incentiva a que las personas den información a los medios de comunicación, lo cual a largo plazo enriquece porque informaciones que tienen la tendencia a ocultarse se hacen públicas favoreciendo el conocimiento sobre los delitos. Ferrer Beltrán (2007: 73) propone, frente a este tipo de situaciones, que es necesario juzgarlas desde un punto de vista dinámico, analizando en perspectiva los efectos en la información en el futuro.

En este ejemplo hay que estar de acuerdo con Ferrer Beltrán (2007: 73) en el sentido de que sí existen justificaciones epistemológicas para las exclusiones probatorias. No obstante, hay que aclarar que en el campo jurídico, al lado de la epistemología intervienen contenidos ético-políticos, pues como lo explica Ferrer Beltrán (2007: 44), «es perfectamente posible promover un valor o un principio vulnerándolos en un caso concreto si con ellos se consigue maximizar su aplicación en el futuro». Se aplica, como lo dice el mismo autor, una teoría deontológica y consecuencialista de la ética. Teorías en las que, entre otras cosas, se busca la «maximización de las situaciones óptimas».

En otras palabras, las decisiones sobre las exclusiones probatorias deben consultar el valor del conocimiento. Solo puede justificarse la exclusión de una prueba relevante si la fuente o el contenido del conocimiento en el contexto (proceso judicial) al que se destina, razonablemente, empobrecen los efectos de ese conocimiento, y al mismo tiempo, tiene mejores efectos positivos en el contexto de origen o en otro. Por el contrario, se justifica la inclusión si son mayores los efectos en el ámbito judicial que en aquel contexto en que tuvieron su origen. En el campo constitucional, la ética que debe tenerse en cuenta para

enjuiciar los efectos, las consecuencias o las acciones relacionadas con el conocimiento, es la que se desprende del valor de la dignidad humana y los demás valores o principios que éste comprende, como la libertad o la igualdad. El principio básico de la dignidad humana es que el ser humano es un fin en sí mismo y, por tanto, no puede usarse solo para proteger la moralidad, la seguridad, la sociedad o el interés general.

Desde la dignidad humana el derecho a la prueba se instituye en protección de las personas, por tanto, las instituciones o órganos que realizan la justicia estatal, como es el caso de la Fiscalía General de la Nación, aunque también tienen el derecho constitucional a la prueba este solo puede considerarse como derecho fundamental si se usa con el fin de proteger a las personas, y no solo, los intereses difusos institucionales. Asimismo, el que el derecho a la prueba busque proteger la dignidad humana, implica que aunque la prueba judicial sea un bien público esto no significa que en el Estado constitucional se instaure en protección del poder de soberanía, sino en función de la persona.

También el reto con la prueba judicial es el del uso del conocimiento proveniente de otros contextos de la vida social. La primera base es que el conocimiento debe usarse para enriquecer la dignidad del ser humano y, por consiguiente, debe evitarse que se utilice para su propia desgracia o destrucción. Es un enunciado muy genérico pero susceptible de concreción, lo cual se aborda en otro capítulo.

#### **1.2.10. El acceso a la prueba en condiciones de igualdad**

Los valores de la libertad y la igualdad consagrados en el preámbulo de la CP le imprimen contenidos al derecho a la prueba, en el sentido de que este derecho se encuentra al servicio de la persona. En efecto, la libertad implica la existencia de una esfera de intangibilidad de la persona que se encuentra excluida de la intervención del Estado o de los particulares mediante la investigación con la actividad probatoria; y la igualdad<sup>112</sup> significa prohibición de discriminación y que las partes en un proceso tengan las mismas oportunidades y condiciones formales y materiales para el ejercicio de sus derechos. La afectación de cualquiera de estos valores hace que la prueba se obtenga ilegítimamente por el irrespeto a uno de los valores vinculantes que sustentan el ordenamiento jurídico. La afectación de la libertad conlleva a que la persona sea un instrumento de la prueba, llegando al absurdo de

---

<sup>112</sup> Ver, CCC, sentencia C-178/14.

eliminar a aquella en beneficio de ésta; y la afectación de la igualdad acarrea que la prueba se convierta en un acto de discriminación, bien porque sea un producto unilateral o porque sea un campo de privilegios o jerarquías, contradiciendo el carácter tendencialmente objetivo y neutral al que debe orientarse la prueba.

Por su lado, la igualdad se refiere a aquellas condiciones que pone la sociedad para que los individuos puedan alcanzar sus libertades. Condiciones estas que son de tipo formal o material. Sobre la igualdad, dice la doctrina constitucional, mediante la sentencia T-006/92:

La igualdad sustancial de las partes y el respeto a sus derechos fundamentales obliga al juez a abstenerse de decretar y practicar ciertas pruebas que resulten incompatibles con el ordenamiento constitucional. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el juez en términos generales tiene la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material, pues esta es la única manera para llegar a una decisión de fondo que resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor *justicia*, como lo ordena el art. 228 de la CP. En este sentido, debe reinterpretarse a la luz de la Constitución, el alcance de la *carga de la prueba* regulada por algunos códigos de procedimiento. [Resaltos textuales]

La igualdad se manifiesta en los procesos en que las partes tengan la misma capacidad y los mismos poderes; las partes deben tener la posibilidad de acceder a la justicia con similar calidad en la asistencia jurídica, en los recursos económicos y logísticos para obtener la prueba. Los poderes excesivos que pueda tener una parte con respecto a la otra terminan por darle muerte a las libertades. Por último, las partes deben tener la posibilidad de ejercer su papel contradictor en cualquier acto probatorio y en cualquier momento.

El presupuesto ético-político que mejor caracteriza el derecho a probar lo constituye su naturaleza de instrumento de la persona humana con el objeto de conformar el acervo probatorio suficiente en pos de perseguir su interés en el proceso. En el evento en que la prueba pierde ese carácter de tipo deóntico y afecta a la persona misma en sus derechos fundamentales aquella deja de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí misma; en este evento la persona se convierte en un instrumento de la prueba, que resulta incompatible con un Estado constitucional de derecho<sup>113</sup>.

Debe tenerse presente que el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia (art. 229 de la CP) es presupuesto para ejercer, entre otros, el derecho a la prueba. A partir de la doctrina de la CCC el derecho al acceso a la justicia es de carácter formal y

---

<sup>113</sup> De acuerdo con Ferrajoli (2000: 94-96), a la legalidad en el Estado constitucional de derecho la condicionan los vínculos constitucionales, principio de igualdad y derechos fundamentales y, a su vez, la legítima en la medida en que esté conforme con los mismos.

sustancial (T-173/93); puede decirse que los siguientes contenidos del derecho al acceso a la administración de justicia son requisitos *sine qua non* para el ejercicio del derecho a la prueba<sup>114</sup>: 1) derecho al juez natural; 2) el derecho de acción en condiciones de igualdad para todos; cobertura suficiente por el sistema de administración de justicia en todo el territorio nacional (CCC, C-157/98); 3) la prohibición a las autoridades públicas de exigir requisitos excesivos para ejercer los derechos<sup>115</sup>; 4) el derecho de defensa y a los recursos; 5) los procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los hechos y resolución de las controversias dentro de un término razonable, sin dilaciones injustificadas<sup>116</sup>; 6) mecanismos suficientes para facilitar el acceso a la justicia por las personas de escasos recursos económicos; 7) interpretación de las normas aplicables por parte de las autoridades de forma tal que se logre el máximo nivel de realización práctica de este derecho fundamental; 8) la debida motivación de la decisión judicial; 9) derecho a la decisión de fondo sobre el derecho o el litigio en cuestión<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> La CCC (T-1044/04) ha considerado que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente el derecho al acceso a la justicia.

<sup>115</sup> La CCC ha establecido una línea jurisprudencial sobre una causal de procedibilidad del amparo constitucional denominada *defecto fáctico* por «exceso ritual manifiesto» que se mantiene vigente en el presente y que se originó con la sentencia T-1306/01. En esta última sentencia, como se ha mencionado (apartado 1.2.7.), omite aplicar el precedente judicial sobre la determinación de tiempo para una pensión, lo cual llevó a negarla; y porque la CSJ, pese a reconocer el error de fondo en que incurrió la sentencia del Tribunal, incurre en exceso ritual manifiesto al rechazar la casación porque el recurrente no cumplió con los requisitos de forma del recurso. Por su parte, la sentencia C-1177/05 condiciona la constitucionalidad del art. 69 del CPP/2004 estableciendo que para la denuncia o la querrela penal tiene aplicación la prohibición a las autoridades públicas de exigir requisitos injustificados, además establece como subregla que: «la inadmisión de la denuncia únicamente procede cuando el hecho no existió, o no reviste las características de delito».

<sup>116</sup> La CCC en la T-399/93 en una acción de tutela contra la Fiscalía por una investigación penal estableció que esta y las autoridades vinculadas –la Policía– afectaron el acceso a la administración de justicia en cuanto a los deberes de diligencia, oportunidad y eficiencia, ya que la víctima identificó al victimario ante la Policía pero hubo negligencia en su trámite, además la Fiscalía incurrió en mora en la realización de la investigación debida.

<sup>117</sup> Estos contenidos del derecho al acceso a la justicia son los mismos del derecho a la tutela judicial efectiva; un derecho está implicado en el otro, es decir, el acceso incluye la tutela efectiva, y esta a su vez comprende al acceso. Al respecto, explica Chamorro (1994: 5) que la tutela judicial de la Constitución española pone su acento en la actividad de asegurar la respuesta del órgano jurisdiccional al interés material que busca el ciudadano; no obstante, debe entenderse que éste no se lograría sino comprende también la actividad impulsora del acceso a la justicia. Con argumento similar, la CCC colombiana (sentencia T-476/98) prescribe que el acceso a la justicia es efectivo si además que el juez dé trámite a las peticiones resuelve efectivamente sobre las mismas, previo el análisis de las pruebas y de los argumentos que le permitan arribar a una decisión razonada y razonable y jurídicamente fundamentada.

Si el ciudadano no contara con la posibilidad de exigir la actividad impulsora de la justicia mediante el derecho de acción en todo el territorio nacional, en condiciones de igualdad para todos y con los distintos mecanismos que le permitan a la población económicamente desfavorecida, el derecho a la prueba no podría ejercerse, ni se garantizaría para ciertos sectores sociales o territoriales. Lo mismo que si la respuesta de la justicia no se garantizara por medio de la imposición de términos perentorios, con la obligación de motivar la decisión judicial o con la exigencia de una interpretación acorde con la supremacía del derecho sustancial, el derecho a la prueba sería anodino o insulso.

El derecho de acceso a la administración de la justicia es un derecho fundamental (CCC, T-1044/04), especialmente de prestación que contiene obligaciones normativas y fácticas para diversas autoridades estatales (la organización judicial, las instituciones que prestan el servicio de peritos etc.). También este derecho tiene una faz negativa, la cual se manifiesta con la obligación de las autoridades públicas de no obstaculizar el uso del servicio de la justicia al ciudadano poniendo trabas o exigencias irracionales para su ejercicio. Las acciones normativas se refieren a la configuración de los procedimientos legales, de las obligaciones y derechos en la actividad probatoria. Las acciones fácticas consisten en la infraestructura administrativa y económica que le permiten al ciudadano hacer uso del servicio de justicia estatal. En la infraestructura administrativa y económica necesaria para que gran parte de nuestra población pueda acceder a la justicia, es necesario que el derecho probatorio prevea un sistema de amparo de pobreza serio, que comprenda la asesoría jurídica y los recursos necesarios para la obtención de todo tipo de prueba (véase apartado 2.1.1.1.).

### **1.3. Caracterización y estructura del derecho constitucional a la prueba**

El derecho a la prueba se caracteriza por ser un derecho fundamental con soporte constitucional y convencional, de carácter individual y de prestación, y se estructura a la manera de derecho subjetivo. Antes se plantea que el derecho a la prueba es la garantía género del derecho probatorio. También al inicio de este capítulo se menciona como con el *derecho a la prueba* se quiere significar la posición iusfundamental que posee el presente o futuro justiciable de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional «el aseguramiento, la obtención y valoración de la prueba de los hechos». En los apartados de este capítulo se trata de establecer

en qué sentido el derecho a la prueba es fundamental, cómo se entiende su carácter subjetivo, cuáles son sus contenidos y las consecuencias de su iusfundamentalidad.

### **1.3.1. De la prueba como derecho fundamental**

La expresión *derechos fundamentales*, según el constitucionalista colombiano Chinchilla (2009: 114-115), sustituye las concepciones de los derechos civiles y libertades públicas propuestas desde la filosofía y el concepto de los derechos humanos provenientes del derecho comparado o internacional; asimismo, esta expresión denota una positivización formal y una concreción como derechos subjetivos (algo más que derechos morales); por último, rigurosamente puede hablarse de derechos fundamentales en aquellas constituciones políticas en las cuales se establece una categoría especial de derechos (como ocurre en Colombia, en España o en Alemania), con un tratamiento garante cualificado o con *tutela reforzada*.

Explica Chinchilla (2009: 115-116) que un concepto de derecho fundamental debe integrar cinco elementos indispensables:

- 1) el núcleo axiológico sobre el que se fundamentan: valores o principios ético-políticos explícitos o implícitos, de los cuales el derecho es concreción inmediata y necesaria.
- 2) Situación ventajosa, beneficiosa o favorable de la cual alguien puede sacar partido y que se concreta con un conjunto de facultades.
- 3) Un sujeto identificable titular de la situación ventajosa descrita y un sujeto obligado (identificable).
- 4) Un conjunto de deberes de dar, hacer o no hacer, tanto específicos como generales [que son el correlato de la obligación que surge en cada caso en concreto].
- 5) Un conjunto de garantías institucionales cualificadas o reforzadas, es decir, diferentes y cualitativamente superiores a las acciones judiciales ordinarias.

Aunque se parte de este pensamiento de Chinchilla, no obstante, como se ve luego, la idea de la correlación entre derecho y deberes es más propia de los derechos subjetivos privados (más adecuadamente los de origen contractual) que de la esfera de los derechos públicos como es el caso de los procesales. Con esta salvedad, los componentes de un derecho fundamental pueden resumirse en tres: 1) un componente axiológico, referible a los denominados derechos morales o a los derechos humanos; 2) que se concrete en un derecho subjetivo; y 3) los mecanismos constitucionales privilegiados de refuerzo o garantía de efectividad. Al respecto, la CCC en la sentencia T-227/03 hace un resumen de las posiciones que ha asumido esa Corte sobre el concepto de derechos fundamentales, y concluye que se debe asumir una concepción funcional que se concreta en dos exigencias: que se dirija «a realizar la dignidad humana» y que se cumpla con la condición técnico-jurídica de que tal derecho sea «traducible en un derecho subjetivo» (lo que equivale a los dos primeros

componentes)<sup>118</sup>. La exigencia de la garantía (tercer componente) en el *obiter dicta* de la sentencia la C-178/14 se plantea la discusión doctrinaria del mismo, ya que la garantía puede reconocerse por interpretación.

El apartado anterior aborda el componente axiológico del derecho a la prueba, el cual se ha resumido en diez postulados que se desprenden de los valores constitucionales de la justicia, el conocimiento, la libertad y la igualdad y que se presentan en una suerte de combinación entre lo epistémico y lo ético-político con garantías relacionadas con los derechos humanos, como los derechos a la verdad, a la información y garantías del debido proceso de las que se desprende el derecho a la prueba. Como se estudia antes, a partir de la tradición racional ilustrada y los componentes del derecho convencional internacional es posible deducir la categoría *genus derecho a la prueba*. Por tanto, el derecho a la prueba tiene raíces epistémicas (racionalidad ilustrada) y ético-políticas (valores del conocimiento, la justicia y la libertad e igualdad).

La prioridad por el sentido subjetivo del derecho a la prueba se debe a que es un concepto que tiene mejor capacidad explicativa de lo que ha ocurrido en los últimos tiempos con el derecho probatorio. La garantía de la prueba como derecho subjetivo contiene una situación ventajosa, beneficiosa o favorable para una persona, o un grupo, o colectivo y que se concreta con un conjunto de facultades; además tiene un titular identificable de dicha situación ventajosa, y existe un conjunto de deberes de dar, hacer o no hacer. Como todo derecho subjetivo, posee un fundamento normativo, en este caso de rango iusfundamental, no solo por su raíz axiológica en componentes epistémicos y ético-políticos (como se estudia antes), sino también por los dispositivos constitucionales así como en la doctrina constitucional.

Formalmente, el carácter de derecho fundamental de la prueba en la CP no es un asunto problemático ya que de *lege data* se desprende de la expresión «derecho del sindicado (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra» del inc. 4 del art. 29 de la Constitución, que hace parte del capítulo 1 «De los derechos fundamentales» del título II «De los derechos, las garantías y los deberes». Antes se estudia cómo a partir de este

---

<sup>118</sup> En esta sentencia T-227/03 se descarta un concepto *a priori* de derechos fundamentales y considera que son determinados mediante consenso por la doctrina constitucional. En contraste con esta posición, en otras sentencias la CCC (T-418/92 y T-419/92) acude a la «inherencia» del ser humano como uno de los criterios de iusfundamentalidad.



dispositivo constitucional es susceptible de abarcarse en una categoría más general, *el derecho a la prueba*, el cual es aplicable a todo tipo de procedimiento judicial o de carácter administrativo e incluso en procedimientos sancionatorios o que de alguna manera afecten derechos constitucionales, así los realicen particulares. La constitucionalización (incluyendo el derecho convencional) de las garantías procesales produce como efecto que pueda hablarse, como lo pone de presente Bergeaud (2010: 12-13), de un *derecho procesal horizontal*<sup>119</sup> que se caracteriza por tener unos principios y unas fuentes normativas comunes para todos los procedimientos, en protección de los justiciables.

Por su lado, la doctrina constitucional ha interpretado que la prueba es derecho fundamental, aunque, como se ha estudiado antes, la expresión genérica para el derecho probatorio ha sido variable, porque también se usa «derecho a presentar y controvertir las pruebas» o simplemente «las garantías probatorias» del debido proceso, igualmente es usual el «derecho a la verdad». Con esta salvedad, puede decirse que desde la jurisprudencia constitucional el derecho a la prueba es fundamental, y aunque en el grueso de la jurisprudencia probatoria no siempre se aborda esta problemática en concreto, tampoco se conoce alguna que lo haya negado. Las siguientes providencias de la CCC, en su *ratio decidendi*, le dan el trato de fundamental al derecho a la prueba o en su caso, al conjunto de garantías probatorias del debido proceso:

La sentencia T-393/94<sup>120</sup> es la primera que le asigna a la expresión «derecho a presentar y controvertir pruebas» el carácter de fundamental, y establece como subregla para los procesos disciplinarios que:

la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba.

Luego la sentencia C-598/11<sup>121</sup> cualifica como fundamental el «derecho de las partes a presentar y solicitar pruebas», pero al mismo tiempo establece que la exigencia de requisitos

---

<sup>119</sup> En contraste, con *derecho procesal vertical* se hace referencia a que un tipo de procedimiento que tiene sus propias reglas o principios, según sus particularidades (Bergeaud, 2010: 12).

<sup>120</sup> La CCC ampara, entre otras, la garantía de la admisión de la prueba a favor del director de la cárcel «la Catedral» en un proceso disciplinario en su contra, por la fuga del legendario Pablo Escobar Gaviria.

<sup>121</sup> La sentencia C-598/11 establece la inconstitucionalidad de la Ley 1395/10 (parágrafo 2 del art. 52) de la inadmisibilidad de la prueba documental o extraprocesal en un futuro proceso cuando el interesado en una conciliación extraprocesal no aportó copia de las mismas. Aduce la Corte que la inadmisibilidad en ese caso

desproporcionados para la admisión probatoria afecta el derecho al acceso a la administración la justicia y el derecho de defensa.

En la T-666/12<sup>122</sup> la CCC reconoce que «el derecho a la prueba es de rango fundamental», tomando como precedente la T-393/94.

Por su parte, la sentencia C-496/15 alude a la acción de tutela por violación al «derecho a la prueba» y reconoce su carácter de derecho fundamental autónomo. Precisamente, esta sentencia trae a colación la problemática del debido proceso y su alcance, ya que al abordar la constitucionalidad de la cadena de custodia la Corte llega a la conclusión que esta no es un problema de legalidad o del debido proceso sino de «mérito o fuerza de convicción». Por tanto, según esta subregla de la doctrina constitucional, tampoco la racionalidad de la valoración probatoria es un asunto del debido proceso. Sin duda, en esta doctrina se nota la clásica distinción en el derecho probatorio, entre la validez jurídica y la eficacia o fiabilidad. Por ello, se insiste, la categoría debido proceso probatorio no tiene la suficiente capacidad de comprensión o explicación del derecho probatorio en su conjunto, en cambio la categoría derecho a la prueba sí la tiene. En efecto, se tiene derecho a que la sentencia que se emita en un proceso judicial detente como condición que se base en pruebas fiables, pues el derecho a la prueba también significa que las inferencias que se realicen a partir de las pruebas sean racionales según la naturaleza de los mismos.

Ahora bien, ¿es la prueba derecho fundamental por conexidad o extensión con el debido proceso?<sup>123</sup> Si la respuesta es afirmativa, debería decirse que son solo iusfundamentales los contenidos que el derecho a la prueba comparte con el debido proceso y, en consecuencia,

---

resulta ser una sanción desproporcionada ya que implica que el ciudadano conozca la institución de la pretensión, y también conlleva a desfigurar los fines y las características de la conciliación.

<sup>122</sup> En el caso concreto de la T-666/15, la Corte niega el amparo constitucional ya que no se estableció vulneración tal que condujera a la afectación real del derecho a la prueba. En efecto, las empresas peticionarias del amparo constitucional alegaron que en el proceso laboral en que resultaron condenadas la sentencia omitió las alegaciones presentadas y un dictamen; la Corte niega la realidad de tales omisiones y explica que el dictamen resultó ser solo un asunto de interpretación jurídica que el juez resolvió adecuadamente en la sentencia.

<sup>123</sup> La fundamentalidad de un derecho por conexidad o extensión significa que éste no tiene ese carácter sino que se le condiciona a que con su afectación se resulte conculcando otro fundamental como la vida o la integridad física; este era el caso, según Gañán (2011: 205-207) del derecho a la salud en la jurisprudencia colombiana, ya que solo era iusfundamental indirectamente cuando se afectaba la vida u otro fundamental. A este derecho se le reconoce ahora su iusfundamentalidad directa a partir de la Ley Estatutaria de la salud, Ley 1751/15.

los relacionados con la eficacia probatoria (valoración racional, cadena de custodia o prueba de referencia) o con la prestación social para el acceso a la prueba no estarían en ese conjunto. En esta opción, entonces, el derecho a la prueba se concebiría con un sesgo de atribución que afectaría la extensión de sus predicados o de sus garantías. Si la respuesta es negativa, significa que el derecho a la prueba es autónomo y que sus contenidos y garantías no se direccionan preferentemente a los relacionados con la validez jurídico-probatoria y que su efectividad, en lo primordial, no depende de mecanismos como las nulidades o las exclusiones.

Aunque en la doctrina constitucional colombiana no hay pronunciamiento expreso, debe decirse que la pertenencia del derecho a la prueba al debido proceso no significa, necesariamente, que su carácter de iusfundamental sea por conexidad o por extensión, ya que la CCC la reconoce en las garantías probatorias (derecho a la prueba) porque conforman el debido proceso, y no porque se condicione tal carácter a que con su afectación en las actuaciones procesales se conculque el debido proceso de manera indirecta. Además, la opción de la autonomía de la fundamentalidad del derecho a la prueba es la opción que mejor compagina con los valores constitucionales antes mencionados, en especial, con el del conocimiento, con sus componentes epistémicos. La autonomía del derecho a la prueba no es incompatible con el debido proceso en su sentido amplio<sup>124</sup>, es decir, incluyendo su faz sustantiva, ya que adquiere un carácter lo suficientemente dúctil para comprender tanto lo epistémico como lo prestacional que implica el derecho a probar; evitando de esta manera el anunciado sesgo de atribución. En otras palabras, el derecho a la prueba retroalimenta en contenidos y garantías al debido proceso, en vez de constituirse en un lastre para él.

Precisamente, Picó i Junoy (2008:565) critica la doctrina constitucional española que niega la autonomía o sustantividad del amparo al derecho a la prueba que exige al recurrente a que demuestre la infracción al derecho a la prueba (art. 24, apartado 2º) como también demuestre que se ha causado indefensión material (art. 24, apartado 1º)<sup>125</sup>. Dice Picó i Junoy (2008: 565):

---

<sup>124</sup> Al respecto, la CCC en las sentencias C-034/14 y la C-496/15 se refieren al derecho «a presentar pruebas», como «fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso».

<sup>125</sup> Ciertamente, Picó i Junoy (1996: 146) cita la doctrina constitucional (por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional: SSTC 246/1994, del 15 de febrero y 206/1994, del 11 de julio)

En mi opinión, el derecho fundamental a la prueba, al poseer un contenido y límites plenamente identificables y propios, debería ser amparable como tal, sin necesidad de exigir la infracción de otras garantías constitucionales como la proscripción de la indefensión.

Es pertinente aclarar que el debido proceso sustantivo es la faz que aparentemente puede resultar compatible con los componentes epistémicos y de prestación, con sus respectivos mecanismos de efectividad, del derecho a la prueba; y que con tal faz sería posible superar el sesgo de atribución que puede sufrir el derecho a la prueba por comprenderse en aquél. No obstante, la consecuencia más sobresaliente de la prueba como derecho fundamental es la *fuerza expansiva* y su *gran importancia sistemática*<sup>126</sup> en el sistema jurídico. Este carácter de derecho fundamental implica «darle la máxima virtualidad y eficacia» a la prueba<sup>127</sup>, lo cual conlleva, entre otras, a repensar en el orden jurídico su rango normativo, su efectividad frente a los límites probatorios y la conveniencia de la anticipación probatoria y otros mecanismos de efectividad.

Se advierte que los mecanismos de efectividad que hasta ahora le ha asignado la normatividad al debido proceso (nulidades o exclusiones) se constituyen en franco lastre para la efectividad del derecho a la prueba, ya que esta exige, entre otras garantías (véase apartado 2.1), que no hacen parte del debido proceso, la exigencia para las autoridades administrativas de asistencia gratuita para las pruebas periciales y medidas de protección de testigos. La garantía del derecho fundamental a la prueba significa para la prueba judicial su protección en todas las esferas del Estado constitucional, por lo que implica garantías de efectividad en los planos legislativo, administrativo y judicial. El debido proceso con sus mecanismos de efectividad como las nulidades, las inadmisiones o el rechazo resultan demasiado cortas; incluso, por regla general, son potencialmente inconvenientes para el derecho a la prueba; pues éste puede verse perjudicado con las exclusiones probatorias.

En suma, en la doctrina constitucional colombiana si bien no puede decirse que haya tratado el derecho a la prueba como un derecho fundamental por conexidad con el derecho al debido proceso, sí puede decirse que sus contenidos y mecanismos de efectividad se encuentran cercenados por considerar que se encuentra subsumido en tal derecho.

---

<sup>126</sup> *Fuerza expansiva* y *gran importancia sistemática* son características que le asigna Taruffo (1984: 76-77) al derecho constitucional a la prueba cuando critica la jurisprudencia constitucional italiana, al no tenerlas en cuenta, en la medida en que en sus decisiones relativiza la aplicación de este derecho, frente a las exigencias de técnica procesal ordinaria.

<sup>127</sup> Véase Picó i Junoy (1996: 158)

### 1.3.2. La prueba como derecho público subjetivo

Dado que en este estudio se parte del carácter de derecho fundamental de la prueba, se tiene como *perspectiva para su estudio* la propia de un derecho público subjetivo<sup>128</sup>; lo cual significa, como se aborda en el apartados 1.3.1 y 1.3.2, que se trata de una relación en la que básicamente intervienen el destinatario de la justicia judicial y el Estado, como prestador del servicio; es la idea básica según la cual entre el órgano de justicia (jurisdiccional o administrativo) y el justiciable se encuentra el testigo o el documento u otro medio de conocimiento como condición y límite de las decisiones<sup>129</sup>.

En la época contemporánea, con el derecho a la prueba asistimos a una modalidad más de subjetividad sociojurídica en el ámbito procesal junto a otras como las de género, edad, opinión o de culto. Es decir, por los cambios culturales y políticos de las sociedades actuales, a los derechos humanos modernos se le unen otros como los de los niños, el de la identidad de género o a la diversidad sexual, a la salud, al aborto y al libre desarrollo de la personalidad. La tendencia en el derecho privado ha sido entender la prueba judicial como un asunto exclusivo de parte, como si el conocimiento en la justicia fuese un asunto potestativo de sus protagonistas. En el derecho penal la tendencia ha sido más diversa: en algunas épocas se constituyó en un asunto exclusivo del poder de soberanía –como ocurrió en las grandes monarquías europeas de los siglos xvi al xviii–, pero en la época actual, se trata como asunto exclusivo de los representantes de las partes o de las partes mismas –sistemas adversariales– o se permite un restringido poder oficioso del juez –en los denominados sistemas mixtos–. A fin de revisar críticamente en qué estado se encuentra el CGP, este estudio concibe la prueba como garantía de cualquier persona que, actual o potencialmente, sea justiciable.

Ahora bien, la disciplina del derecho procesal tiene aspectos estructurales como la jurisdicción, la acción y el proceso; y desde luego, cada una de estas estructuras tiene unas garantías constitucionales que la gobierna. Ahora bien, estos tres componentes confluyen para procesar y decidir sobre dos tipos de contenidos, el derecho (*quaestio iuris*) y los hechos

---

<sup>128</sup> De acuerdo con Ferrajoli (2011, Vol. I: 33), la expresión *derecho subjetivo* se define como «como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones». A su vez, *expectativa* se asume como «figura deóntica a la que corresponde una obligación o una prohibición». Por su lado, las obligaciones y las prohibiciones son las garantías del derecho subjetivo.

<sup>129</sup> Según Rodvalho (2014: 47), los derechos subjetivos están ligados a las grandes conquistas de los individuos contra las arbitrariedades del Estado.

(*quaestio facti*). En virtud del principio del *iura novit curia* el asunto del derecho está, por regla general, a cargo del juez al momento de la decisión; por su lado, la decisión de los hechos está supeditada a la prueba como condición necesaria. La *quaestio iuris* tiene una base legislativa, por lo que el proceso, en especial la sentencia, cumple la función de su concreción intelectual en el caso; en cambio, la prueba, aunque tiene unas fuentes en la vida real, hay que producirla en el proceso mediante la actividad probatoria. Así, la prueba judicial es la actividad que absorbe casi todos los recursos logísticos, de personal, económicos y de tiempo del proceso. Por ello, dice Bentham (1825, Vol. 1: 2), en la realidad, el proceso no es más que el arte de la producción de las pruebas.

¿Cómo entender la prueba judicial?, ¿se concibe como derecho (relación jurídica) o como carga procesal (situación jurídica)? Al respecto, se advierte que la prueba judicial se realiza o se configura en la actividad probatoria con el ejercicio del derecho de acción y del proceso judicial; por ello, la caracterización que se tenga del derecho de acción y del proceso judicial inciden en la concepción de la prueba judicial. Ciertamente, no se discute en la actualidad en la teoría del derecho procesal que el derecho de acción se constituya en una relación jurídica de carácter público distinta a la relación jurídico-privada; la prueba está implicada en el derecho al acceso a la administración la justicia (sin juez no hay prueba); pero si se discute qué es aquello que caracteriza mejor al proceso judicial, como relación jurídica o como situación jurídica<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> Montero (2011, Vol. 1: 299-302), sobre la polémica de entender el proceso como relación jurídica o como situación jurídica, deja claro que «los lazos jurídicos que nacen *entre las partes* en el proceso no son relaciones jurídicas» [resalto extratexto]; y dice, siguiendo a Goldschmidt, que el proceso judicial se entiende mejor como situación jurídica, por lo que el mismo no puede caracterizarse como relación jurídico-procesal; así, considera que en la regulación de la actividad de las partes predominan las cargas procesales, e incluso plantea la inconveniencia de los deberes procesales por considerar que son una manifestación del totalitarismo político.

No obstante, Montero (2011a: 103-105) en la 7.<sup>a</sup> edición de su obra *La prueba en el proceso civil* se refiere al *derecho y carga de la prueba* como dos perspectivas complementarias que no se deben presentar de modo aislado; una y otra parten del principio de aportación de parte; asimismo, considera como de la esencia del proceso civil que las partes, al mismo tiempo, tengan el derecho y las cargas de aportar los hechos y la de probarlos; por lo que no es admisible que el juez asuma la facultad o el deber de probar, pues con ello se cuestiona la base misma de lo que es un proceso civil.

Hay que estar de acuerdo con Montero en que en el proceso no existe relación jurídica-procesal entre las partes; pero de esto no puede seguirse que todo deber en el ámbito del proceso pueda ser apriorísticamente descalificado como anti-liberal (totalitario), ya que los deberes también se entienden como reglas de garantía de los derechos fundamentales. Asimismo, aunque matiza su idea inicial del predominio de las cargas procesales (situación jurídica) sobre la relación jurídica entre el juez y las partes, de todas formas no pone el acento que implica el derecho fundamental a la prueba al ubicarlo en el mismo plano de las cargas procesales. Además, desprende el

Si el proceso se asume como situación jurídica debería decirse que el aspecto central de la actividad probatoria se gobierna mediante las cargas procesales, en especial la carga de la prueba. Sin duda, una de las consecuencias de concebir, predominantemente, la prueba y la actividad probatoria como situación jurídica (carga procesal) es el denominado «principio de aportación de parte de la prueba» porque éste implica que la prueba es un asunto exclusivo de las partes y, por tanto, solo regulado como imperativo para el propio beneficio que se libra a la voluntad o a los avatares de parte. Tal regla se soporta en el principio dispositivo y este a su vez, como lo pone de manifiesto Montero (2011, Vol. 1: 341-343), se explica en el proceso civil por su carácter privado, en especial cuando el interés en el litigio es el derecho de propiedad y, por ende, políticamente soportado en el liberalismo; en el que la autonomía de la voluntad es uno de sus componentes constitucionales centrales.

¿La autonomía de la voluntad del derecho de propiedad expande sus efectos hasta la actividad probatoria en el proceso judicial? ¿La autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la pretensión extiende sus efectos a la prueba? Hay que precisar que en los sistemas adversariales (de la tradición anglosajona) y en los dispositivos (de la tradición romano-germánica) en sus versiones radicales han sostenido que la afirmación y la petición del derecho sustancial y los hechos que lo soportan (la pretensión) son un asunto exclusivo de parte y, por tanto, la prueba de los hechos también lo es. Sin duda, que la pretensión sea un asunto de parte es algo generalmente aceptado por la doctrina y las legislaciones de las tradiciones jurídicas anglosajonas y romano-germánicas; pero se discute si esa exclusividad para las partes del mismo modo alcanza a la prueba<sup>131</sup>. La posición que se asume en este trabajo es que el concepto de autonomía de la voluntad para la pretensión no es extensivo para la prueba; y, por ende, lo privado del interés de derecho sustancial, en consecuencia, la pretensión no privatiza la prueba judicial.

Precisamente, el carácter subjetivo del derecho a probar no solo se sustenta porque está implicado en el derecho de acción, sino porque el *proceso* concebido como el método para la realización del derecho también está gobernado por derechos procesales constitucionales

---

derecho a probar del principio de aportación de parte, con la consecuencia antes mencionada, que se le trata de un derecho supeditado a los intereses o a la voluntad de las partes.

<sup>131</sup> Montero es consecuente con la teoría de la situación jurídica de la que parte para pregonar el principio de la aportación de parte de la prueba, que se desprende del dispositivismo; el cual, a su vez, es manifestación del carácter privado del derecho sustancial; y asegura su conexión con el liberalismo político.

(el debido proceso, la publicidad o la defensa) y, por consiguiente, hay facultades-deberes constitucionales, aunque no correlativos, del juez con respecto a las partes. Así, la prueba hay que entenderla como derecho o garantía constitucional, por tanto como relación jurídica (facultad-deber)<sup>132</sup>, pero al mismo tiempo existe una situación jurídica en la que confluyen las cargas procesales y deberes de diverso orden. Además, dado que la relación jurídica que comprende el derecho a probar tiene rango iusfundamental las reglas sobre las cargas procesales y otros deberes le son subordinadas. En consecuencia, el derecho a la prueba comprende una relación jurídica, y las cargas procesales o los deberes de diverso orden confluyen en la situación jurídica-procesal-probatoria como normas de garantía de esa relación jurídica<sup>133</sup>.

La particularidad de un régimen político-constitucional como el colombiano en el que el liberalismo ha sufrido una mutación consistente en que se ha pasado de una situación en la que las mayorías, e incluso el mercado, supeditaban las libertades y la igualdad<sup>134</sup> a un sistema en el que los derechos fundamentales pretenden limitar, en la medida de lo posible, las prioridades del mercado o de las mayorías. El Estado social de derecho del régimen constitucional colombiano de 1991 se caracteriza por la denominada *revolución de los derechos*, en el sentido de que los derechos fundamentales, si bien no han resuelto todos los problemas socioeconómicos, de violencia o de corrupción, si han representado cambios significativos en ámbitos diversos como la salud, la educación, la discriminación social o individual, entre otros. Con el derecho fundamental a la prueba se busca maximizar el valor del conocimiento en el ámbito de la realización de la justicia.

---

<sup>132</sup> Rocco (como se citó en Devis Echandía, 1967: 201) en la edición de 1957 del *Tratatto di diritto processuale civile* dice: «de las normas procesales que regulan el instituto de la prueba se deducen sin duda, derechos subjetivos y obligaciones de las partes, [y se refiere al] derecho de la parte sobre el material instructorio reconocido por todos los autores en el cual la voluntad de la partes es decisiva en relación a la actuación de la obligación del juez de tramitar la prueba».

<sup>133</sup> La función de las cargas procesales y los deberes de diverso orden que confluyen como reglas de garantía del derecho constitucional a la prueba se profundiza en otro capítulo de este trabajo.

<sup>134</sup> Una de las bases del liberalismo de finales del siglo XVIII y principios del XIX es el utilitarismo, del que parte Bentham (1825, Vol. 1: 1), de acuerdo con el cual el objeto de las leyes, cuando son lo que deben ser, es el de producir, en el más alto grado posible, la felicidad del mayor número. En el liberalismo de las sociedades actuales que tienen un régimen político-constitucional basado en los derechos fundamentales, son estos los que tienen prioridad sobre las mayorías.



En efecto, los hechos se constituyen en el objeto (lo que se puede probar en abstracto) o el tema (lo que es necesario probar en un proceso en concreto) de la prueba, ya que ésta pone, de un lado, los instrumentos (medios o fuentes) para conocerlos, del otro, las formas y los ritos para aportarlos al proceso (actividad probatoria) y, finalmente, los razonamientos o inferencias para establecer la existencia de los mismos (resultado). El medio o la fuente del conocimiento son las personas, quienes a través de sus declaraciones llevan percepciones, sensaciones o descripciones sobre hechos propios o ajenos, o sobre las cosas (documentos o evidencia física) relacionadas con los mismos hechos.

Es obvio que las personas y su conocimiento sobre los hechos y las cosas que los rodean no pueden tratarse como instrumentos de litigante alguno. Es indigno que la persona con su conocimiento sea propiedad o dominio de otras personas o de algún litigante. Por tanto, los medios de prueba, los razonamientos del juez, la actividad de aportar la prueba son asuntos de derecho público y de protección especial por parte del Estado. El litigante o justiciable puede hacer las afirmaciones de los hechos a su arbitrio o voluntad, pero la prueba de los mismos es algo que no puede gobernar o disponer por completo. La actividad del justiciable con respecto a la prueba judicial es de carácter social, colaborativa, en la que las decisiones son tomadas por el órgano público del proceso, el juez. La racionalidad instrumental constitucionalmente aceptable con respecto a la prueba judicial es que ésta es patrimonio para el proceso y no puede concebirse propiedad o dominio de litigante o justiciable alguno. Por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes comprende la afirmación del derecho y los hechos, pero no es extensiva para la prueba.

En el fondo de la disyuntiva de entender el proceso y, en consecuencia, la actividad probatoria, como relación jurídica o como situación jurídica, lo que existe es una divergencia en cuanto al entendimiento de los derechos subjetivos, ya que si estos se conciben como correlación derecho-deber, entonces, en el proceso judicial no podría hablarse de relación jurídica; pero bajo la concepción amplia de derecho público subjetivo de carácter constitucional como los derechos fundamentales, en los que se habla de libertades, privilegios, poderes o inmunidades no hay propiamente un deber correlativo. En la teoría del derecho, dice Cruz Parceró (2008: 298) que en un derecho subjetivo en sentido amplio el derecho y el deber no tienen que ser correlativos.

¿Son los deberes extraños a la esfera del derecho procesal? En el esquema constitucional actual, en el que los derechos fundamentales permean todo el orden jurídico es insostenible decir que en la esfera del derecho procesal no hayan deberes o que estos sean externos al mismo. No debe mirarse tanto el origen del deber, sino más bien el papel que cumple de cara a la observancia de los valores constitucionales, como el de la justicia, el conocimiento y frente a los derechos fundamentales. En el contexto jurídico probatorio, como se estudia luego, no puede decirse que la libertad o la facultad tengan preeminencia sobre algún deber, pero si puede afirmarse que en los casos concretos de la actividad probatoria el derecho constitucional a la prueba para efectos de su efectividad o eficacia los deberes y las cargas tienen la función de garantía.

La categoría *derecho público subjetivo* es importante para este trabajo en la medida en que aporta el carácter de relación jurídica del derecho a la prueba, lo cual permite señalar que constitucionalmente hay un sujeto titular del derecho y otro sujeto obligado que es el juez o el Estado. Pero una categoría como *situación jurídica*<sup>135</sup>, entendida en un sentido amplio (no en el restringido como cargas procesales), es necesaria en la medida en que ubica el contexto en el que se ejerce tal derecho, pues éste tiene una configuración legal en la que confluyen expectativas, cargas procesales y otros deberes de diversos orígenes que tienen una función especial, la de garantía de la relación jurídica y de los valores que le dan fundamento.

El estudio de la prueba como un derecho público subjetivo tiene mucha significación debido a que implica un cambio de perspectiva en el análisis del derecho probatorio, porque la preocupación clásica ha recaído sobre el estudio de la prueba como carga, y de otras instituciones relacionadas como el tema de prueba. Sin embargo, la prueba vista como un derecho constitucional implica establecer los valores que le dan fundamento, los principios que la configuran, el análisis de su carácter como derecho subjetivo, el estudio de sus garantías de efectividad en la práctica y sus límites constitucionales y legales. Dado que la prueba se ha constituido en uno de los contenidos del derecho más importantes en la vida práctica de los litigantes, se comprende que la mayor parte de la doctrina estudie la prueba

---

<sup>135</sup> Sobre un concepto amplio de *situación jurídica* que comprende a los derechos subjetivos y otros componentes como los deberes puede verse a Rodvalho (2014: 50-51). Por su lado, Ferrajoli (2011, Vol. I: 292) usa la expresión *situación* para incluir derechos subjetivos, poderes, expectativas, deberes, cargas, actos reparatorios o sancionatorios, etc.

judicial como institución del orden jurídico, es decir, como derecho probatorio más que como garantía de las personas.

En cuanto a la caracterización del derecho constitucional a la prueba, debe decirse que éste, como cualquier otro derecho fundamental, es subjetivo y tiene tres peculiaridades: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica. Las cuales, adoptan una cualidad especial, como normas jurídicas solo vale un tipo especial de ellas, las que tienen el carácter de derecho fundamental; como obligaciones jurídicas solamente cuentan las que tienen la cualidad de iusfundamentales; y como posiciones jurídicas, solo las que pueden obtenerse de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación iusfundamental correcta (Arango, 2005: 31-32). Por *norma jurídica* se entiende un enunciado normativo de carácter legal o fundamental cuyo cumplimiento puede forzar el poder estatal con el cual se declara que una acción se ordena, prohíbe o permite. *Obligación jurídica* significa que se impele a otro a hacer o dejar de hacer algo. Un derecho subjetivo envuelve invariablemente la obligación jurídica de otro, mas no a toda obligación jurídica derivada de un enunciado normativo corresponde un derecho subjetivo (Arango, 2005: 13). En el caso de la regulación del derecho fundamental a la prueba (CP, art. 29) se establece una obligación jurídica para el órgano jurisdiccional ante el cual se presentan y se controvierten las pruebas. Las obligaciones jurídicas derivadas de los enunciados normativos pueden establecerse de manera directa o indirecta. La directa se encuentra expresamente en la norma jurídica y la indirecta se establece por interpretación del enunciado normativo y se justifica por medio de una norma. *Ad exemplum*, el art. 29 de la CP establece una posición jurídica expresa a favor del sindicado de «presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra». Sin embargo, en este enunciado, expresamente, no se dice quién es el obligado ni se esclarecen todos contenidos posibles de la obligación.

Finalmente, la *posición jurídica* es la que tiene un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico y se entiende como: 1) la que se fundamenta con razones válidas y suficientes, y 2) la que su no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto de derecho. En cuanto a lo primero, para establecer la posición jurídica del individuo se parte de una argumentación racional que se funda en un enunciado normativo o en una red de enunciados normativos explícitos o implícitos establecidos con base en la interpretación sistemática (Arango, 2005: 20). Y en cuanto a lo segundo, el criterio del daño facilita la determinación

de la posición jurídica de un sujeto porque evita complicadas interpretaciones de las normas sobre la intención del legislador<sup>136</sup>.

De esta forma, se asume una teoría analítica de la posición jurídica mediante la cual se le reconocen tres elementos: la posición en sentido lógico (formal), en el sentido de su contenido (sustancial) y en sentido político; desde un punto de vista lógico, una posición es la relación deóntica en virtud de la cual el individuo está habilitado para exigir algo de otro. Desde la perspectiva sustancial, una posición es la situación que se reconoce y protege a un individuo dentro del ordenamiento jurídico. Y en sentido político, significa que se toma en serio a un individuo (Arango, 2005: 19-20). Lo complementario de esta teoría analítica respecto a la positivista radica en el último elemento, ya que si se parte del desconocimiento de un contenido se afecta un derecho reconocido por la CP basándose en este daño pueda reconocerse implícitamente dicho contenido<sup>137</sup>.

Con base en esta teoría analítica, puede decirse que el no reconocimiento de un contenido normativo, por ejemplo, exigir del juez la valoración racional de la prueba, produce como daño hacer ilusorio o insulso el contenido expreso en la CP del derecho a presentar pruebas y contradecir las que se alleguen en su contra. De esta forma, puede sustentarse que el derecho fundamental a la prueba tiene como contenido implícito el derecho al aseguramiento de la prueba, ya que si no se reconociera se haría insulso el derecho a la contradicción de la misma<sup>138</sup>. La posición jurídica del derecho a probar también lo tiene la parte procesal de un proceso civil o de cualquier otra naturaleza, de lo contrario se le daría un trato discriminatorio

---

<sup>136</sup> Al respecto, Arango (2005: 123) explica que lo común a las teorías positivistas (Bentham Kelsen y Hart) sobre la posición jurídica es que ésta se justifica si parte de las razones de derecho derivadas de la interpretación semántica o genética de las normas jurídicas de las cuales provienen obligaciones jurídicas explícitas; por tanto, presupone conceptualmente una relación necesaria entre el derecho fundamental y la disposición normativa individual, de esta manera, la existencia de una disposición normativa expresa es condición necesaria que crea el derecho subjetivo.

<sup>137</sup> Para el profesor Arango (2005, p. 20), «los derechos subjetivos no son tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo. Los derechos subjetivos son todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una red de enunciados normativos por medio de razones válidas».

<sup>138</sup> Según Arango (2005, p. 124), una interpretación sistemática de los derechos fundamentales se hace con base en la conexión de diversas disposiciones normativas, y mediante un procedimiento racional y controlable. Esto ocurre, por lo general, mediante una argumentación contrafáctica: la necesidad del reconocimiento de un derecho se demuestra atendiendo a los efectos que la negación del pretendido derecho tendría a la luz de determinadas condiciones fácticas. Si el no reconocimiento de un derecho fundamental innominado conlleva una consecuencia contraria a la constitución, entonces se hace jurídicamente necesario su reconocimiento.

sin justificación alguna a los sujetos procesales diferentes al sindicado en el proceso penal<sup>139</sup>. Asimismo la parte presente o futura tiene el derecho prestacional de la asistencia gratuita de abogados y de peritos, lo mismo que la protección de testigos a fin de que el derecho a presentar y controvertir pruebas no se torne en ilusorio.

Cabe decir que se le da mayor prioridad a la interpretación sistemática y teleológica sobre la semántica y la originalista, el juez debe, basándose en el respeto a las reglas de la argumentación jurídica, pronunciarse en un caso específico a favor del derecho fundamental interpretativamente construido. Esto conduce a la afirmación, en términos de Arango (2005: 22), de la supremacía de los derechos subjetivos sobre el derecho objetivo porque aquellos pueden ganarse mediante argumentación. A manera de ejemplo, puede analizarse la notable subjetivización que ha sufrido la posición jurídica de diversos sujetos en el proceso judicial, como se estudia a continuación.

Sobre la estructura del derecho a la prueba, como propio de los derechos subjetivos, bien que sean individuales, de prestación o colectivos, tiene tres componentes que lo constituyen<sup>140</sup>: unos titulares del derecho, unos obligados y un objeto (Arango, 2005: 59-113). El derecho a la prueba tiene componentes individuales y de prestación bien demarcados, ya que el interés que protege no solo es la libertad sino también las condiciones mínimas de carácter administrativo o económico para su ejercicio. A continuación se estudia esta estructura:

a. Los *titulares del derecho a la prueba* son todos aquellos sujetos de derecho que en el ordenamiento jurídico tienen la posición jurídica de presentes o futuros justiciables o litigantes. Aunque aquí se habla de *justiciable o litigante* se precisa que la categoría justiciable, constitucionalmente, es más significativa ya que cualquier persona potencialmente es objeto de la justicia estatal, lo cual incluye a los litigantes de los procesos por demanda (civiles, administrativos o laborales), como los acusados o imputados,

---

<sup>139</sup> Picó i Junoy (1996: 32-33), desde el derecho convencional y el Tribunal Constitucional español, dice que el derecho a la prueba si bien se «pensó para el proceso penal, es indudable su plena vigencia en cualquier otro orden jurisdiccional».

<sup>140</sup> Según la CCC (sentencia C-178/14) el carácter de subjetivo de un derecho fundamental no se refiere «al carácter individual del interés comprometido, sino a la posibilidad de definir con precisión los tres componentes de una posición jurídica específica». Esto es, un titular, un obligado y un contenido claramente definidos (estructura de relación triádica de los derechos subjetivos).

respectivamente, en procesos por acusación (penales) o por imputación (disciplinarios). Por justiciable puede entenderse la parte procesal (demandante o demandado), el acusado o la víctima en el proceso penal o los intervinientes en las diversas modalidades de procesos. En cada contexto jurídico y circunstancias de la realidad o del proceso hay que precisar qué derechos tiene el justiciable, en el presente o en el futuro.

Debe advertirse que se incurre en una falacia naturalista cuando se piensa que solo los individuos de la especie humana son titulares de un derecho fundamental; si bien ellos son sujetos de ese derecho no lo son de manera exclusiva (Arango, 2005: 71-72). El sujeto activo de la relación jurídica procesal lo constituyen, en general, las personas naturales, jurídicas y los grupos; incluso en el ámbito penal y otros órdenes jurídico-normativos, este derecho lo poseen órganos (Picó, 1996: 33-35) como el Ministerio Público, los defensores de familia o la misma Fiscalía General de la Nación. Se insiste en que los órganos o las instituciones están instaurados para proteger los derechos de las personas, y que cuando no cumplen con este cometido, sino que se ponen solo al servicio de *intereses de estado* o de una moralidad religiosa o de una comunidad en particular, ya no puede dársele el trato de fundamental al ejercicio del derecho a la prueba en el campo judicial.

Puede anotarse que en el modelo constitucional actual en Colombia hay una tendencia a la subjetivación en cuanto a la determinación de los contenidos del derecho a la prueba, en la medida en que busca visibilizar las situaciones jurídico-constitucionales de los presentes o futuros justiciables con respecto a otros justiciables, o sus apoderados, representantes y demás. A manera de ejemplo, la CCC ha establecido reglas frente a diversas situaciones en las que hay deficiencias de garantías –lagunas o antinomias–, bien por razones legislativas o por ineficacia institucional o de los operadores judiciales:

- Tal como se estudió con anterioridad, *el derecho a la verdad* de que trata el derecho convencional, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos, es aplicable, en lo que resulte compatible, a los procesados y las víctimas de la justicia penal en general. Trato especial que se le ha concedido a las víctimas de abuso sexual en menores de edad (CCC, T-117/13 y T-078/10).
- También dicho derecho a la verdad se ha impuesto como una forma de protección del derecho a la prueba de los litigantes, cuando por razones de seguir el debido proceso formal se omite por los jueces ordinarios la práctica de la prueba de oficio (CCC, T-

264/09). Así, la doctrina constitucional con el derecho convencional a la verdad visibiliza alguna deficiencia iusfundamental en muchas situaciones de los justiciables en la práctica judicial y trata de remediarlas.

- La jurisprudencia constitucional (CCC, sentencia T-654/98) ha amparado los derechos constitucionales de los acusados en el proceso penal, cuando se presentan entre otras causas, que el apoderado de oficio omite la solicitud de pruebas, no asiste a la contradicción de las mismas. Del mismo modo, la doctrina constitucional (entre otras, las sentencias de la CCC, T-125/12 y T-567/98) admite el amparo constitucional cuando por negligencia del apoderado del acusado omite interponer el recurso pertinente, si fuera evidente la necesidad del mismo. En estos casos, la doctrina constitucional dictamina que la negligencia del apoderado de oficio no puede operar en contra del sindicado cuando, de por medio, se verifica la vulneración flagrante de los derechos fundamentales de éste.
- La CCC también ha visibilizado la situación de la víctima en el proceso penal colombiano (entre otras, las sentencias C-228/02, C-454/06, C-782/12, C-839/13) dado que por expresa regulación del CPP de 2004 ella no es parte procesal, pero mediante una interpretación sistemática y teleológica de esa normatividad la Corte crea subreglas que autorizan que pueda intervenir mediante el ejercicio, entre otras, de las garantía probatorias en las mismas condiciones de la defensa.
- La CCC, mediante sentencia T-531/92 trata de un caso paradigmático en el que el defensor de familia de una menor abandonada omite impugnar la sentencia que niega la pretensión de suspensión de la patria potestad; la CCC amparó los derechos de la menor con la consideración de que la negligencia del defensor no le es atribuible a ella. Por su lado, la misma Corte en el caso de la sentencia T-329/96 en el salvamento parcial de voto se discute sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial si el abogado de la parte, quien representa a la madre de los menores que solicitan la filiación natural y la petición de herencia, no interpuso el recurso de apelación a tiempo.

Dice la CCC (T-329/96):

(...) si se atiende a la equidad, que busca realizar la justicia en el caso concreto, habrá de reconocerse que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que le permitan su defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva y hace necesario que, con miras a la prevalencia

del Derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario.

De lo anterior, puede colegirse de la doctrina constitucional que el derecho a la prueba también es predicable para la parte procesal o para el interviniente, así en la configuración legal solo se le permita su ejercicio a su abogado o al representante judicial. En efecto, el derecho fundamental a la prueba lo tiene cualquier persona que esté en la situación de justiciable presente o futuro; pero en los códigos procesales, en la mayor parte de los casos, se limita el ejercicio del mismo al apoderado judicial. Lo que se plantea aquí es que la parte material o procesal lo puede ejercer directamente, cuando existan razones iusfundamentales de peso<sup>141</sup>.

b. *El obligado con el derecho fundamental a la prueba.* El sujeto pasivo del derecho a la prueba es el Estado y las autoridades que actúan como órganos de la justicia. En cada contexto iusfundamental le corresponde a una autoridad del Estado responder por el derecho a la prueba, según las circunstancias en que se encuentre el justiciable o litigante presente o futuro. En el ámbito intraprocesal el obligado respecto al derecho a la prueba en la actividad probatoria es el juez. En el ámbito extraprocesal en los casos del aseguramiento de prueba mediante el trámite de la prueba anticipada tanto en materia civil como penal, la obligación la tiene el juez.

En el aseguramiento de la prueba también existen mecanismos como el derecho de petición que generan obligaciones para las entidades públicas o privadas que manejan bases datos con información sobre muchos aspectos de la vida de las personas (salud, comercio, inmuebles, finanzas, comunicaciones, entre otros). Asimismo, existen autoridades encargadas de prestar el servicio de asistencia jurídica a los justiciables (Defensoría del Pueblo), así como el servicio de pruebas periciales (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses) y demás. Según las circunstancias de la vida y los contextos jurídico-constitucionales las obligaciones de cada autoridad tienen unos mecanismos para su

---

<sup>141</sup> Taruffo (1984: 76) haciendo referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, considera que no es admisible que el ejercicio del derecho a la prueba sea una suerte de variable dependiente de exigencias técnicas relativas a la disciplina ordinaria del proceso y, por tanto, que pueda impedirse o limitarse en función de tales exigencias. Así, el derecho a la prueba es el valor prioritario, y las exigencias técnico-procesales pueden influir únicamente sobre la modalidad procesal de su actuación.



efectividad, como las diversas sanciones disciplinarias, pecuniarias o punitivas, o las nulidades procesales.

c. *El objeto del derecho fundamental a la prueba* es señalado por el contenido de la norma de derecho fundamental y de la obligación jurídica fundamental, que consiste en una acción fáctica positiva u omisión a cargo del obligado, cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho, vale decir, para la posición jurídica del sujeto.<sup>142</sup> En el ejercicio del derecho fundamental a la prueba el Estado tiene obligaciones de asistencia jurídica y de recursos para la producción de las pruebas para los justiciables que lo requieran. Asimismo, el juez tiene la obligación de omitir cualquier acción lesiva a la posición jurídica de los sujetos procesales, sin que para ello tenga razones debidamente justificadas. El juez tiene la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba y solo puede denegar este derecho cuando exista justificación constitucional que así lo prevea. A continuación se sistematizan esas acciones u omisiones que componen el derecho a probar.

### **1.3.3. Contenidos del derecho constitucional a la prueba**

De manera esquemática se presentan los contenidos que tiene el derecho fundamental a la prueba, teniendo en cuenta los planteamientos hasta ahora realizados. Se advierte que algunos de los contenidos provienen de la doctrina constitucional, bien producto del juicio de constitucionalidad, como en las de amparo constitucional que conformen la *ratio decidendi* de la sentencia; la que, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones.

#### **1.3.3.1. Garantía de la comunidad de la prueba.**

El principio de la comunidad de la prueba comprende a su vez tres garantías: 1) el juez, órgano público de la prueba y del proceso; 2) la indisponibilidad de la prueba, y 3) la prestación económica e institucional. En efecto, la *comunidad de la prueba* significa que la prueba judicial en la modernidad es un asunto del común, en el sentido de que pertenece a la

---

<sup>142</sup> Según Arango (2007: 108), el objeto de un derecho fundamental depende de cómo ha de realizarse un derecho fundamental; de esta forma, cuando el derecho fundamental tan solo necesita de la no intromisión de otros para su realización, entonces el objeto del derecho fundamental es una omisión; en este caso se trata de un derecho de defensa. En contraste, si para la realización del derecho fundamental se requiere de una acción, por tanto, el objeto del mismo se cumple mediante una conducta positiva a cargo de otro; en este caso se trata de un derecho de prestación.

esfera de lo público, encarnado por la soberanía misma del Estado, y de su órgano de la justicia (el juez); con mayor razón, cuando la prueba es un derecho fundamental, lo que le imprime una caracterización que impide que sea abandonada al capricho o a los avatares de las partes. Pero se insiste en que el carácter público de la prueba no significa que el derecho a la prueba se instaure para proteger el poder de soberanía, sino que su finalidad es garantizar los derechos constitucionales de las personas<sup>143</sup>.

Ciertamente, la prueba requiere de la configuración y creación de un órgano de justicia que no se confunda con las partes ni con los testigos. En el campo procesal, la prueba pertenece al proceso judicial, por tratarse de un componente público. Desde el debido proceso, la prueba se dirige al juez como tercero imparcial, como sujeto del conocimiento judicial que decide sobre su valor, y las partes pueden ejercer un control mediante los recursos sobre esta actividad, pero sin disponer de ella. En términos de Devis Echandía (1981, Vol. 1: 118), los efectos de la prueba los decide de forma racional el juez, con exclusión de los intereses u objetivos de las partes con la prueba.

Así, el carácter público del derecho a la prueba tiene las siguientes implicaciones: de un lado, se tiene derecho a acceder al sujeto obligado con la prueba, que es el Estado y sus autoridades, especialmente el juez en el plano procesal. Del otro, se tiene derecho, formal y materialmente, a que la prueba judicial sea un asunto de interés para el proceso y no un dominio o propiedad de las partes; la prueba que es relevante y necesaria se protege independientemente de la voluntad o del interés de las partes o de terceros. Por tanto, aunque en un proceso civil el interés objeto del litigio es de carácter privado y, por ello, la pretensión y los hechos que la sustentan son un asunto que por principio están a cargo exclusivo de las partes, pero el proceso como tal y la actividad probatoria que se desarrolla con el mismo es de carácter público y, en consecuencia, de interés del Estado y de su órgano de justicia<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> El efecto del carácter público de la prueba es deslindarlo de los derechos de autonomía de la voluntad, y en especial de los derechos patrimoniales. Algunas de las implicaciones más importantes del carácter público y fundamental de un derecho los describe Ferrajoli (2011, Vol. I: 716-721):

<sup>144</sup> Antes se menciona que en este estudio se parte de la concepción del proceso judicial como relación jurídica de carácter público, y desde esta perspectiva se encuentra por ejemplo el pensamiento de Chiovenda (como se citó en Galván Rivera, 2001: xxviii) en su discurso inaugural en 1903 en la Universidad de Bolonia, «planteaba la autonomía o separación del derecho procesal civil, no sólo del derecho civil o sustantivo, sino incluso del derecho privado mismo, abandonando la concepción netamente individualista del proceso civil, para ubicarlo en el ámbito del derecho público, dados los fines publicísticos del proceso».

También la comunidad de la prueba implica, por regla general, que ésta es indisponible por las partes. Esta regla en términos del CGP (art. 175) se expresa así: «no se podrá desistir de las pruebas practicadas». Entonces, puede inferirse que es posible desistir de las pruebas solicitadas por las partes, e incluso de las admitidas, pero no de las que han surtido la fase procesal de la práctica. Ahora bien, en interpretación sistemática, desde el derecho a la prueba, aunque la iniciativa para desistimiento puede ser unilateral por la parte que propone la prueba, esta voluntad no vincula al juez, ya que éste, oficiosamente, o a petición de la contraparte, puede rechazarla si prevé la importancia de la misma.

Finalmente, este carácter público de la prueba tiene un nuevo contenido en el Estado social de derecho, consistente en que genera una prestación a cargo del Estado a favor del justiciable. Si el Estado monopoliza el ejercicio de la justicia, la consecuencia, en interés de protección de los derechos fundamentales, es que debe prestarle asistencia jurídica al justiciable y facilitarle los recursos necesarios para acceder a las pruebas periciales y demás medios de prueba en condiciones de igualdad. Sin este componente prestacional la prueba en sentido formal tiende a «privatizarse» y se convierte en un engendro de desigualdad, porque facilita el dominio de una parte sobre la otra.

De esta manera, el carácter público del derecho a la prueba significa que se tiene derecho a acceder al sujeto obligado con la prueba, que es el Estado y sus autoridades, en especial el juez en el plano procesal; del otro, se tiene derecho, formal y materialmente, a que la prueba judicial sea un asunto de interés para el proceso y no un dominio o propiedad de las partes; finalmente, obligación del Estado de poner los recursos económicos e institucionales para hacer efectiva la conformación de la prueba.

### ***1.3.3.2. Derecho al testigo y a otros medios de prueba.***

Sin duda, el derecho al testigo es el mismo derecho a la prueba. Por antonomasia el testigo es la prueba. Ya se ha visto cómo desde el derecho convencional y en los antecedentes constitucionales el derecho al testigo es el componente central de lo que en la época actual se denomina el derecho a la prueba. Asimismo, se ha estudiado como el testigo no solo es una garantía de la modernidad, sino que desde la Antigüedad ya tenía esa connotación en la realización de la justicia. Aunque como se advierte solo en la modernidad la prueba judicial se liberó de los componentes mágicos o de las reglas tasadas que durante siglos coexistieron

con el testigo. El testigo, en el sentido amplio del término, es el medio de prueba por excelencia si se tiene en cuenta que el conocimiento es una producción de las personas; por tanto, la ciencia, la técnica, la evidencia física o los documentos son creados, descubiertos o contextualizados por los sujetos que tienen relación con los mismos. El testimonio en sentido amplio puede ser de parte, de tercero, de experto, de acreditación de elementos materiales o de autenticidad del documento.

No se busca pregonar que exista indiferenciación entre las diversas fuentes del conocimiento, sino de asumir que existe una plantilla básica para el conocimiento judicial y esta se constituye por el testimonio en sentido amplio. En efecto, el conocimiento no puede reducirse a un conjunto de proposiciones conectadas lógicamente entre sí, ni tampoco es solo las descripciones de las observaciones sensoriales, sino que en ese conocimiento también inciden las perspectivas o los paradigmas del sujeto cognoscente.<sup>145</sup> Por consiguiente, en la producción del conocimiento o la información no es posible prescindir del sujeto cognoscente; todo conocimiento envuelve en alguna medida las opiniones, las inferencias, las conclusiones, las contextualizaciones del sujeto cognoscente. De esta manera, en el campo judicial, los documentos, los elementos materiales, las sensaciones mismas son llevados a los procesos judiciales por personas, y son éstas quienes los contextualizan, las que los conectan con los hechos; por tanto, es una falacia ontologista considerar que el documento o el dictamen del perito por sí solos son la prueba independiente de las inferencias, opiniones o paradigmas de los que parten las personas que los crean o descubren.

En el conocimiento judicial, las cosas o las descripciones de sucesos o sensaciones no tienen una realidad ontológica independiente de los sujetos que las crean, las descubren o las contextualizan. Desde luego, la identidad de ADN entre las personas es algo que existe independientemente de la voluntad de ellas; pero tal identidad con el ADN, como conocimiento sobre el cual se basan las decisiones judiciales se requiere someter a la actividad probatoria al sujeto que realizó el dictamen; perito y dictamen son inescindibles.

El asunto, entonces, es el de la configuración legal de la prueba en la que se notan dos tendencias: la anglosajona y la romano-germánica. En la anglosajona se tiende a someter la

---

<sup>145</sup> Vázquez (2014: 20-22) lo explica en el caso de la prueba pericial: *expertise* y experto son nociones íntimamente relacionadas, desde Thayer se ha dicho que en algún sentido «todo testimonio sobre una cuestión de hecho es *opinion evidence*; i.e., una conclusión formada a partir de un fenómeno y las impresiones mentales».

pericia, los documentos y la evidencia física a las reglas del testimonio; en la germano-románica la tendencia es a documentar la pericia y la evidencia física. En Colombia, el CPP acoge la tendencia anglosajona, la que en este texto se considera que está más en consonancia con la idea de la inseparabilidad del conocimiento y el sujeto cognoscente. Por tanto, el derecho a la prueba documental incluye el testimonio del autor o del interviniente voluntario o involuntario en el mismo. Igualmente, el derecho al testimonio del descubridor del material sensible significativo (evidencia física) para establecer el contexto y la conexión con los hechos pertinentes.

Se precisa que se asume como testimonio la comunicación de personas sobre el conocimiento empírico; exigencia que recae tanto sobre la fuente como sobre el objeto (contenido) del conocimiento. En estos términos, no es testimonio el conocimiento moral o matemático que se asume por el ejercicio de la razón o mediante argumentación; también, como lo hace Kant, esta concepción empírica del testimonio también descarta el testimonio sobrenatural (Gelfert, 2014: 24); en este mismo sentido, se prescinde del testimonio en sentido religioso, ámbito en el que se habla de «dar testimonio» en el sentido de reforzar una creencia que tiene como objeto lo trascendental (Gelfert, 2014: 20). En fin, con el significado testimonio como con el de prueba, y como ocurre con otros contenidos para el derecho, como el de dignidad, han tenido plurales sentidos o concepciones. Lo importante, para efectos de este estudio, es que el concepto de testimonio como transmisión de conocimiento empírico de una persona sobre hechos relacionados con otras personas o de la naturaleza, ha existido desde la antigüedad y aún subsiste (véase apartado 1.1.3); es este el significado del testimonio como la prueba por antonomasia. En este entendido, el derecho al testimonio es el mismo derecho a la prueba.

### ***1.3.3.3. El derecho al aseguramiento de la prueba.***

Ya se ha estudiado como el carácter público del conocimiento judicial protege la prueba del capricho o de los avatares socioeconómicos de las partes; por tanto, la relación jurídico-probatoria obliga al juez a utilizar todos los mecanismos disponibles a su alcance para asegurar y producir todas las fuentes de prueba disponibles para que conformen el acervo probatorio de la decisión. El aseguramiento de la prueba también es consecuencia del desiderátum epistémico de la completitud del conocimiento judicial; el cual significa que el

acervo probatorio de la sentencia debe estar constituido por todas las pruebas relevantes y razonablemente disponibles en un momento determinado. El conjunto de medios de prueba base de la decisión del juez debe comprender, razonablemente, todas las fuentes de prueba (medios de conocimiento) disponibles en la realidad. El derecho al aseguramiento contiene los siguientes mecanismos: la preconstitución de la prueba, la prueba anticipada o extraprocésal, los mecanismos de cadena de custodia y las reglas imperativas de eficacia probatoria.

Desde el valor del conocimiento, el mejor sistema procesal es aquel que le da suficientes herramientas a las partes y al juez para el aseguramiento y producción de fuentes de prueba. En efecto, se ha visto que el conocimiento en la esfera judicial se lleva mediante las fuentes de prueba al proceso, y luego en la actividad probatoria surgen los medios de prueba aportándole al juez ese mismo conocimiento como soporte de su decisión. Lo ideal para el valor del conocimiento es que todas las fuentes o medios de conocimiento que sean relevantes hagan parte de esos medios de prueba.

Desde el derecho constitucional a la prueba se analiza que la persona tenga el medio de conocimiento disponible en el proceso para que incida en la decisión del juez en pos de su interés. Por consiguiente, no es solo un problema de la prueba en términos del medio de prueba en su aspecto formal, sino sobre todo de la prueba en términos de información o conocimiento humano. En el Estado constitucional la validez de la prueba no solo se mira en el cumplimiento de la forma del medio de prueba, sino que también se integre efectivamente al proceso el conocimiento humano. Al respecto, puede decirse que el derecho a la prueba presupone que los justiciables tienen las posibilidades reales, materiales, económicas de acceder a las pruebas; esto es, el proceso y la sentencia judicial son válidas si el justiciable tuvo los mecanismos materiales y jurídicos para asegurar la prueba.

#### ***1.3.3.4. El derecho a la legalidad y a la licitud probatoria.***

El derecho a la prueba, como derecho subjetivo, tiene entre sus contenidos la garantía para todo justiciable o litigante a que la prueba que establezca la premisa menor de la sentencia, sea debida, regular, legal o lícita. Aspectos todos estos referidos al debido proceso; el cual tiene como función configurar la validez de los actos procesales o probatorios, y la violación

o la infracción a tal configuración es la condición para aplicar la exclusión probatoria o la nulidad procesal.

El derecho al debido proceso probatorio tiene como fin evitar que los justiciables o litigantes sean objeto de trato arbitrario por otras personas o por autoridades judiciales o administrativas en el aseguramiento o producción de la prueba. El debido proceso formal, en el campo del derecho probatorio, en su entendimiento clásico, es el mismo que la legislación y la jurisprudencia colombianas definían, hasta el año 2002, como legalidad del juez y de las formas procesales, como garantías de las partes para el trámite de la actividad probatoria. El debido proceso formal busca que la injusticia o el crimen que se trata de enmendar o castigar con el proceso judicial efectivamente se logre; y evitar que el trámite del proceso se convierta en un escenario para realizar una injusticia adicional a la que se trata de remediar. El debido proceso formal es el derecho a no ser victimizado en la actividad procesal-probatoria. El componente formal del debido proceso está constituido por los derechos fundamentales procesales como el juez legal o competente, la publicidad, la defensa o la contradicción, que tienen como función regir la configuración legal de la actividad probatoria en el proceso; por tanto, gobierna las fases de proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba. La legalidad de la prueba se relaciona con el cumplimiento de la actividad probatoria, tal cual se encuentra configurada en los códigos procesales y su consonancia con los derechos fundamentales procesales; precisamente, la actividad probatoria tiene unos sujetos legitimados para actuar, unas fases y unas formalidades para su realización.

Con la sentencia SU-159/02, aparece una nueva doctrina constitucional en el derecho probatorio en la que se pone como exigencia de la conformación de la prueba el acatamiento de los derechos fundamentales sustantivos. Se trata de impedir que en la producción del conocimiento judicial se incurra en ilícitos o infracciones constitucionales, bien sea típicas (crímenes penales o disciplinarios) o atípicas, so pena de imponerle consecuencias de carácter procesal como las nulidades o la exclusión. Por tanto, se tiene el derecho a que la prueba judicial no sea producto de un ilícito o infracción iusfundamental. Se evita así que a un crimen o infracción (con trascendencia civil, administrativa o penal) en su investigación se le sume una infracción o un crimen contra los derechos fundamentales. El debido proceso sustantivo es el derecho a no ser victimizado en el ámbito material con fines de información o conocimiento judicial.

Hay que precisar que si se concibe el derecho a la prueba como un acto de voluntad o en interés del justiciable, este derecho sería incompatible con los límites que contienen las exigencias de legalidad y la licitud. No obstante, el derecho a la prueba como valor constitucional no puede ser restringido sin razones de peso iusfundamental, teniendo presente el valor del conocimiento.

Como se estudia a continuación, la configuración de la actividad probatoria depende en gran medida del sistema procesal que acoja el legislador, ya que esto determina el juego de roles entre los distintos sujetos procesales en la producción probatoria.

#### ***1.3.3.5. La prueba de oficio como garantía del derecho a probar.***

La prueba de oficio se concibe mejor como un deber del juez que tiene como función la efectividad del derecho constitucional a la prueba. El carácter público o comunitario de la prueba judicial implica que la producción de la misma no pueda ser concebida como un mero acto potestativo de las partes ni mucho menos del juez. La prueba de oficio hay que concebirla como una garantía del derecho a la prueba<sup>146</sup> en la medida que se trata de un mecanismo de dirección del juez que garantiza, en lo posible, la completitud de la prueba en el proceso<sup>147</sup>.

¿Es el derecho a la prueba compatible con la prueba de oficio? Como se estudia en otro apartado, puede decirse que el sistema de producción de la prueba del CGP y en consonancia con la CP, se caracteriza por partir del dispositivismo procesal con correcciones del publicismo procesal. Por tanto, en este trabajo se pregona un dispositivismo con límites publicistas. Desde la CP la prueba se protege y se produce tanto por la voluntad o el interés del justiciable como también porque ella misma es un valor o derecho iusfundamental. Por consiguiente, desde el esquema constitucional la prueba no solo es un asunto de las partes sino también del Estado, con sus autoridades. El derecho a la prueba de los litigantes hay que mirarlo en consonancia con el monopolio estatal de la justicia, y de ninguna manera puede

---

<sup>146</sup> Para Picó (1996: 25) los mecanismos oficiosos (como la *diligencias para mejor proveer* de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española) se constituyen en un verdadero deber para el juez que si este no cumple «estará vulnerando el derecho a la prueba».

<sup>147</sup> Para Taruffo (1984: 90) el derecho de las partes a la prueba no significa exclusividad de las partes sobre la prueba y, por ende, tampoco implica la exclusión del poder oficioso del juez sobre la misma. Ahora bien, en caso de que la defensa probatoria de las partes pueda considerarse como «completa», el ejercicio de los poderes oficiosos del juez devienen simplemente superfluos.



decirse que dependa del derecho sustancial que persiguen las partes<sup>148</sup>, ni tampoco de un mero acto potestativo de éstas.

Tal como se ha visto, en la prueba judicial se da una relación jurídica en el sentido deóntico, deber-derecho, consistente en que, constitucionalmente, el derecho a la prueba es un derecho público subjetivo. Desde el CGP (art. 270), la prueba de oficio se constituye en un deber, lo cual es una primicia en la codificación, aunque no es una novedad jurídica ya que la CCC lo ha determinado así en su jurisprudencia<sup>149</sup>; e incluso, en la sentencia C-1270/00 le ha dado el carácter de derecho. Precisamente, la prueba de oficio es compatible con el derecho fundamental a la prueba ya que protege la posición de las personas con base en los valores constitucionales de la justicia y el conocimiento y no se condiciona a un acto de voluntad o de un interés del justiciable, ni tampoco a los avatares políticos del legislador ordinario, y mucho menos al capricho de las autoridades administrativas<sup>150</sup>.

La concepción de un sistema procesal en el que se pregona el monopolio de las partes sobre la iniciativa probatoria es incompatible con el esquema constitucional actual en el que la prueba es un valor iusfundamental a proteger por las autoridades públicas<sup>151</sup>. En términos de Picó i Junoy (2007: 107), la iniciativa probatoria del juez y la de las partes no son incompatibles a no ser que la «actuación *ex officio* se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes». En efecto, en otro apartado se estudia que la prueba *ex officio*, a fin de preservar las garantías constitucionales de las partes, tiene las mismas condiciones de cualquier otra prueba, no obstante hay que resaltar, en especial,

---

<sup>148</sup> Al respecto, Scherpe (2016: 168).

<sup>149</sup> Sobre el decreto de las pruebas de oficio, la CCC en la interpretación del CPC/70 (art. 180), en el que el legislador usa la expresión potestativa «podrán», ha creado la subregla de entenderla en un sentido imperativo como deber.

<sup>150</sup> Precisamente, el iusfilósofo alemán Alexy (1993: 412) menciona que los derechos fundamentales se caracterizan porque protegen posiciones tan importantes para las personas que la definición de las mismas no se puede dejar en manos de la mayoría parlamentaria.

sobre determinadas posiciones del individuo «posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria».

<sup>151</sup> Al respecto Taruffo (1984: 91) dice que el derecho a la prueba no tiene conexión necesaria con el principio dispositivo en materia probatoria, en cambio, es compatible con la actuación total o parcial del principio inquisitivo, el que de por sí no implica límite alguno al derecho a la prueba.

tres tipos de condiciones o límites (Picó, 2007: 117-118): los hechos objeto del proceso, las fuentes que consten en el proceso mismo y la posibilidad de contradicción de las partes.

Debe precisarse que el derecho subjetivo a probar entendido como valor iusfundamental le da cimiento constitucional a la prueba de oficio, y en general a las herramientas publicistas de protección de la prueba judicial; no obstante, el derecho subjetivo a probar, entendido como voluntad, tiene en la iniciativa probatoria de parte su desarrollo más tradicional en la modernidad, y el grueso de la configuración legal de la actividad probatoria. A continuación se mira en qué sentido la proposición de la prueba es uno de los componentes más importantes del derecho a la prueba.

#### ***1.3.3.6. El derecho a la petición o presentación de la prueba.***

La regla general para la incorporación de la prueba judicial es la aportación de parte, pues son los litigantes o los justiciables los que viven el conflicto objeto del proceso, por lo que sobre ellos recae la investigación de los hechos. Como se ha visto, la producción del conocimiento común, técnico, científico o judicial, es un ámbito en el que concurren personas o colectivos con sus diversos intereses; en el caso judicial, actúan las partes, el juez y los órganos de prueba (testigos u otras fuentes). Por su relación con los hechos, los justiciables o litigantes se constituyen, con algunas excepciones, en las fuentes de prueba, y son los que con su investigación aportan otras fuentes sobre los mismos. El juez, en virtud de la prohibición de su conocimiento privado y de las garantías procesales, él mismo no puede ser fuente de prueba, ni constituirse en investigador de otras fuentes. Se insiste, por ello, que las facultades probatorias *ex officio* del juez son limitadas y residuales.

Como se estudia en otro apartado, los sistemas dispositivos o adversariales en su concepción más radical se constituyen en una forma de tiranía de una parte sobre la otra, pero sin duda, la aportación de parte como regla general para la producción probatoria es un mecanismo indispensable para aproximarse al ideal de alcanzar conocimiento verdadero, ya que de la lucha entre adversarios existe mejores posibilidades de llegar al mismo. Separación de funciones y controles mutuos entre el juez y las partes, y entre éstos con los órganos de prueba. Precisamente, es necesario que en el ámbito judicial se conserve el principio liberal de la separación de funciones en la realización de la justicia, en favor de presentar su independencia e imparcialidad. Justamente, puede decirse que la forma más compatible de

producción de prueba en un Estado constitucional de derecho es que las partes o justiciables ejerciten su derecho a la prueba proponiendo las fuentes de prueba al juez, y éste tiene el deber de admitirla y practicarla si cumple con los condicionamientos constitucionales; a su vez, las partes tienen los recursos para controlar las decisiones de éste; también el juez puede ejercer actividades que favorezcan el conocimiento y la justicia, con el correspondiente control de las partes.

En efecto, frente a la proposición de la prueba por los litigantes o justiciables, viene la actividad de control por parte del juez, pronunciándose sobre su admisibilidad, como se estudia luego.

### ***1.3.3.7. El derecho a la admisión de la prueba relevante.***

Estructuralmente, en términos epistemológicos y abstractos se considera que es prueba para una proposición P específica si se cuenta a favor de la verdad de P, hace que sea más probable que P o simplemente confirma que P (Gelfert, 2014: 79). Del mismo modo, este concepto base está presente en la prueba judicial cuando se hace referencia a la condición de la relevancia para hablarse de prueba. De hecho, un «principio epistémico más bien obvio indica que si se trata de determinar la verdad de un enunciado, es necesario que se puedan utilizar todas las informaciones útiles para alcanzar ese objetivo» (Taruffo, 2012: 170). Así, «cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzguen debe poder usarse» (Gascón Abellán, 1999: 115)<sup>152</sup>. El derecho a la prueba relevante<sup>153</sup> se relaciona con la libertad de prueba, y busca que en la producción probatoria no se pongan obstáculos en su averiguación u obtención<sup>154</sup>. La relevancia es «el criterio

---

<sup>152</sup> «No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria y, por tanto, debería ser admitida» (Gascón Abellán, 1999: 115, 183 y 184). Al respecto, Ferrajoli (1995: 135) considera: «Ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza impugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. No existen, en rigor, pruebas suficientes».

<sup>153</sup> Precisamente, Taruffo (1984: 78) considera que el objeto del derecho a la prueba se configura como un «derecho a la prueba relevante», lo cual implica que la garantía de la admisión de la prueba recae sobre cualquier prueba importante.

<sup>154</sup> La sentencia T-055/94 (M.P. Cifuentes Muñoz) es la primera que reconoce el derecho constitucional a la admisión probatoria; se trata de una investigación penal que se tramitaba mediante el derogado CPP de 1991, en el que el abogado defensor solicitó pruebas al fiscal instructor, pero este omitió pronunciarse sobre su admisibilidad; la Corte ampara el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho de la defensa y la publicidad, por infracción a la contradicción, y a la omisión de información sobre la petición probatoria. Por su lado, la sentencia T-393/94 trata de un proceso disciplinario de un funcionario público en el que el juzgador se pronuncia sobre la petición de pruebas, pero las rechaza sin fundamento razonable; por ello

básico a considerar para que una determinada información forme parte de los elementos de prueba que pueden probar una proposición fáctica» (Vázquez Rojas, 2015: 28); asimismo, se constituye en la mínima idoneidad o aptitud que debe tener la prueba para establecer los hechos<sup>155</sup>. La idoneidad o aptitud probatoria se refiere tanto al contenido del conocimiento como a la fiabilidad del órgano del conocimiento (testigo o perito).

La relevancia como exigencia de admisibilidad probatoria es de inspiración anglosajona<sup>156</sup>, y es prescrita expresamente por el CPP, al establecer que la prueba es admisible si «sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito»<sup>157</sup>. Tanto el CPC/70 (art. 178) como el actual CGP (art. 168) usan la expresión «rechazo (...) de las pruebas (...) manifiestamente superfluas», terminología que puede comprender la de la irrelevancia probatoria. Es de resaltar que en sus estudios sistemáticos del CPC/70, Devis Echandía (1981, Vol. 1: 97, 491, 526-527), aunque pensando más en los condicionamientos generales de la prueba judicial, recoge el sentido de la irrelevancia cuando se refiere a la inexistencia de los medios de prueba por la falta de significación probatoria. Términos como *significación*, *contenido probatorio*, *generar convencimiento*, o *hacer constar* los hechos, es precisamente lo que se quiere decir con la expresión *hacer más probable o menos probable* el tema de prueba<sup>158</sup>. No obstante, la significación probatoria en la sistemática de Devis

---

la Corte considera que se violó el derecho fundamental a presentar y contradecir las pruebas. También sobre el rechazo de prueba sin motivo razonable, ver la sentencia T-006/95.

<sup>155</sup> Al efecto, la regla 402 de las estadounidenses *Federal Rules of Evidence* dispone que «toda prueba relevante es admisible, salvo una disposición en sentido contrario».

<sup>156</sup> El término en inglés *relevance* ha sido traducido por muchos filósofos y juristas al español como *relevancia* por tener una raíz idéntica, pero tienen diversos significados. Por ejemplo, en el lenguaje filosófico (Ferrater (1999: 3061) y en el jurídico (Ferrer, 2007: 68; Vázquez, 2014: 11) tal traducción se ha impuesto, y se utiliza en vez del término *pertinencia* que es el vocablo común del español al que realmente corresponde. No obstante, hay que anotar que el CPP colombiano, de inspiración angloamericana, recoge el contenido de la *relevance* y lo denomina *pertinencia* (art. 375).

<sup>157</sup> Este contenido de la legislación procesal penal es similar a la regla 401 de las estadounidenses *Federal Rules of Evidence* que dice: «La prueba es relevante si: a) tiene la tendencia a hacer que un hecho sea más o menos probable de lo que sería sin la prueba; y b) el hecho es trascendente en la determinación de la acción». La diferencia de la regla estadounidense con la regla colombiana es que esta incluye la exigencia de la idoneidad del testigo o perito. Precisamente, en el campo de la prueba pericial, Kaye *et al* (2011: 95-97, 244) se refiere a la tendencia jurisprudencial estadounidense hacia un escrutinio más estricto de la cualificación del perito para su admisibilidad.

<sup>158</sup> Sobre la significación probatoria puede mirar su exigencia, por ejemplo, en la confesión en cuanto a que la declaración de la parte debe tener contenido probatorio, bien perjudicando al declarante o al menos favoreciendo a la contraparte (Devis Echandía (1981, Vol. 1: 588). En la prueba testimonial esta exigencia se deduce a partir

Echandía es un asunto de valoración en la sentencia y, por tanto, no fue pensado como condición de admisibilidad probatoria.

¿Cuál función pudiera tener el concepto de *relevancia* en el CGP? Ciertamente, si el juez puede rechazar las pruebas «manifiestamente superfluas o inútiles» (art. 68 del CGP) hay que entender que lo *superfluo* denota aquello que sobra o que es innecesario; en el campo del conocimiento se haría referencia a la información intrascendente o a personas inidóneas para la función probatoria. La inadmisión de la prueba irrelevante se basa en razones de utilidad o economía procesal, como es el caso que ejemplifica Haack (2014: 30) de la astrología, mediante la cual a partir del movimiento de los astros en la fecha y hora del nacimiento busca establecer el carácter de la persona<sup>159</sup>. Asimismo, la relevancia es un criterio de inadmisión en casos que se propongan *pruebas de la prueba* como, a veces ocurre, cuando por medio de pruebas periciales se busca determinar la posible credibilidad o mendacidad de un testigo, o solo para establecer la fiabilidad de un método, instrumento o una técnica forense<sup>160</sup>.

Finalmente, la relevancia también se relaciona con el desiderátum de la completitud ya que si toda prueba epistemológicamente idónea debe ser admitida significa que solo por falta de idoneidad, aptitud o utilidad puede inadmitirse. De esta forma, existe una tensión entre las reglas de exclusión y el derecho a la admisión de la prueba relevante<sup>161</sup>, ya que la prueba puede ser inadmitida, adicionalmente, en función de las exigencias propias del debido proceso, el cual configura los condicionamientos de validez jurídica de la prueba y, en consecuencia, las reglas de exclusión. Debido proceso y relevancia son términos que

---

del carácter representativo del testimonio, esto es, su capacidad intrínseca de generar convencimiento para el juez (Devis Echandía, 1981, Vol. 2: 97). En el caso de la prueba documental igualmente se extrae de la capacidad de la representación de los hechos, y, por tanto, por su utilidad para constatar los mismos (Devis Echandía, 1981, Vol. 2: 489-492). Este concepto de *significación probatoria* también lo usa Guasp (1988, Vol. 1: 322) en el caso concreto de la confesión en el mismo sentido mencionado por Devis Echandía.

<sup>159</sup> Del mismo modo, Haack (2004, p. 46) se refiere a prueba irrelevante en el caso de la creencia que se tiene a partir de la llamada grafo-psicología en la que con base en las formas de las grafías se determina si una persona es o no confiable en su personalidad.

<sup>160</sup> Al respecto, mencionan Kaye *et al* (2011: 65-66) que en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses se tiene como regla tradicional la prohibición de la prueba psiquiátrica o psicológica para establecer si un testigo está diciendo la verdad o tiene la tendencia a mentir ya que se trata de una prueba, por lo general, inútil y se encuentra sujeta a las modas y falacias que suele aparecer en la comunidad psiquiátrica; advierte, no obstante, que esta regla solo debe aplicarse mientras no se desarrollen métodos válidos y fiables para el diagnóstico de la veracidad.

<sup>161</sup> En palabras de Haack (2014: 41-42), las reglas de exclusión están intrínsecamente en conflicto con el desiderátum epistemológico de la completitud.

representan la tensión que existe entre la validez jurídica y las exigencias epistemológicas de la prueba judicial. Según Bentham (1827, Vol. 1: 1), para que la prueba tenga fuerza demostrativa no solo debe ser correcta, sino además completa; una prueba que es verdadera hasta cierto nivel pero que omite algún punto esencial puede ser completamente engañosa; por tanto, ninguna prueba debe ser excluida.

Precisamente, desde el constitucionalismo colombiano es inevitable que tenga que hablarse de la legalidad y constitucionalidad de la prueba; en consecuencia, hay que compatibilizar dos mandatos en tensión en el ejercicio del derecho a la prueba: el epistémico, de la completitud y el de la validez jurídica (debido proceso), de las reglas de exclusión. A continuación se analiza otro componente de la configuración legal de la prueba, que es el de su escenificación ritual en el proceso.

#### ***1.3.3.8. El derecho a la práctica probatoria.***

En términos genéricos el derecho a la práctica probatoria es un elemento constitutivo de la legalidad probatoria, pero en términos más precisos, es un desarrollo del derecho constitucional a la admisión de la prueba relevante. Ciertamente, el derecho a la admisión de la prueba relevante se desenvuelve en todos los momentos de la actividad probatoria, en especial, en la fase inicial del proceso, pero también en la fase de práctica probatoria, ya que la experiencia demuestra que aun la prueba debidamente admitida puede hacerse irrisoria en la actividad probatoria cuando se omiten las actividades necesarias (notificaciones, oportunidades de prueba o contraprueba, interrogatorios o contrainterrogatorios, alegaciones, entre otros), por iniciativa de parte u oficiosa, para su realización. En consecuencia, se tiene el derecho a que la prueba admitida efectivamente se practique<sup>162</sup>.

La práctica probatoria es una forma de *mise en scène*, una compleja ritualidad entre sujetos, órganos, instituciones, que absorbe la mayoría de los costes o recursos de tiempo y logísticos del funcionamiento del proceso. Puede decirse, que todas las demás actividades del proceso podrían realizarse a distancia mediante un intercambio de memoriales o

---

<sup>162</sup> Taruffo (2014: 92-96) usa la expresión derecho de las partes de *far assumere* las pruebas admitidas, explicando que para defenderse probando no basta con las actividades de aducción y admisión de las pruebas, sino también con su efectiva adquisición para el juicio. Lo cual implica que deben realizarse las acciones necesarias para la cristalización o concreción de la prueba para el proceso: la debida citación de testigos, la aplicación de medios coactivos para su comparecencia a los interrogatorios, las medidas necesarias para realizar la inspección judicial o la exhibición de documentos, entre otras.

documentos entre los sujetos procesales, pero la actividad de percibir la fuente de prueba, de interrogar y contrainterrogar a los testigos es indispensable de cara a la realización del valor del conocimiento en la esfera judicial. En la modernidad se renuncia al *juez justiciero* con el alto costo para el valor conocimiento en la medida en que el juzgador solo conozca indirectamente los hechos base de la sentencia. Como se dijo antes, hay dependencia epistémica del juez con respecto al testigo. El testigo, entendido en el sentido amplio, es el ser humano que colabora con su conocimiento, de sentido común o experto, sobre los hechos, documentos o cosas, en la realización de la justicia.

En la modernidad, la renuncia al juez justiciero y el acogimiento del testigo para el conocimiento de los hechos debe tratar de compensarse en la práctica probatoria con algunas reglas que favorezcan epistémicamente la búsqueda del conocimiento verdadero como base de la sentencia. Estas reglas son: la oralidad, la concentración y la inmediación, se miran en su sentido epistémico, es decir, por constituirse en un método adecuado de la incorporación de la prueba judicial al proceso que favorece la conformación de un conocimiento base de la sentencia que beneficia la verdad. El método consiste en que las tres reglas se encadenan de tal manera que el juez tiene un conocimiento de los hechos lo más espontáneo y directo en lo posible.

En efecto, la oralidad favorece la publicidad y la contradicción de la prueba en la medida en que el testigo a viva voz expresa al juez, de manera directa, su conocimiento sobre los hechos, y permite en el mismo acto que las partes obtengan tal conocimiento y puedan contradecirlo con los interrogatorios. Por su lado, la concentración permite que el conocimiento que se adquiere de los declarantes por parte del juez no rompa su continuidad en el tiempo y el espacio del acto de la valoración probatoria de la sentencia; para esto requiere, a su vez, de la inmediación, en el sentido de que el juez de la decisión sea el mismo de la práctica probatoria. Es de precisar que se trata de reglas técnicas para el proceso y que las mismas permiten excepciones también por razones de la protección del conocimiento para el proceso. En efecto, de una parte, dado el costo que implica sostener estas reglas para todo tipo de acto procesal, las mismas deben restringirse solo para efectos de la incorporación del conocimiento sobre los hechos para el proceso; por eso, no se justifica su implementación para los actos de incoación del proceso, ni para el trámite de los recursos; ni siquiera para las alegaciones de instancia o en sustentación de recursos.

De otra parte, en caso de que por las circunstancias de la realidad no permitan, razonablemente, someter la fuente del conocimiento a estas reglas, debe otorgarse el ingreso de la prueba, aunque con su valor disminuido. El objeto de la oralidad, la concentración y la inmediación es que la valoración de la prueba se realice en un sistema procesal *quasiholístico*<sup>163</sup>, en el sentido de que desde la admisión probatoria, pasando por la práctica y luego en la sentencia el juez vaya adquiriendo signos de fiabilidad o confianza en el testigo o, por el contrario, criterios para desconfiar del mismo. A continuación se analiza la valoración de la prueba, y se mira cómo se trata de un acto que es inescindible del *iter* de la incorporación de la prueba al proceso.

#### **1.3.3.9. Derecho a la valoración racional de la prueba.**

El derecho a la presentación, la admisión y práctica probatoria son desarrollo del derecho a la prueba, pero el mismo sería ilusorio si la prueba solicitada, admitida y practicada no se pudiera tener como fundamento de la sentencia judicial. Debido a lo cual, el derecho a la prueba también incluye el derecho a la valoración probatoria (Taruffo, 1984: 107; Picó, 1996, 25).

El derecho a la valoración racional de la prueba tiene entre sus componentes esenciales: la libertad, la necesidad y la unidad de la prueba, los razonamientos basados en la experiencia y la motivación de la decisión. Ciertamente, como dice Gascón Abellán (1999: 115): «Se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de la libre valoración interpretado

---

<sup>163</sup> Al respecto, Vázquez (2015: 205) explica que la valoración probatoria, refiriéndose al caso de la prueba pericial (aplicable a cualquier medio de prueba), debe ser más holista (más compleja) pues hay que considerar no solo la *expertise*, sino el juez y el contexto judicial en que se discute la justificación testimonial. Por su parte, Haack (2014: 65) explica que su teoría probatoria es *quasi*-holística, para referirse a la evaluación de la relevancia probatoria, considerando que es usualmente compleja y ramificada, por lo que no se puede ser monista [analizando la prueba de manera aislada], pero tampoco ser *fully* holístico, pues no todo es relevante para todo.

El mexicano Cáceres (2015: 2.215) utiliza el término *visión panorámica* del proceso judicial para significar que, usualmente, la epistemología se ha ocupado del *razonamiento judicial*, proponiendo como enfoque que la «determinación de la verdad es resultado de un proceso sistémico en el que interactúan diversas clases de sujetos y operadores jurídicos constituidos por el derecho»; explica (2015: 2.215-2.216) que la verdad opera en un dimensión multinivel, y uno de los niveles lo constituyen elementos extrajudiciales que corresponden a una normatividad epistémica que orienta los procesos cognitivos de los operadores jurídicos; otro nivel corresponde a las instituciones jurídicas, y un tercero, comprende las prácticas organizacionales y culturales de las mismas instituciones (por ejemplo, la corrupción), la disponibilidad de recursos, entre otros. Así, puede ocurrir que aunque se dispongan de pruebas con peso suficiente, con una normatividad adecuada, pero las prácticas de los operadores judiciales no las cumplen y, por ende tornan las pruebas ineficaces.



como un principio metodológico [negativo] que permite al juzgador no dar por probados [enunciados sobre] hechos que se estimen insuficientemente probados». <sup>164</sup> Este principio metodológico negativo, no dice nada de cómo valorar, de cómo determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis. Pero esto es resoluble, por el modelo cognoscitivista (objetivismo crítico), el cual proscribía algunos criterios de valoración, entre ellos: a) la íntima convicción por sí misma no puede probar nada, de ahí que la valoración no deba entenderse como convicción íntima, intransferible, incomunicable; b) deben establecerse esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis.

Por otra parte, en la jurisprudencia colombiana la necesidad y la unidad de la prueba han sido tratadas como principios, y tradicionalmente han encontrado protección en especial con el recurso de casación ante la CSJ. La necesidad y la unidad han encajado en la casación como falso juicio de existencia en que puede incurrir el razonamiento de la sentencia judicial, bien por suposición de prueba o de hechos (infracción a la necesidad), o por pretermisión de valoración de las pruebas (infracción a la unidad).

La CSJ, Sala de Casación Penal, en especial a partir de la sentencia 8653/95 (M.P. Mejía Escobar) comienza a perfilar el control del razonamiento que hace el juez en la sentencia con fundamento en la sana crítica. Control que inicialmente se le tomó como una modalidad de falso juicio de identidad de la prueba por tergiversación del sentido de la misma <sup>165</sup>; pero luego, en la sentencia 12784/00 (M.P. Córdoba Poveda) se denomina *falso raciocinio* y se le da un carácter autónomo con respecto al de identidad, caracterizando a éste como un error en el contenido literal o textual de la prueba, y aquel en cuanto a su mérito, apreciación o valor; finalmente, la sentencia 14603/00 acuña la expresión que se conserva actualmente, *falso raciocinio* <sup>166</sup>. Sin duda, una jurisprudencia paradigmática de casación penal de esa Corte, es el caso Rodríguez (sentencia 14043/02, M.P. Gómez Gallego) en el que estableció el falso

---

<sup>164</sup> Gascón Abellán, (1999: 115).

<sup>165</sup> En otras sentencias de Casación Penal sobre este control del razonamiento como una modalidad de falso juicio de identidad de la prueba: sentencias 9297 del 9 de abril de 1997 (M.P. Páez Velandia), o la 9712 del 10 de diciembre de 1997 (M.P. Páez Velandia). En esta jurisprudencia se considera que bajo la libertad de valoración el razonamiento del juez no se puede alejar de la sana crítica, de la lógica y de las reglas de la experiencia.

<sup>166</sup> El CPP de 2004 (art. 181) trae como novedad la procedencia de la casación el «manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba»; las anteriores codificaciones no regulaban control alguno a la apreciación o el mérito de la prueba.

raciocinio interfiriendo en la inferencia a partir de la experiencia del juzgador sobre el valor del dictamen médico-legal en cuanto a la causa de la muerte de la neonata víctima del homicidio en cuestión.

Debe observarse que este cambio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, consistente en controlar las inferencias del juez de instancia con base en la sana crítica, tiene conexión con la tendencia del control de la decisión en las providencias judiciales mediante el recurso de amparo en la CCC<sup>167</sup>. Aunque de manera menos sistemática también ha existido control de la inferencia probatoria en Casación Civil, en especial cuando se trata del indicio. No obstante, hay que reconocer que el amparo constitucional no es el mecanismo ideal para controlar la valoración probatoria ya que tiende a desnaturalizar la finalidad cautelar de este recurso.

Ciertamente, en la CCC, por vía del amparo constitucional contra providencias judiciales, desde principios de los noventa, existe la tendencia a controlar la valoración probatoria, en gran medida por las mismas razones de la casación, aunque con diversos mecanismos y fines. Así, se tiene como infracción constitucional que el juez dé por establecidos los hechos sin la prueba que los apoye<sup>168</sup>; o la omisión de valoración de prueba determinante para la decisión<sup>169</sup>. Asimismo, la Corte (sentencia T-237/95) establece como regla que el juzgador

---

<sup>167</sup> La CCC, por ejemplo, en la sentencia T-442/94 establece como regla en su *ratio iuris*: «si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica» (arts. 187 CPC. y 61 CPL), «dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables».

<sup>168</sup> Este motivo para el amparo constitucional, relacionado con la necesidad de la prueba, lo contempla por primera vez la sentencia T-576/93 (M.P. Arango Mejía) en la que ampara al poseedor que es lanzado en un procedimiento administrativo-policivo sin que el querellante haya aportado el título de propiedad que funde suficientemente su petición. También la sentencia C-231/94 (M.P. Cifuentes Muñoz) tutela el derecho de quien es condenado en proceso civil a pagar perjuicios sin la prueba del monto de los mismos; del mismo modo, esta es la primera sentencia que trata de sistematizar los motivos mediante los cuales es posible el amparo constitucional contra providencias judiciales. De igual forma, la T-450/01 trata de un amparo contra un proceso de familia por regulación de la cuota alimentaria en el que el juez, aunque autorizado legalmente para un fallo *ultra petita*, condenó por más sin que existiera prueba de la mayor capacidad económica.

<sup>169</sup> La primera sentencia de acción de tutela de la CCC que hace referencia a la omisión de valoración es la T-442/94 (M.P. Barrera Carbonell) la misma ampara un proceso de familia sobre la patria potestad de un menor, en el que el juzgador omite valorar en la sentencia el dictamen pericial psiquiátrico sobre el menor. La T-329/96 trata de la situación en la que un juez omite valorar los registros civiles que demuestran la capacidad para ser parte demandante, pero de forma contraevidente el juez emite sentencia inhibitoria. Por su lado, la sentencia SU-477/97 ampara en razón a la omisión del juez contencioso administrativo de valorar prueba documental determinante en la decisión.

debe actuar como un *hombre razonable* «en la comparación entre los hechos que señala la prueba y la determinación que se tome», evitar tergiversar el contenido de la prueba o de manera contraria a lo expresado por estos<sup>170</sup>. Por su lado, la sentencia T-466/12 ampara constitucionalmente la inferencia probatoria que hace un juez penal, cuestionando las máximas de experiencia que aplicó al valorar el testimonio de la víctima; forma de control similar al «juicio de raciocinio» de la casación.

Con estas reglas jurisprudenciales vinculantes sobre la valoración de la prueba, en la actualidad existe la tendencia a la revisión de las decisiones judiciales en cuanto a las inferencias basadas en las reglas de la sana crítica. Con lo cual, se intenta romper con la tradición según la cual en los sistemas de libre valoración el juez tiene soberanía reglada, por lo que «no es admisible rediscutir en casación los juicios de valor de las instancias que lleven imbricados mínimos elementos de la critología»<sup>171</sup>. En contraste, la CCC (T-492/95) habla de «autonomía funcional» del juez en «la valoración del caso en sus elementos fácticos y jurídicos, a la luz de la normatividad aplicable», mientras no se evidencie una «flagrante transgresión del ordenamiento». Más adelante se vuelve sobre tales concepciones en la decisión judicial del juez.

En cuanto al principio de la necesidad de la prueba<sup>172</sup> y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos<sup>173</sup> hay que tener presente que la idea según

---

<sup>170</sup> La sentencia T-237/95 trata de un proceso disciplinario universitario, en el que la CCC al tutelar considera que la decisión sancionatoria es irrazonable ya que del cúmulo de pruebas deduce «todo lo contrario de lo que indican». Esta es una situación de tergiversación del contenido de la prueba.

<sup>171</sup> Precisamente, la sentencia 9481/96 (M.P. Gómez Gallego) de la Sala de Casación de la CSJ, explica cómo la concepción de la decisión del juez como *soberanía reglada* ha venido variando a partir de la sentencia de casación el 13 de febrero de 1995 (M.P. Mejía Escobar) en la que se comienza a controlar el razonamiento del juez con base en las máximas de experiencia.

<sup>172</sup> En términos de Gascón Abellán (1999: 115), «para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico, es necesaria la prueba del mismo».

<sup>173</sup> Florián (1995: 397-398) aduce que el origen del principio de la necesidad de la prueba es el antiguo brocardo «*judex secundum allegata e probata a partibus judicare debet; quod non est in actis, non est in hoc mundo*». Brocardo este que Picó (2007: 83) ha demostrado fue objeto de errónea formulación por una parte de la doctrina procesal, ya que se le adicionó la expresión *a partibus* (o a veces «*partium*») y se le suprimió el enunciado «*secundum conscientiam*», y la versión original correcta es «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*». Se anota que la versión del brocardo de Florián (también recogido por Devis Echandía, 1981, Vol. 1: 115-116) adolece de tales errores, pero trae la expresión «*quod non est in actis, non est in hoc mundo*» que resaltamos aquí porque pone el acento en que el hecho es inexistente si no está probado en el proceso. Finalmente, la formulación que nos trae Picó es importante porque destaca que el juez debe basarse en la prueba y no en su conocimiento privado («*secundum (...) probata, non secundum conscientiam*»).

la cual los conocimientos o las decisiones de carácter racional se basan en la prueba empírica no es solo un aspecto epistemológico que sirve de base a la prueba misma, sino que también es un aspecto del contenido mismo del derecho a probar. La necesidad de la prueba significa que la decisión judicial debe estar basada en los medios de prueba producidos en el proceso. Tal como lo pone de presente Devis Echandía (1981, Vol. 1: 115), «desde las primeras obras sobre pruebas judiciales hasta las más recientes, se viene insistiendo en la forma unánime sobre este principio y sobre la necesidad de rodear la prueba de ciertas formalidades procesales».

El régimen constitucional de 1886, a juzgar por los efectos prácticos de lo que implicaba que un contenido fuera deber legal o derecho subjetivo, era viable pensar como Devis Echandía (1981, Vol. 1: 39-40) que en el principio de la necesidad de la prueba solo existe una obligación legal y que no opera porque se trate de un derecho de las partes. Bajo la doctrina constitucional actual al tratarse de un derecho subjetivo fundamental se tienen mecanismos constitucionales que lo protegen frente a muchas circunstancias que no logran cubrir las consecuencias propias del incumplimiento de deberes legales (sanciones penales, disciplinarias o administrativas, la indemnización por responsabilidad civil y demás). En este pensamiento de Devis Echandía existe una concepción de los derechos subjetivos como correlación derecho-deber, y ya hemos visto que el concepto de derecho subjetivo del que se parte en este texto es de carácter público-constitucional en el que el derecho existe independientemente de su correlación con algún deber inverso.

De otra parte, la unidad de prueba (CGP, art. 176; CPP, art. 380) significa que en el momento de la valoración de todos los medios y datos de prueba conforman un acervo probatorio o conjunto indivisible. Esto implica la imposibilidad de escindir las pruebas según los intereses de las partes. El juez no puede dividir la prueba, ni dejar de apreciar determinadas pruebas, sino que tiene que valorarlas todas en su conjunto. Este principio también hace parte del derecho a la prueba, ya que si el juez omite la evaluación de una prueba equivale a fingir que esa prueba nunca existió y que no surtió el trámite de solicitud, decreto y práctica. La unidad es consecuencia del principio de la comunidad ya que si la prueba es patrimonio del proceso, el juez adquiere la obligación de valorarla junto con las demás. Dicho principio también se constituye en un criterio analítico de racionalidad que prescribe la utilización de todos los datos probatorios disponibles para tomar la decisión sobre los hechos.

Es de anotar que en la práctica judicial resulta más fácil cumplir con el principio de la unidad de la prueba, la mayoría de las veces se olvida que la racionalidad también implica realizar razonamientos de confirmación o refutación de las hipótesis fácticas en los que las generalizaciones del conocimiento humano juegan un papel protagónico. Uno de los problemas que enfrenta la valoración de la prueba es que en la determinación de la incidencia de la prueba en la decisión resulta necesario acudir a las generalizaciones del conocimiento humano por parte del juez; no obstante, como se estudia en otro apartado, el asunto de reducir la valoración probatoria a los razonamientos a partir las dichas generalizaciones se corre el riesgo de incurrir en la íntima convicción y, por ende, al arbitrio judicial en la decisión judicial. Por ello, epistemológicamente es necesario que el juez de la sentencia haya experimentado de forma adecuada la práctica probatoria y tenga los mecanismos apropiados para obtener los signos de fiabilidad o desconfianza en las pruebas.

Finalmente, la motivación de la decisión sobre las pruebas se constituye, según Picó (1996: 29) en garantía de eficacia del derecho a la prueba. Significa esto que los jueces tienen el deber de revelar a las partes y al público en general la justificación sobre la aceptación o el rechazo de la hipótesis fáctica con fundamento en la prueba; para ello, debe señalar las máximas de experiencias o los criterios de la sana crítica que usó para darle o restarle valor a las pruebas.

#### ***1.3.3.10. Posibilidad de revisión de la decisión sobre si está probada una hipótesis fáctica.***

En términos de Gascón Abellán (1999: 115), «si a la vista de nuevos datos pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de una hipótesis debe hacerse». En este caso se alude a la posibilidad de la revisión de las decisiones judiciales que constituyen cosa juzgada en diversas situaciones como la prueba nueva, fraude, prueba falsa o la negligencia de los representantes judiciales. Sin duda, los mecanismos más sobresalientes son las acciones como la de revisión o el amparo constitucional, y los recursos ordinarios y los extraordinarios. Mecanismos estos que buscan la efectividad del derecho a la prueba, pero que implican muchos retos en su operatividad en los sistemas y las técnicas procesales. En efecto, como se estudia en otro apartado, la apelación tiene entre sus retos cómo compaginar con la inmediación procesal, también los límites y condiciones de la prueba en segunda

instancia. La casación debe diferenciarse adecuadamente del amparo constitucional a fin de evitar la indefinición de los litigios.

La revisión de la decisión judicial en cuanto a la prueba que la sustenta se justifica en la medida en que ésta es un componente que se encuentra fuera del alcance del juez; las fuentes del conocimiento sobre los hechos son las personas o las cosas conectadas con éstas que el juez no tiene el deber de conocer. Distinto es el caso del derecho, ya que el juez es operador del mismo para el proceso, y es su deber conocerlo y aplicarlo al caso. Por ello, las posibilidad de revisar las decisiones en cuanto a la prueba deben ser lo más amplias posible. Estos mecanismos de revisión deben entenderse también en consonancia con los mecanismos de aseguramiento de la prueba, incluyendo las facultades *ex officio* del juez, en la medida en que todos redundan en proteger la completitud del conocimiento que conforma el acervo que funda la decisión del juez.

Entró en el juzgado una mujer asida fuertemente de un hombre (...) la cual venía dando grandes voces, diciendo: – ¡Justicia (...) este mal hombre me ha cogido en la mitad de ese campo, y se ha aprovechado de mi cuerpo (...) y [Sancho Panza] volviéndose al hombre, le dijo que qué decía (...) el cual respondió: (...) volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos juntos; paguéle lo suficiente, y ella, mal contenta (...) miente (...) el gobernador le preguntó si traía consigo algún dinero; él dijo que hasta veinte ducados (...) mandó que la sacase [bolsa de dinero] y se la entregó (...) a la querellante (...) tomola la mujer, y (...) salió del juzgado (...) Sancho dijo al ganadero (...) id tras aquella mujer, y quitadle la bolsa (...) y de allí a poco volvieron el hombre y la mujer (...), y el hombre pugnando por quitársela; más no era posible, la mujer la defendía, la cual daba voces, diciendo: (...) antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa (...). Entonces el gobernador dijo a la mujer: – Mostrad (...) esa bolsa (...) y el gobernador se la volvió al hombre, y dijo: –Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrarades (...) para defender vuestro cuerpo (...)<sup>174</sup>.

## Capítulo 2

### Configuración del derecho a la prueba en el CGP

El término configuración del derecho a la prueba se refiere a la actuación positiva del legislador que busca hacerlo funcional, posibilitar su realización, trazar los procedimientos y las condiciones necesarias para su ejercicio<sup>175</sup>. Así, la configuración implica que el ordenamiento jurídico le brinda al derecho a la prueba una forma que permite diferenciarlo de otras figuras, pero al mismo tiempo se constituye en la vía para hacerlo realidad. Precisamente, una de las modalidades históricas de justicia es la salomónica, de la cual, se quiere resaltar una de sus características que describe la configuración probatoria del CGP: el *indicio artificial* o *provocado*<sup>176</sup>. Como veremos en este estudio del sistema probatorio del CGP, el legislador ha creado una modalidad de juez que aplica justicia a la manera *salomónica* que permite resolver litigios mediante la técnica de crear una *prueba* (o *pruebas*) en su *despacho*, como prueba que ilumina la certidumbre.

---

<sup>174</sup> Miguel de Cervantes S., 1605 (1998: parte segunda, cap. xlv)

<sup>175</sup> Sobre el concepto de configuración de un derecho fundamental, véase Bernal (2003: 682) y Alexy (1993: 322-323).

<sup>176</sup> Sobre el *indicio artificial* como técnica de justicia salomónica, véase Uribe Prada (1991: 236-238). En términos de Muñoz Sabaté (2012: 168): «La producción del indicio puede ser provocada por el propio operador jurídico a modo de reactivo administrado sobre un sujeto, generalmente la parte, tal como sucede en el bíblico juicio de Salomón y las dos madres (...)

Estamos ubicados en el campo de la adjudicación del derecho, en el cual se trata básicamente de que el juez aplique una regla jurídica individual con la que se resuelve el conflicto<sup>177</sup>. Una regla individual que, en su producción, requiere de una decisión sobre los hechos presupuesto del derecho en conflicto. A su vez, en la conformación y decisión de este presupuesto fáctico interviene la categoría constitucional del derecho a la prueba, en la que confluyen diversos tipos de normas: de validez, de eficacia probatoria y de efectividad (eficacia normativa). Estas clases de normas convergen en el CGP en la configuración del derecho a la prueba:

Las reglas de validez están constituidas por la normatividad probatoria (las reglas de petición, admisión y práctica), como las demás procesales (las que establecen el sistema procesal –dispositivo, acusatorio, inquisitivo, publicista–, o las técnico-procesales –oralidad, escritura, concentración, intermediación–) sobre las circunstancias de sujetos, tiempo, modo y lugar del acto procesal probatorio. También son normas de validez, las constitucionales que regulan los derechos fundamentales sustantivos que deben respetarse en el aseguramiento de la prueba.

Las reglas de eficacia probatoria son una modalidad de normas de decisión. Estas últimas dan criterios para enjuiciar los actos procesales o la valoración probatoria. Las de decisión sobre los actos procesales contienen criterios para establecer, de un lado, las consecuencias –como la inadmisión, el rechazo, la nulidad o la exclusión– a las infracciones de las normas de validez; y del otro, las que enjuician la conexión entre la invalidez y la consecuencia –como el saneamiento, la subsanación, la convalidación o la proporcionalidad–. Las reglas de la eficacia probatoria se refieren tanto a los criterios de valoración probatoria, como a las normas sobre la suficiencia probatoria, e incluso al grado probatorio sobre los hechos que pudieran verse involucrados en los presupuestos (aparición del buen derecho y el peligro de la mora) para la aplicación de una medida cautelar.

Finalmente, las reglas de efectividad son el centro de atención de este estudio sobre la configuración normativa de un derecho constitucional, dado que se enfocan en los

---

<sup>177</sup> Explica Guastini (1999: 125), que los sistemas normativos modernos se caracterizan porque regulan su propia creación y aplicación; para estos efectos se habla de normas *primarias*, y tienen la función de regular la conducta, y de normas *secundarias*, que reglan la creación y la aplicación del propio derecho por los órganos del Estado (legislativos, judiciales y ejecutivos).



mecanismos de tutela del mismo. En este análisis confluyen normas procesales, sustantivas y de decisión; lo mismo que diversos mecanismos, como los judiciales (los recursos), los administrativos (derecho de petición o el *habeas data*) e incluso de derecho privado (preconstitución probatoria); estos mecanismos pueden ser coercitivos, como los deberes, las cargas procesales y las presunciones, o puede tratarse de actos coactivos (conducción forzada, entrada al domicilio). Asimismo, la efectividad la componen las normatividades establecidas por instituciones que prestan los servicios públicos de asistencia jurídica y de pruebas periciales<sup>178</sup>.

Precisamente, entre los contenidos que tiene el derecho constitucional a la prueba (véase apartado 1.3.3.), y que se desarrollan en el presente capítulo, existen unos referidos a la validez probatoria, como la legalidad y la licitud probatoria; otros a la efectividad como el aseguramiento; y algunos a la eficacia probatoria, como la admisión de la prueba relevante, o la valoración racional. Desde luego, estas clasificaciones no siempre son concluyentes porque contenidos como la presentación, la admisión y la práctica a la vez que son condiciones de validez probatoria, tienen componentes de eficacia probatoria (epistémicos) como la comunidad (el juez), la relevancia (juicio de idoneidad), el testigo (en su entendido genérico), la publicidad, la contradicción y la revisión (virtudes de completitud y honestidad).

En el paradigma de Estado constitucional, basado en los derechos fundamentales, existen *garantías explícitas e implícitas* (Ferrajoli, 2011, Vol. I: 654); las explícitas, también denominadas *fuertes* están expresamente contempladas en el orden jurídico, y las implícitas, nominadas *débiles*, se desprenden de la obligación que nace para las autoridades públicas a partir de los derechos fundamentales, tanto en el positivo de hacerlos cumplir por medio de la normatividad y las instituciones, como en el negativo de evitar su obstrucción, negación o excepción. Explica el autor que bajo el paradigma del Estado constitucional los derechos fundamentales tienen existencia independientemente de la presencia de la sanción (garantía); así, el derecho existe aunque la garantía no esté expresa<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Según la CCC (sentencia T-006/92, fundamento 17): «El principio de efectividad de los derechos y garantías es consustancial al concepto mismo de estado social de derecho que se propone como misión de estado y justificación de la autoridad pública convertir los derechos formales en derechos reales».

<sup>179</sup> De esta relación entre el derecho fundamental y su garantía puede decirse: un derecho fundamental significa tener expectativas positivas o negativas, a su vez, éstas se constituyen por obligaciones o prohibiciones; las garantías, por su parte, se componen de obligaciones y prohibiciones; por tanto, la existencia de derechos

La razón de esto radica en que los derechos fundamentales, por definición, generan obligaciones; de esta manera, el incumplimiento del Estado de su obligación de garantizar los derechos fundamentales se erige en un ilícito; así, la ausencia de sanción implica que se está ante una auténtica laguna jurídica que debe ser subsanada por las autoridades públicas, el legislador, los jueces o los administradores públicos<sup>180</sup>. En otras palabras, los derechos fundamentales, en virtud de tal condición, generan *obligaciones de obligar*; esto es, la garantía débil consiste en obligar a las autoridades públicas a que establezcan garantías fuertes (Ferrajoli: 2011, Vol. I: 659).

De otra parte, con respecto a las garantías fuertes, este estudio asume la distinción que hace Ferrajoli (2011, Vol. I: 27, 654, 683) entre garantías primarias y secundarias: las *primarias* son las que establecen las prohibiciones de lesión y las obligaciones de prestación; y las *secundarias* se refieren a la justiciabilidad de las violaciones de los derechos. Según el autor (2011: 631), las primarias también se denominan de *primer grado o sustanciales*; las secundarias se designan de *segundo grado, procesales o jurisdiccionales*. Ahora bien, si las autoridades incumplen con la garantía débil se habla entonces de una *inefectividad estructural* del derecho. Si las autoridades administrativas o judiciales no cumplen con las garantías establecidas por el legislador (garantía fuerte) existe inefectividad por desobediencia. A su vez, las garantías judiciales (secundarias) son de control con respecto a las administrativas (primarias) en caso de su inefectividad; se advierte que las funciones de una y otra no deben confundirse ante el riesgo de que el control judicial también se torne en vano (Ferrajoli: 2011, Vol. I: 772).

Con este punto de partida, en el presente capítulo se analizan cuáles normas o instituciones del CGP favorecen la máxima virtualidad y eficacia del derecho a la prueba, y cuáles van en contravía de tal fin. No obstante, se precisa, lo que favorece u obstruye es un asunto que se aprecia mejor en cada caso en particular, porque en abstracto solo se advierten tendencias.

---

fundamentales implica la existencia de obligaciones y prohibiciones que constituyen sus garantías (Ferrajoli, 2011: 33).

<sup>180</sup> Ferrajoli (2011: 22) rechaza la teoría en la que se pregona la confusión del derecho con la garantía; de esta manera crítica la teoría positivista de Kelsen según la cual el derecho existe si el orden jurídico le asigna una sanción ante su incumplimiento; sin esta condición el derecho es como si no existiera. En consecuencia, también el autor (2011: 22) rebate la idea de Kelsen según la cual no hay obligación sin sanción; por eso solo puede hablarse de que un acto es ilícito o prohibido si el orden jurídico le asigna alguna sanción.

Por ejemplo, en principio el aseguramiento de la prueba busca la efectividad del derecho a probar, pero a veces, como en el caso de las pruebas extraprocesales, tiene fines más *eficientistas*<sup>181</sup> que *garantistas*<sup>182</sup>. Asimismo, por lo general, las reglas límite del derecho a probar se encuentran en normas de decisión como las de nulidad, inadmisión, rechazo o exclusión, pero en ocasiones existen justificaciones epistemológicas para la exclusión probatoria (Ferrer Beltrán, 2007: 73); la ineffectividad del derecho a la prueba constituye una obstrucción al mismo derecho en situaciones de inestabilidad legislativa o ante la ausencia institucional para la producción de la prueba pericial.

A continuación, en un primer apartado, se analizan los mecanismos de efectividad del derecho a la prueba, en especial los deberes, las cargas y el aseguramiento probatorio; en el segundo, se aborda la actividad probatoria en el CGP, teniendo presente sobre todo los condicionamientos de los medios de prueba para conformar el conocimiento base de la decisión del juez; en el tercero, se abordan los recursos que buscan la efectividad del derecho a la prueba.

Dado que el hilo conductor del presente estudio es el entendimiento del derecho a la prueba como garantía de las personas en el campo de la justicia estatal, esto implica que la normatividad e instituciones del CGP y las relacionadas con él, cumplan con los valores constitucionales que informan el derecho a la prueba (véase apartado 1.2.) consistentes en que, por un lado, el conocimiento base de la decisión judicial sobre los hechos sea racional, experiencial, tendencialmente verdadero; del otro, que la producción de tal conocimiento se realice en un procedimiento *cuasi holístico*, tendencialmente con oralidad, intermediación,

---

<sup>181</sup> La eficiencia de un sistema judicial significa, en términos de Taruffo (2008b: 3), que su «funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero también cuando se orienta estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes».

Ahora bien, el término *eficientismo*, con su sufijo *ismo*, se usa con un sentido peyorativo para señalar que la regulación legal de la eficiencia en un caso concreto (como en el CGP) tiende a caracterizarse más por funciones de gobierno que propiamente de jurisdicción; las de gobierno funcionan con criterios políticos o económicos, y las de la jurisdicción funcionan con criterios de corrección y el fundamento de las constataciones. Sobre las diferencias entre funciones de gobierno y las de la jurisdicción, véase Ferrajoli (2011, Vol. I: 824-825).

<sup>182</sup> Explica Picó i Junoy (1996: 158) que el carácter objetivo del derecho a la prueba comporta dos efectos: de un lado, debe efectuarse, siempre y en todo caso, una interpretación del mismo lo más amplia posible, con objeto darle la *máxima virtualidad y eficacia*; y del otro, la imposibilidad del legislador ordinario de desconocerlo y la exigencia de que su regulación se realice mediante ley orgánica (en el caso colombiano, ley estatutaria). También implica que las restricciones al derecho a la prueba sean las mínimas posibles y, pone como ejemplo que el período ordinario probatorio se adelante en lo posible, para evitar recurrir a las pruebas anticipadas o extraprocesales.

concentración y por un juez imparcial e independiente, en el que se respete la libertad, la igualdad de condiciones para las partes y otros valores ético-políticos relacionados con la dignidad humana; finalmente, que la decisión sobre los hechos tenga la debida justificación, motivada, basada en las pruebas, y que la determinación de fiabilidad probatoria con preferencia se apoye en las generalizaciones del conocimiento humano.

### **2.1. Mecanismos de efectividad del derecho a la prueba**

Si se parte de los valores del conocimiento, la libertad y la igualdad puede decirse que *los mecanismos de efectividad del derecho a la prueba* están constituidos por diversos dispositivos judiciales, administrativos o privados, tanto del ámbito procesal como del extraprocesal, algunos de ellos coercitivos, que se realizan, por lo general, con el fin de proteger el conocimiento con fines judiciales o la prueba ante fenómenos como el paso del tiempo (*periculum in mora*), la conducta negligente o dolosa de las partes actuales o potenciales o de terceros, preservar su integridad, o ante la imposibilidad o las dificultades de producción de la prueba.

Un concepto estipulativo con el que se trata de abarcar dispositivos como los deberes, las cargas, las facilidades de prueba y el aseguramiento probatorio para comprender todo tipo de regla que contenga órdenes o sanciones, respaldadas bien por la autoridad administrativa o judicial, o del orden privado (con fines disciplinarios o de protección de datos), o que contengan medidas con algún nivel aflictivo o coactivo; bien que se aplique sobre las fuentes de prueba (campo extraprocesal) o sobre los medios de prueba (en el proceso judicial) o que tenga alguna incidencia en el conocimiento judicial para la toma de decisiones.

Este trabajo plantea (véase apartado 1.3.2.) que la categoría derecho subjetivo entendida como voluntad o interés resulta insuficiente para el estudio de un derecho constitucional como el de la prueba, y es preferible caracterizarlo como *derecho público subjetivo* entendido como valor importante de protección en el orden jurídico. También hace referencia a que la posibilidad de utilizar la categoría *situación jurídica* en un sentido amplio (no en el restringido de carga procesal), donde en el análisis del derecho a la prueba confluyan sus componentes de derecho subjetivo (expectativas), y los relacionados con su efectividad como los deberes, las cargas procesales o actos sancionatorios. En efecto, el derecho a la prueba implica expectativas de prestación o prohibiciones de lesión; y correlativamente, el orden

jurídico tiene la obligación de establecer garantías sustanciales (o primarias) y garantías procesales (secundarias o de justiciabilidad).

En un derecho procesal, como el derecho a probar, las garantías sustanciales son, por ejemplo, las prohibiciones penales o disciplinarias, con sus respectivos efectos, las sanciones; también concurren garantías de justiciabilidad como la anulabilidad de los actos y las cautelas. Las garantías buscan que el derecho constitucional no se convierta en un *flatus vocis* y, por ende, carente de efectividad vinculante (Ferrajoli, 2011, Vol. I: 33). Se precisa que muchos de los mecanismos estudiados no han sido creados por el legislador concretamente en garantía del derecho a probar; pero, por la manera en que funcionan es posible interpretar el sentido que tienen de hacer efectivo este derecho. Por ejemplo, el deber que tiene el Estado de estructurar un sistema de asistencia pública para las personas que no tienen capacidad económica es un asunto que incide en general para el acceso a la justicia, pero con importantes efectos en la prueba judicial; de la misma forma, algunas cargas procesales no se relacionan directamente con la prueba, pero sí con la afirmación de los hechos, aunque resultan urgiendo a las partes para que aporten su conocimiento de los hechos objeto de la prueba. La temática se desarrolla en dos apartados, en el primero, se estudian los deberes y las facilidades probatorias; entre ellos, la obligación del Estado de estructurar la asistencia gratuita de abogado y de peritos, los mecanismos de protección de testigos y las cargas procesales. En el segundo, se abordan las medidas de aseguramiento probatorio, entre ellas, las coactivas, la prueba anticipada, la prueba preconstituida y la cadena de custodia.

### **2.1.1. Los deberes, las cargas y las facilidades probatorias**

El derecho constitucional a la prueba significa que los sujetos destinatarios frente al juez y el Estado tienen expectativas que consisten en prestaciones o prohibiciones; pero la efectividad de éstas depende de su acatamiento u obediencia por la normatividad subordinada y sus instituciones. En caso de violación o desobediencia el orden jurídico debe contar con las garantías primarias y secundarias para su efectividad. Precisamente, los deberes y las cargas procesales son dos tipos de mecanismos con efectos coercitivos que puede utilizar el legislador para darle realidad a las expectativas del derecho a la prueba. Por un lado, los deberes tienen dos modalidades: las obligaciones y las prohibiciones. Las obligaciones se encuentran en conexión con la efectividad del derecho a la prueba, son de dos tipos: las de

prestación del Estado del servicio de asistencia jurídica, de peritos y protección de testigos y las órdenes o mandatos que se requieran del juez para obtener y producir las pruebas.

Por su parte, las prohibiciones comprenden ilícitos penales, disciplinarios, incluyendo el abuso procesal; y, en general, el deber del juez de no obstruir el acceso a la prueba con requisitos innecesarios o excesivos<sup>183</sup>. Los mecanismos coercitivos son necesarios para la efectividad del derecho a la prueba, porque sin ellos éste sería ilusorio e insulso; la misma CP (art. 95) le da fundamento a estos mecanismos, pues el ejercicio de los derechos en ella reconocidos implica responsabilidades; y, por ello, son la base de contenidos como la comunidad de la prueba, la lealtad, la veracidad y la probidad.

Por otro lado, las *facilidades probatorias*, entre los que se encuentran las cargas procesales, se asemejan a los deberes en cuanto que contienen una obligación para el juez de decidir en un determinado sentido; además, tienen un componente coercitivo a la manera de consecuencia ante una conducta observada por la parte destinataria; pero se diferencian respecto a la modalidad de conducta y el tipo de consecuencia para la parte. La conducta relacionada con el deber es un imperativo del interés general que opera en los ámbitos material y procesal, y tiene como destinatario cualquier persona; esto es, el juez, las partes, terceros u órganos de prueba, según las circunstancias. La conducta de las facilidades probatorias solo se dirige a las partes y es un imperativo del propio interés, ya que se constituye en condición o requisito para el ejercicio de los derechos procesales de las partes, como el acceso a la justicia, o el derecho a la prueba y al mismo tiempo le pone contenidos a las decisiones del juez en el proceso. En cuanto a las consecuencias, en el caso de los deberes se trata de sanciones punitivas (prisión o arresto), o multas, conducción forzada o

---

<sup>183</sup> Cabe observar que el término *deber* se usa con frecuencia en un sentido amplio para arrojar obligaciones y prohibiciones; por su parte, la expresión *obligación* también se toma en sentido lato para significar el correlato de la expectativa del derecho subjetivo, los imperativos del interés general seguidos de sanciones y las cargas. Por ejemplo, es usual encontrar el término deber probatorio u obligación probatoria para referirse a la carga procesal, también para significar una obligación o prohibición seguida de una sanción. En el presente estudio prefiere usarse *obligación* para referirse a la correlativa o vinculada al derecho subjetivo, tal cual ocurre en el derecho contractual, sin olvidar que también el orden jurídico le asigna obligaciones a los derechos subjetivos públicos. El término *deber* se usa –Couture (2002: 172) «como aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés de los litigantes, como el interés de la comunidad». Y se utiliza *carga procesal* –Couture (2002: 173)– «como una situación jurídica instituida por la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización, facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él».

expulsión del lugar; en las, facilidades, puede tratarse de la pérdida de oportunidad, desfavorecimientos, la ineficacia o la invalidez del acto procesal.

El jurista brasileño Guimarães Ribeiro (1998: 129-130) explica que el principio de la lealtad procesal tiene un carácter de deber y de carga procesal. Las partes tienen el deber de la lealtad cuando las conductas de las partes frente a la veracidad, la buena fe, tienen consecuencias punitivas o disciplinarias de tipo sancionatorio. Se le concede el carácter de carga procesal cuando las partes en el ejercicio de sus derechos procesales no se acomodan a los condicionamientos de la actividad y le implica desfavorecimiento. La diferencia entre el deber y la carga se encuentra en el primero existe coacción y en el segundo implica consecuencias jurídicas perjudiciales.

La expresión *facilidad probatoria* guarda parcial similitud con término que usa Ormazábal Sánchez (2004: 9-11) *facilitación probatoria* para las situaciones de dificultad o imposibilidad de probar, como la relación causal o la culpa de un determinado agente; en actividades que en la época contemporánea van creciendo exponencialmente, y que se les denomina como *sociedad del riesgo*; expresión ésta con la que se busca expresar:

(...) uno de los aspectos más característicos de la vida en las modernas sociedades industrializadas es el vertiginoso incremento y la omnipresencia del riesgo, entendido éste como amenaza a ciertos bienes, señaladamente la vida y la salud, provocada por el propio hombre y no por fuerzas o elementos naturales que escapan de su control. Sin exageración, se ha acuñado el término "sociedad de riesgo" para referirse a este fenómeno, fruto del imponente desarrollo tecnológico experimentado en el mundo occidental, especialmente desde el siglo pasado, y que presenta como rasgos definitorios un cambio básico del potencial de peligros, la gran complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y el aumento de las sensaciones de falta de seguridad y de orientación (Ormazábal Sánchez, 2004: 10)

Se precisa que en este estudio se usa la expresión *facilidad probatoria* o el término *favorecimientos probatorios* como locuciones suficientemente genéricas para comprender aligeramientos probatorios relacionados con las presunciones, las dificultades en razón a la exigencia de culpa o relación causal, el denominado dinamismo probatorio y las denominadas cargas procesales de la conducta de las partes (reglas de peso o de distribución del riesgo probatorio). El común denominador de estas reglas es que con base en algún criterio de justicia buscan facilitar o aliviar el acceso a la prueba a las personas que en diversas situaciones (*sociedad del riesgo*, discriminación social, situaciones de indefensión o de dificultad, etc.), razonablemente, lo requieran para hacer efectivo su derecho a probar.

Ahora bien, los deberes, las cargas procesales y en general las facilidades probatorias tienen efectos en muchos aspectos, pero ahora interesa el examen de los que tienen incidencia

en la prueba o en el conocimiento para el proceso judicial. Ante todo debe aclararse que los deberes y las facilidades probatorias no son prueba judicial en los sentidos de medio, actividad y resultado (véase apartado 1.1.1.), pero sus sanciones o desfavorecimientos pueden contribuir a proteger la integridad de la prueba, a posibilitar el acceso e incidir en la decisión del juez sobre el conocimiento de los hechos. El asunto radica en dilucidar, críticamente, si estos efectos redundan en mejorar la protección de los valores del conocimiento y la justicia. En suma, los deberes y las facilidades podrían justificar la aflicción que implican para derechos fundamentales como el de autonomía de la voluntad, si son jurídicamente configurados en garantía del derecho a la prueba y el acceso del conocimiento.

De conformidad con lo planteado en el CGP y otras normas o instituciones pertinentes, a continuación se examinan las garantías de efectividad del derecho a la prueba que se desprenden de los deberes y las facilidades. Se estudian las obligaciones del Estado al acceso gratuito a la justicia, incluyendo en este concepto, la protección de los órganos de prueba; luego se estudian las facilidades probatorias. Cabe precisar que el acceso gratuito a la justicia es una obligación del Estado que se constituye en la base misma de la legitimidad de la justicia; el asunto de las facilidades probatorias se sitúa en la mecánica de las cargas procesales (de peso o distribución probatoria), reglas especiales de distribución probatoria y las presunciones en sentido estricto.

#### ***2.1.1.1. El derecho al acceso gratuito a la justicia y la protección física de los testigos.***

En este estudio (apartado 1.2.10.) se plantea que el derecho a la prueba comprende la obligación positiva del Estado de proveer los mecanismos suficientes de infraestructura económica e institucional para que cualquier persona pueda acceder a la prueba en igualdad de condiciones. Al respecto, la CP (art. 229) prescribe: «se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia»; asimismo, la Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia (art. 6) establece: «la administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado (...)». Desde el punto de vista teórico, el derecho al acceso gratuito a la justicia de las personas es consecuencia de la obligación que asume el Estado con el pacto social que sustenta el monopolio de la justicia por éste y el correspondiente deber de los individuos a renunciar a la justicia por mano propia.



Por su lado, el profesor español Gómez Colomer (2011: Vol. I: 270-271) se refiere al derecho al acceso gratuito a la justicia en España en los siguientes términos:

El beneficio de justicia gratuita es un derecho público subjetivo, de naturaleza estrictamente procesal por su finalidad y estructura y rango constitucional, en virtud del cual la parte procesal, actual o futura, que acredite insuficiencia de recursos para ejercer su derecho de acción u oponer su resistencia, que en su caso litigue por derechos propios, y que, bajo determinadas condiciones y su función de su posición procesal tenga posibilidad de éxito en el proceso (...).

En el plano de la dogmática, desde la legislación española se habla del *derecho a la asistencia jurídica gratuita* (Ley 1 de 1996, de Asistencia Jurídica Gratuita), como explica Gómez Colomer (2011: Vol.: 273-276), comprende las siguientes garantías para los justiciables: 1) la garantía de la asistencia extrajudicial gratuita, con la que se busca asesorar al futuro litigante en cuanto a las posibilidades jurídicas de éxito del litigio, la selección y búsqueda de las pruebas pertinentes y el tanteo de una solución amigable; 2) asistencia gratuita al detenido o preso para cualquier diligencia policial o judicial; 3) abogado de oficio, tanto si es necesario en el proceso como si no, siempre que con ello en este último caso se trate de garantizar el principio de igualdad procesal; 4) nombramiento de procurador de oficio<sup>184</sup>; 5) asistencia pericial gratuita por personal técnico adscrito a los órganos judiciales o dependientes de las administraciones públicas, peritos privados designados; 6) la obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales; 7) otros beneficios como la inserción gratuita de anuncios o edictos que han de publicarse durante el proceso, así como la exención de pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos, la reducción de aranceles.

Gómez Colomer (2011, Vol. I: 268-272) también sostiene que esta legislación sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita tiene la virtud de unificar su regulación y también de darle un carácter de procedimiento administrativo para efectos de acceder al mismo; de esta manera, existe una desjudicialización para el ejercicio de este derecho. El cual tiene tres requisitos de fondo: las circunstancias económicas del solicitante, que se trate de derechos propios y la sostenibilidad de la pretensión. También es característico del sistema español

---

<sup>184</sup> Es de anotar que mientras en Colombia, como es la tendencia en el presente, la figura del abogado unifica las actividades de asesoría y representación del justiciable; en España, según Montero Aroca (2011, Vol. I: 213-215) se hace la diferencia, aunque no suficientemente clara, entre el abogado y el procurador, el primero cumple funciones como las de asesorar, realizar memoriales, y actúa en las audiencias; mientras que el procurador es quien propiamente representa judicialmente al litigante, presenta los escritos dirigidos al juez y recibe las notificaciones.

(Montero, 2011, Vol. I: 214-215) que los abogados y los procuradores se someten a un sistema de colegiatura obligatoria, cada uno de ellos por colegios separados, los cuales tienen la naturaleza de corporación de derecho público. Asimismo, estos colegios proveen la asistencia jurídica gratuita con los recursos que les suministra el Estado.

Precisa mencionar que el listado de contenidos y características del derecho al acceso gratuito de la justicia se aproxima al ideal de lo que sería un auténtico derecho constitucional, aunque cabría cuestionar la división de funciones entre el abogado y el procurador al generar un sesgo cognitivo por el hecho de que el asistente jurídico y el perito no son escogidos por el mismo justiciable, y por la división de funciones entre el abogado y el procurador. En el caso colombiano, habría que añadirle al listado español de los contenidos del derecho al acceso gratuito a la justicia, el de la protección física del testigo, la víctima y los peritos; este componente no se aprecia necesario en el contexto social español.

En Colombia, para el desarrollo del derecho constitucional al acceso la justicia en igualdad de condiciones, con asistencia gratuita a cargo del Estado, se ha creado la defensoría pública; órgano con dos tipos de funciones, susceptibles de calificarse: una, como la propia, cual es la de velar por la «promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos», y otra impropia, la de «organizar y dirigir la defensoría pública» (CP, art. 282). La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (art. 2 de la Ley 270/96 y sus reformas) prescribe que el Estado tiene a su cargo el «amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública». Al respecto, la CCC (sentencias C-037/96 y C-071/99) interpreta que este dispositivo tiene como finalidad proteger a aquellas personas que, por sus condiciones económicas, no puedan sufragar los gastos derivados de un proceso judicial.

En Colombia, a diferencia de España, no existe una organización para los abogados, sino más bien una libertad de organización para los abogados contractuales, y la Defensoría del Pueblo, para el litigante pobre. Asimismo, para la asistencia del justiciable pobre se escogió el peor de los escenarios posibles, una institución burocrática que, como ocurre con frecuencia u operar con graves deficiencias<sup>185</sup>, se trata de instituciones en alto riesgo de ser

---

<sup>185</sup> García Villegas (2017: columna de opinión) relata que está realizando un trabajo de investigación sobre los abogados en Colombia y ha encontrado que el Consejo Superior de la Judicatura, que es la entidad que registra, autoriza y controla los abogados, no da cuenta de si, dentro de la lista total de inscritos como abogados, 60.000 tienen el debido título profesional. Incluso, ni siquiera en las altas Cortes, ni en el Congreso de la República ni en otras entidades, en las que legalmente se exige el debido título profesional, se tiene la información si cumplen con el mismo. Como resultado de su investigación dice: «no haber podido encontrar los datos básicos que

cooptadas por las clientelas electorales. Sin duda, el sistema de colegios de abogados representa más ventajas porque es una organización que cumple una función pública, con recursos públicos y privados, y con vigilancia del Estado y de los mismos particulares. También se advierte que la legislación colombiana es caótica y la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de este derecho es difusa y de insuficiente incidencia en la realidad. Con respecto a la asistencia jurídica a los justiciables en Colombia puede decirse que existen las siguientes situaciones: el *derecho a un abogado*, contractualmente hablando; la asistencia de *abogado institucional*, el de la defensoría pública; y el *abogado de caridad*, el del amparo de pobreza.

La CP (art. 29) establece: «quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio»; por eso, puede decirse que el justiciable tiene el *derecho a un abogado*, o a la *defensa técnica*. No obstante, cuando la doctrina constitucional no extiende este derecho a todos los regímenes procesales, entiende la expresión *sindicado* como el sujeto pasivo del proceso penal. Este sentido del término *sindicado* difiere del dado por la doctrina constitucional al derecho a probar, que lo ha ampliado a todos los demás procedimientos (véase apartado 1.1.2). Precisamente, el CPP (art. 118) establece que la defensa estará a cargo del abogado que «designa el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública»; en consecuencia, no existe condición o restricción alguna para que el imputado o acusado en el proceso penal acceda al servicio de un abogado de la Defensoría del Pueblo; pero se trata de un *abogado institucional* porque hace parte de una organización burocrática que se lo impone.

Por su lado, en los procesos civiles se habla del *amparo de pobreza*, el cual está a cargo del Estado, y según la normatividad de la Defensoría del Pueblo (art. 21 de la Ley 24/92) requiere para su otorgamiento de los condicionamientos de la normatividad procesal civil. Al respecto, el CGP (art. 151) establece que este amparo lo concede el juez a petición de parte, siempre y cuando la persona

---

estábamos buscando es ya un dato interesante (lamentablemente interesante) que muestra dos cosas: primero, que la ausencia de información confiable es el primer indicio de debilidad de nuestras instituciones (...) Y segundo, que el hecho de negarse a entregar esa información es la expresión de una cultura institucional poco transparente».

(...) no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso.

No obstante, el CGP (arts. 48 y 154), en contravía de lo regulado por la Ley Estatutaria de la Justicia y la normatividad de la Defensoría del Pueblo, no pone a cargo del Estado el amparo de pobreza sino «un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio»; esto es, se trata de una *abogado de caridad*.

Si se compara esta regulación del CGP con la normatividad estatutaria y la de la Defensoría Pública, debe interpretarse que la opción constitucionalmente más aceptable es que, por tratarse de una prestación a cargo del Estado, el juez civil, cuando decrete el amparo de pobreza, debe ordenar a la Defensoría del Pueblo para que se le nombre un *abogado institucional*<sup>186</sup>. Por eso, la opción que contiene el CGP de forzar a los particulares para prestar este servicio debería ser inaplicada por los jueces por inconstitucional (de conformidad con la CP, art. 4) porque afecta expresamente la norma estatutaria que prescribe la obligación del mismo para el Estado.

El Estado elude su responsabilidad forzando a que un particular, por regla general de manera gratuita, sea el *abogado de caridad* del amparado. Eventualmente, el abogado de caridad recibiría compensación si el albur de las resultas del proceso es a favor de su representado; caso en el que puede cobrarle a la contraparte –excepto que también tenga amparo de pobreza (CGP, art. 154)– los honorarios que el juez le fije (CGP, art. 155); asimismo, según este código (art. 155) tiene derecho a que el amparado, en caso de obtener beneficio económico con el proceso, le pague el 20 % (si es un proceso declarativo), o el 10 % (si es otro tipo de proceso).

Ahora bien, el CGP (art. 151) excepciona el amparo de pobreza «cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso»; en consecuencia, si la parte adquirió el derecho litigioso por venta o permuta se entiende que no está facultada para solicitar el amparo de pobreza<sup>187</sup>. Quizás esta excepción pueda justificarse para desalentar la especulación con los

---

<sup>186</sup> Por ejemplo, esta es la opción de la que ha hecho uso la CSJ, Sala de Casación Civil mediante auto del 30 de noviembre de 2012, en el que ordena a la Defensoría Pública para que a la parte amparada en pobreza se le nombre un abogado.

<sup>187</sup> El Código Civil colombiano (arts. 1969-1972), establece: «se entiende litigioso un derecho (...) desde que se notifica judicialmente la demanda», y para efectos de su cesión prescribe que puede ser a título gratuito o por

derechos litigiosos; no obstante, la venta o la permuta del derecho litigioso puede ser de por sí un signo que le indique al juez la capacidad económica del litigante. El problema de este imperativo legal es que no permitiría, en principio, que el juez examine, al momento de decidir sobre el amparo de pobreza, situaciones en las que la venta o la permuta del derecho litigioso son de un beneficio irrisorio en un determinado contexto.

De otra parte, en asuntos laborales y contencioso administrativos para que una persona pueda acceder a la asistencia de un defensor público «se requiere que se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos»; asimismo, los defensores públicos tienen la calidad de representantes judiciales o apoderados y requieren de otorgamiento de poder por parte del interesado (Ley 24/92, art. 21). Por consiguiente, en este caso no se habla de amparo de pobreza, ni tampoco se requiere autorización judicial.

El problema del servicio de abogados gratuitos de la Defensoría del Pueblo radica en que, en la práctica, es un servicio muy incipiente, pues en el Vigésimo Tercer informe de la Defensoría del Pueblo (2016, primera parte: 301) ante el Congreso de la República de Colombia expresa lo siguiente sobre la gestión enero–diciembre de 2015, en el apartado titulado «El Ejercicio del Sistema Nacional de Defensoría Pública: logros y desafíos»: «Con el ánimo de hacer frente a los cambios jurisprudenciales que han permitido la prestación del servicio en diversos asuntos, previo amparo de pobreza (programas civil, administrativo y laboral), la defensoría pública ha venido ampliando su cobertura». En el mismo informe, la Defensoría (2016, parte segunda) proporciona datos más concretos a partir de los cuales puede extraerse que la mayor parte de los recursos humanos de asistencia jurídica son para el área penal, y en los programas de civil, laboral y administrativo es de baja incidencia. Llama la atención que los amparados en pobreza en procesos civiles son en su mayoría para el reclamo de alimentos; y en materia administrativa ocupan un papel preponderante los derechos de petición<sup>188</sup>.

---

venta o permuta, y tiene como «objeto directo (...) el evento incierto de la litis». En términos de la CCC (C-450/00, apartado 4.1.) «la cesión de derechos litigiosos es un contrato que tiene por objeto directo el resultado de una litis».

<sup>188</sup> El informe de gestión durante el año 2015 de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República (2016, segunda parte: 422-427) expresa que en el programa para la materia penal (en sus diversas modalidades: CPP, CPP/2000, responsabilidad penal de menores y adolescentes, justicia penal militar y casación penal) cubre la totalidad del país, y cuenta con una asistencia en un total de 243.890 procesos en trámite; en el campo civil-

Dadas las materias en las que se concentra la actividad de la *asistencia jurídica gratuita* en civil y administrativo puede decirse que la cuota litis en Colombia tiene un importante campo de acción, porque en ámbitos sensibles para la población pobre y en la que tiene gran impacto la responsabilidad extracontractual del Estado (por acciones u omisiones de sus autoridades, como los agentes de la fuerza pública, las administrativas de todos los órdenes) y en materia civil en que discute el derecho de propiedad. Así, por regla general, el litigante pobre en Colombia la primera opción que tiene para conseguir la asistencia jurídica de sus intereses es acudir a la cuota *litis*, si se trata de un asunto que implique beneficio económico, pero cuando se prevé que éste es de escasa entidad patrimonial o muy incierto, la cuota *litis* genera discriminación para el pobre porque difícilmente encuentra abogado, y es en estos casos en los que usualmente tiene que acudir al amparo de pobreza<sup>189</sup>.

Debe cuestionarse la legitimidad de la justicia cuando el ciudadano se ve abocado a pagar altos porcentajes por los resultados del litigio, como el 40 % o más<sup>190</sup>. ¿Es legítimo que la justicia sea un buen negocio para algunos de sus protagonistas, en vez de ser una función pública a cargo del Estado con la debida colaboración de los particulares? Al respecto, decía Ossorio en 1919 (1989: 116):

---

familia hay asistencia en 25.656 procesos, siendo casi la mitad de éstos por alimentos (12.838). En el programa de derecho laboral, se tiene asistencia en 2.323 procesos, la mayoría en reclamación de prestaciones. Finalmente, en el programa de Restitución de tierras en sus diversas modalidades (Jurisdicción ordinaria, Unidad administrativa de atención y reparación, Unidad especial de restitución y Jurisdicción agraria) se tiene asistencia en 2.253 procesos). En el programa del Derecho administrativo se tiene asistencia jurídica en 15.224 procesos de los cuales la mayoría corresponden a la elaboración de derechos de petición.

<sup>189</sup> El Tribunal Supremo español, en la STS de 13 de mayo de 2004 (como cita Montero, 2011: 215-216) dice que la cuota litis «en cuanto asociación y participación con el cliente en el resultado del pleito, pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de un resultado material, lo que, además de adulterar la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa».

Debe precisarse que de acuerdo con la legislación española la cuota litis prohibida es la estricta (Montero (2011: 2015). Esta modalidad, según el Estatuto General de la Abogacía española (Real Decreto 658/2001, art. 44) se entiende como «el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto».

<sup>190</sup> Para ilustrar esta situación puede verse, por ejemplo, el esfuerzo que hace la Ley de Protección de Víctimas y Restitución de Tierras, en el campo de la justicia contencioso administrativa (Ley 1448/2011, art. 44, par. 1), al fijar un límite para el pago de honorarios de los abogados, incluyendo la cuota litis o porcentaje del resultado, cuando representan a una víctima del conflicto armado, estableciendo que no pueden superar los veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Procedemos con serenidad sabiendo que lo que se nos premia es nuestro trabajo, cualquiera que sea su resultado, pero perdemos la ecuanimidad y se nos nubla el juicio, y no distinguimos lo lícito de lo ilícito si incidimos en la alternativa de ver perdido nuestro esfuerzo o lograr una ganancia inmoderada<sup>191</sup>.

Habitualmente, existen sesgos en la presentación de los hechos y las pruebas por las partes que son tolerables en las prácticas judiciales. No obstante, cuando el abogado se convierte en socio de la parte en los resultados del derecho litigioso, esta tendencia puede intensificarse y convertirse en una compulsión en el individuo que lo lleva a romper los diques de las virtudes que protegen el conocimiento verdadero (la honestidad, la paciencia y la completitud).

Debe mencionarse que en Colombia, a diferencia de España, no existen voces que aboguen por abolir o al menos restringir la cuota litis. Para ilustrar la discusión sobre este asunto en España es muy dicente la problemática que se presenta ante el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (STS 6610/2008, apartado sexto). La misma trata del dilema que se presenta entre la prohibición de la cuota litis (tesis del codemandado, el Consejo General de la Abogacía, contenida en el *Código Deontológico de la Abogacía*) y el principio de la libre competencia (tesis del demandante, sustentada en la Ley de Defensa de la Competencia); temática frente a la cual el tribunal prescribe una cuota litis matizada en los siguientes términos:

En definitiva, el pacto que se prohíbe bajo la denominación de cuota litis en sentido estricto es la minutación por resultados que no suponga una cantidad mínima que pueda considerarse una contraprestación justa del trabajo realizado. Esto es, se impone como honorarios obligatorios una retribución mínima, aunque no se cuantifique, que se define como una «adecuada, justa y digna compensación a los servicios prestados» (...) lo que se prohíbe, en realidad, no es tanto cobrar por resultados, sino más bien cobrar sólo por resultados, por el riesgo de que esto suponga no obtener una remuneración razonable por la labor profesional.

Por esta razón, el problema del pacto de cuota litis es el mismo problema político-económico que plantean los liberales contra las premodernas monarquías absolutas y las recientes dictaduras comunistas, el *del precio justo*; para los liberales, la natural lucha de los intereses egoístas de los individuos genera finalmente el interés general, y para los otros, es necesaria una extensa e interminable regulación administrativa y un extenuante control

---

<sup>191</sup> También Ossorio (1989: 116-117), el ex decano del Colegio de Abogados de Madrid, escribió en 1919, que, desde el punto de vista moral, el letrado debe ponerse en un grado de superioridad de su defendido, por lo que debe huir, entre otros peligros, del pacto de cuota litis que las leyes antiguas prohibían y la opinión, por regla general reprueba. Lo condenable de esta forma de pago es que « (...) arranca al abogado de su independencia, haciéndolo partícipe en el éxito y en la desventura (...). La retribución del trabajo es sedante. La codicia es hervor, inquietud, ceguera. El abogado que cada hora se diga *si gano este pleito de los cinco millones me llevaré dos*, se adapta a la psicología de los jugadores».

policial para evitar que prevalezca la ley del más fuerte. En Colombia, el sistema vigente es la libertad total (excepto por la norma temporal de víctimas y restitución de tierras), es decir, permitir la cuota litis en estricto (sin límites); esto es, liberalismo decimonónico. Luego veremos cómo algunas de las tesis jurídico-probatorias que se sostienen en el campo contencioso administrativo, en el que la cuota litis tiene sus efectos más desastrosos, la balanza termina inclinándose contra el interés general. En efecto, en el campo contencioso administrativo la litis no es la de un *interés egoísta* contra otro *egoísta*, sino la de un *egoísta* contra un *solidario* (el Estado), en el que, cuando se persiguen beneficios económicos, la cuota litis hace colusión con una compleja trama judicial-administrativa, en donde el interés general pierde y el egoísta gana. La trama en cuestión comprende reglas jurídicas sujetas al vaivén de los personajes que usan las puertas giratorias que comunican los ámbitos privados con los públicos; con la tendencia a usarlas al beneficio de intereses particulares en desmedro del interés general<sup>192</sup>.

De lo visto, puede inferirse que el *amparo de pobreza*, como se regula en el CGP, constituye una figura arcaica que sobrevive solo por la tradición ideológica del liberalismo decimonónico; por la usanza de concebir el sistema de reglas del proceso civil como una extensión del derecho privado. Por ello, en los litigios civiles, en el caso del justiciable con dificultades económicas, no puede hablarse de un *derecho al abogado* o la *asistencia jurídica gratuita* sino más bien de un *abogado de caridad*, quien es un sujeto particular que comparte con los pobres una *limosna* que puede sacar de sus utilidades del «negocio de la justicia»; también puede tratarse de un sujeto que toma a los pobres como *conejillos de Indias* para aprender el arte del litigio<sup>193</sup>. La doctrina constitucional debe tener presente que el monopolio de la justicia junto con el del uso de la fuerza es uno de los aspectos centrales del Estado moderno y, por ello, debería tomarse en serio el derecho constitucional a la *asistencia de un abogado*, extenderlo para todo tipo de proceso, y declarar la inconstitucionalidad del *amparo*

---

<sup>192</sup> Como se ve luego, las reglas jurídico-probatorias constituye uno de los temas en los que en el campo contencioso administrativo hay más inestabilidad y se suele practicar por el Consejo de Estado un rampante activismo judicial, que logra explicarse, *inter alia*, por la *puerta giratoria* que crean ciertos personajes que cargan sus intereses privados por los intersticios del Estado, como la justicia.

<sup>193</sup> Precisamente, en Colombia las universidades públicas y privadas ponen a los estudiantes en las denominadas *prácticas del consultorio jurídico* como entrenamiento para dar asesorías e incluso para representar a sus usuarios en algunos tipos de procedimientos judiciales o administrativos.



*de pobreza* y, con mayor razón, la del abogado particular al que se le impone asumir el cargo gratuitamente<sup>194</sup> y, así, entenderse que cualquier persona puede acceder al abogado de confianza sin más justificación que la situación económica.

Debe observarse que se habla de *abogado institucional* porque en el sistema colombiano de defensoría pública, el abogado no lo escoge el representado; y, por consiguiente, no es propiamente de su confianza, además obedece a los intereses de la institución a la que está adscrito. Se trata, entonces, de un abogado que hace parte de la estructura burocrática del Estado con un importante sesgo en cuanto a los intereses institucionales a los que obedece, adicional a los prejuicios que pudiera tener sobre su representado, así como la inclinación o la animosidad que le puedan generar los hechos, la prueba de los mismos y el derecho en litigio. Desde el valor del conocimiento, como se advierte en este estudio, el adversarialismo moderado es una herramienta muy poderosa en la que el sesgo sobre el conocimiento de los hechos de una parte puede contrarrestarse con el sesgo de la contraparte y, al mismo tiempo, es importante la matización que puede cumplir el juez con su excepcional intervención oficiosa. La intervención del *abogado institucional* o el de *caridad*, aunque suplen la ausencia total de abogado, son un riesgo; y, a veces, un obstáculo para el acceso al conocimiento de los hechos y a la prueba para el justiciable con menos recursos económicos.

Por último, llama la atención que entre los intervinientes en el proceso civil de conformidad con el CGP (46, párrafo), el rol que desempeña el Ministerio Público (agentes de la Procuraduría General de la Nación), quien «intervendrá como sujeto procesal especial con amplias facultades, entre ellas la de interponer recursos, emitir conceptos, solicitar nulidades, pedir, aportar y controvertir pruebas». La finalidad de esta amplia intervención «es la defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos fundamentales, sociales,

---

<sup>194</sup> Sobre la imposición de cargas económicas obligatorias o forzosas por parte del Estado a los particulares la CCC (sentencia C-511/99, M.P. Barrera Carbonell, apartados 2.4-2.6) se pronuncia en el caso de la imposición a los ciudadanos de asumir los costos de la renovación de su cédula de ciudadanía. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esta imposición considerando que el ciudadano ejerce su soberanía (derecho a elegir y a ser elegido) y sus derechos civiles (estado civil o hacer negocios) con su cédula de ciudadanía; la imposición de costos para su adquisición es un motivo para desestimar el ejercicio de estos derechos, cuando su obligación es exactamente la contraria, estimular su ejercicio.

Algo similar ocurre cuando se impone a un particular para que actúe como abogado gratuito, el Estado antes que estimular que el ciudadano use los mecanismos estatales de la justicia lo que hace es desalentarlo con el abogado forzado y gratuito, pues el ciudadano tendrá que afrontar el proceso sin un abogado de confianza y con el riesgo que ejerza su cargo contra sus convicciones y, muchas veces, sin los recursos necesarios.

económicos, culturales o colectivos» (CGP, art. 46.1). Frente a esto cabe cuestionarse la razón por la cual el legislador colombiano, en el ámbito del proceso judicial, prefiere reforzar las funciones de juez como la «defensa del orden jurídico» o «las garantías y derechos» y desampara las funciones de parte. Se cuestiona sobre la razón del legislador, en el ámbito del proceso, por la que no pone suficientes recursos en la asistencia jurídica de las reales o potenciales partes en el proceso, y prefiere gastar en controles etéreos, susceptibles de usarse para los intereses que se agazapan detrás de instituciones que en muchas ocasiones, se ha demostrado, tienen más una funcionalidad para intereses malsanos que en hacer efectivos los ideales para los que fueron creados. Se sacrifican las bondades del adversarialismo para el proceso judicial por aparatos burocráticos de dudosa funcionalidad<sup>195</sup>.

Sobre la *prestación de asistencia de peritos*, puede decirse que existen tres tipos de regulaciones: perito de parte, perito institucional y perito de juez<sup>196</sup>. El CGP (arts. 227-230) establece un sistema de *perito de parte* con algunas situaciones de *perito de juez*. Así, cada parte tiene a su cargo elegir el perito, ponerle el objeto del dictamen, liquidarle sus honorarios, asimismo, solicitarle al juez la admisión del perito y, si la contraparte lo solicita, éste será interrogado y contrainterrogado. Asimismo, en algunas situaciones el CGP (art. 229-230) permite el perito de juez, bien porque sea decretado de manera oficiosa, o porque lo decrete el juez a petición de parte cuando se trate de las entidades oficiales.

En cuanto al dictamen pericial oficioso o por amparo de pobreza, el CGP (art. 229) establece que el juez «(...) deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad». El CGP (art. 234) también

---

<sup>195</sup> Sobre la Procuraduría General de la Nación y su funcionalidad, dice Uprinmy (2013: página de opinión): «Hace algunos unos años planteé que la Procuraduría era una entidad redundante, que por economía y simplificación institucional debía ser eliminada, o al menos radicalmente reducida, pues todas sus funciones son cumplidas por otras instituciones, que las pueden desarrollar en forma más especializada y eficiente. Hoy debo confesar que me equivoqué: las actuaciones de Ordóñez [exprocurador General de la Nación] me han convencido de que la Procuraduría no es redundante; en realidad es peligrosa para el Estado de derecho, pues se presta a abusos y puede ser instrumentada políticamente, con investigaciones disciplinarias selectivas. Y es entonces esencialmente por eso que debe ser suprimida».

<sup>196</sup> El CPP (arts. 412-415) permite la modalidad de *perito de parte* porque son las partes las que escogen sus peritos, le asignan el objeto de la pericia, y pagan los honorarios y costos, le solicitan al juez que los admita para ser interrogados en el juicio oral. También en el CPP se da una modalidad de pericia que puede denominarse como *de contraparte*, consistente en la posibilidad que da el CPP (art. 204) de autorizar a los peritos de la acusación (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y los de la Policía Judicial) para realizar las pericias que requiera la defensa; es un verdadero contrasentido que los peritos que están bajo la dependencia institucional de la acusación sirvan también como peritos de la defensa; insólitamente, el sindicado pobre puede verse perseguido y defendido por los mismos peritos de la acusación.

contempla el dictamen pericial de *oficio* o a *petición de parte* por *entidades y dependencias oficiales* (como empresas mixtas, de servicios públicos, educativas o de salud)<sup>197</sup>, pero en esta modalidad es necesario pagar «el dinero para transporte, viáticos u otros gastos necesarios para la práctica de la prueba»; en caso de no cubrir estos costos, la consecuencia es que «se prescindirá de la prueba».

En el caso concreto de la prueba de *oficio* la regla es que los gastos (CGP, art. 169) «serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre las costas». Si la parte cuenta con amparo de pobreza no tiene el deber de pagar honorarios o gastos provisionales para la realización del dictamen. Ahora bien, la problemática nace cuando ninguna de las partes paga. Surge una contradicción entre los arts. 230 y el 234, porque el primero ordena que cuando las partes no paguen honorarios o gastos provisionales el juez puede ordenar el dictamen, si lo considera indispensable, so pena de multa; y el segundo, dice que en el caso concreto cuando las entidades oficiales y las partes no paguen los gastos provisionales, se *prescindirá de la prueba*. Por consiguiente, si la prueba de *oficio* se le ordena a instituciones públicas o privadas, estas tienen la obligación de hacerlo, así sea gratuitamente; pero si se trata de entidades oficiales, el no pago de gastos por las partes tiene como consecuencia que se *prescinda de la prueba*. La inconsistencia de las dos normas es mayúscula, porque la prestación gratuita de la pericia puede ordenarse bajo la sanción de multa para los particulares, pero no para la categoría especial de los *trabajadores oficiales*. Aunque la sanción de multa es una garantía fuerte para la efectividad del ejercicio del derecho a la prueba, no es posible extenderla para el caso especial de los trabajadores oficiales, por tratarse de una norma sancionatoria que requiere de una ley previa, escrita y estricta que así lo contemple.

---

<sup>197</sup> Sobre lo que puede entenderse por *entidad pública* debe tenerse presente que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 104, parágrafo) prescribe: «para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%».

Ahora bien, sobre el significado de la expresión *entidades oficiales* a la que se refiere esta normatividad del CGP hay que precisar que alude a las que realizan obras públicas o actividades industriales y comerciales del Estado (CCC, sentencia C-681/03, apartado 6.º, cons. 4.º). Pero en concordancia con la legislación administrativa mencionada puede interpretarse que la categoría *entidades oficiales* se aplica a las empresas industriales, comerciales o de servicios en las que el Estado tiene una participación igual o superior al 50%, pues si es inferior, tienen el carácter de entidades de derecho privado. No obstante, existen otras normatividades que generan regímenes especiales y que no es posible abordarlas en el presente estudio.

De conformidad con lo anterior, puede decirse que cuando se trata pericias oficiosas o para la parte en amparo de pobreza las instituciones especializadas públicas o privadas así no se paguen los honorarios o gastos provisionales son compelidas, so pena de multa, a prestar el dictamen si el juez estima indispensable el servicio; sanción de multa que es una novedad en el CGP, pues en la legislación anterior (CPC/70, art. 236, 6) el juez puede ordenar la prueba, pero sin prever sanción alguna para compeler al perito para hacerlo, aun a sabiendas de que en la resulta del proceso no recibiría compensación de sus gastos. Imposición forzosa esta, en el caso del sujeto de derecho privado, que es inconstitucional porque al Estado le corresponde poner las herramientas necesarias para el acceso en igualdad de condiciones a la justicia<sup>198</sup>.

En realidad, resulta difícil entender la razón por la cual CGP se refiere a *instituciones públicas o privadas especializadas* (art. 229) y habla de *entidades oficiales o dependencias oficiales* (art. 234) y les da un trato diferente, siendo más exigente el de las primeras; porque es absurdo que a los particulares, so pena de multa, se les fuerce a realizar gratuitamente una prueba pericial y frente a los servidores públicos de las entidades oficiales no exista tal coacción. Tanto las instituciones públicas como las entidades oficiales están compuestas por servidores públicos, y frente a las mismas se justifica la coacción de la multa para realizar gratuitamente la pericia, pero frente a los particulares el trato no es razonable.

En caso de la prueba de ADN de investigación de la paternidad o de la maternidad existe un régimen legislativo especial (Ley 721/01, art. 6), mediante el cual se establece que el Estado asume el costo de la pericia en los casos en los que se haya decretado el amparo de pobreza<sup>199</sup>; no obstante, esta legislación (art. 4) establece como excepción al pago estatal de la pericia el evento en el que la persona «solicite nuevamente la práctica de la prueba». Frente a esta excepción, la CCC (sentencia C-807/02) ha declarado la inconstitucionalidad de la misma y al mismo tiempo establece como subregla que favorece el acceso a la justicia en garantía del derecho fundamental de las personas a «un nombre y una familia», consistente en que el justiciable tiene la posibilidad de solicitar el amparo de pobreza también para la

---

<sup>198</sup> Al respecto, la CCC (sentencia C-807/99), como se menciona antes, trata de una situación en la que declara la inconstitucionalidad de la obligación de la parte de asumir los costos de la segunda prueba (contraprueba) de ADN en materia de investigación de la paternidad o la maternidad.

<sup>199</sup> La CCC (sentencia C-808/02) declaró constitucional que la condición para el Estado asumir la pericia genética sea el amparo de pobreza.

segunda prueba (contraprueba), a fin de que el Estado asuma el costo de la misma.<sup>200</sup> Por eso, si hay amparo de pobreza para la parte interesada, tanto la primera prueba como la segunda debe asumirlas el Estado, pues, como lo dice la CCC (sentencia C-807/02) «(...) a persona alguna se le podría enervar su derecho a pedir pruebas bajo el argumento de la eventual insolvencia del solicitante y mucho menos dentro del tema que nos ocupa», la prueba sobre la filiación del niño; en este ámbito la prueba no puede dejarse «a merced de la voluntad del presunto progenitor a quien le bastaría con no suministrar los recursos, para que no se pudiera practicar (...)»<sup>201</sup>.

De lo dicho antes, puede decirse que las soluciones brindadas por la legislación procesal colombiana para los justiciables con dificultades para asumir los costos de las pruebas son las siguientes: en primer lugar, en relación con el *perito de parte*, debe mencionarse que ni en materia penal ni en el CGP existe solución alguna. En materia penal, si el acusado acude a la defensoría pública es ésta la que institucionalmente lo escoge; por tratarse de un *perito institucional*, más que un perito de parte o de juez. Además, la alternativa de la defensa de hacer uso de los peritos de la acusación, en un sistema adversarial, resulta una auténtica *contradictio in terminis*; al respecto, debe tenerse presente que las pruebas periciales son un ámbito de aplicación práctica de la ciencia, de la técnica o del arte, por ello resulta inescindible el perito de su conocimiento especializado, cada prueba pericial tiene el sello personal del perito, cada experto tiene una comprensión o interpretación de los principios científicos o técnicos, cada uno pone su experiencia, o sus habilidades en la aplicación de los mismos al caso; lo cual explica que dos o más expertos que parten de unos mismos principios puedan llegar, en la aplicación al caso, a conclusiones distintas.

Por su parte, el CGP prescribe para quien tiene dificultades económicas un *perito de juez*, dado que con los mecanismos del amparo de pobreza o la prueba de oficio el juez tiene la alternativa de ordenar la pericia a la institución pública o privada que considere idónea; en estos casos, el pago de los gastos de la prueba pericial, los asumirá, en última instancia, quien sea condenado al pago de las costas del proceso. El juez, oficiosamente o a petición de la

---

<sup>200</sup> Estas reglas de dicha doctrina constitucional son reiteradas por la sentencia C-808/02.

<sup>201</sup> Dice esta sentencia de la CCC (C-807/02, M.P. Araujo Rentería, apartado 4) que «la finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quién es el verdadero padre o madre».

parte, también tiene las alternativas de nombrar cualquier experto que considere idóneo, pero no puede forzarlo a hacerlo gratuitamente sino se trata de una entidad pública o privada especializada; por ejemplo, no puede obligar a una entidad oficial para las materias relacionadas con su objeto social a realizar la prueba si una de las partes no aporta gastos provisionales; tampoco puede compeler a un individuo particular con tal finalidad.

Por último, en lo que respecta a la pericia de ADN para investigar la paternidad o maternidad, la legislación concede la posibilidad del amparo de pobreza, una opción del perito de juez, pues es éste quien escoge la institución especializada pública o privada que realizará el dictamen. En otro apartado de este estudio se analizan las particularidades en cuanto a la valoración de las modalidades de perito de parte y el de juez.

Se precisa que este estudio no aboga por un sistema estatal de abogados o de peritos para todos los justiciables, sino más bien por una normatividad que respete los valores de la libertad y la igualdad de condiciones para acceder a la prueba y a la justicia; toda persona tiene la libertad de escoger a su asesor jurídico y a sus peritos, pero resulta contraproducente y censurable que quien no tenga los recursos económicos pierda esa libertad y esa igualdad. El sistema jurídico colombiano en alguna medida suple las necesidades de asistencia de abogados y peritos, pero está aún lejos de cumplirse con la libertad y la igualdad en este campo. Los valores del conocimiento y de la justicia están mejor protegidos si existe la libertad y la igualdad de las partes de escoger a sus abogados y expertos. La idea es que los sesgos que presente cada una de las partes puedan confrontarse entre sí, al tiempo que se tratan de evitarse los sesgos del conocimiento o los intereses generados en las instituciones o los del juez. Todo ello, sin olvidar los inconvenientes anunciados de un adversarialismo radical.

Finalmente, en lo relacionado con la *protección de testigos* debe mencionarse que cuando en los países, como ocurre en Colombia, grupos rebeldes o la delincuencia se disputan su soberanía, se sacrifican los dos componentes básicos de los estados modernos: el monopolio de la fuerza (o las armas) y el de la justicia. La tendencia es que cuando un grupo rebelde o delincuencial logra disputarle en algún grado la fuerza del Estado, representada por sus autoridades de policía o ejército, en el control del territorio y la población, aparece también la disputa de la justicia. Esto es, la pérdida gradual de control del territorio y de la población también significa pérdida para el funcionamiento de la justicia. La justicia requiere de algún

grado de fuerza para su implementación y, a su vez, la fuerza requiere de la justicia para su justificación. Lo primero que pierden los órganos de la justicia con los conflictos armados es al testigo (en sentido lato), con sus palabras, las cosas o los documentos que se le relacionan. Los grupos ilegales antes de desafiar a los investigadores judiciales o a los jueces tratan de neutralizar al testigo, y a otros medios de prueba. Sin la memoria y la información de los hechos no es posible la realización de la justicia.

En Colombia, existen dos tipos de normatividades sobre la protección de las personas con fines judiciales: de un lado, para los asuntos penales, el CPP contempla, entre otros mecanismos: la Fiscalía General de la Nación tiene el deber velar por la protección de las víctimas, testigos o peritos, y debe brindarle medidas de seguridad a las víctimas y a su familia (114, 133, 134, 137, 207); los jueces y otros intervinientes u órganos procesales como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Policía Judicial tienen el deber de velar por la protección de las víctimas, los testigos y los peritos (arts. 111, 154, 206 y 342); las medidas de restricción de la libertad contra el imputado se condicionan, entre otras, a la preservación de la prueba o en protección de la víctima (arts. 2, 296); también existen medidas a favor del perito o del testigo, de su cónyuge o compañera permanente o de sus parientes consistentes en ocultar algunos datos de su identificación como la profesión, oficio, domicilio, lugar de trabajo o los datos de sus parientes (art. 212A), y la prohibición de fotografías u otros medios de captación de la imagen (152A).

De otro lado, existe una normativa general, la denominada *Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras* (Ley 1448 de 2011), con una vigencia de diez años, cuyo objeto es la protección, reparación de víctimas como consecuencia de infracciones a los derechos humanos con ocasión del conflicto armado interno desde 1 de enero de 1985, y la restitución de tierras desde 1 de enero de 1991. La justificación de estos aspectos temporales se relaciona, según lo expone el gobierno nacional a la CCC en el procedimiento de constitucionalidad de esta norma (sentencia C-250/12, apartado 3.2.), que se trata de una legislación transicional donde la señalada época de 1985 sirve para significar un período en el que el conflicto ha tenido mayor intensidad contra la población y, asimismo, se usa para señalar que las víctimas posteriores a esa época tendrán un plan masivo de reparación económica, mientras que hacia atrás, deben acudir a la vía judicial (caso por caso); no obstante, la investigación de la verdad y la realización de la justicia no tienen tales límites

temporales. También la normatividad tiene un título sobre «Derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales», donde se establecen reglas sobre la participación de las víctimas en los procesos penales, el testimonio de las víctimas en delitos sexuales, entre otros (arts. 35-42).

En cuanto al límite temporal para la restitución de tierras, desde el año 1991, también se justifica con la intensificación del fenómeno de violencia con la que los grupos armados despojaron de las tierras a los campesinos de las zonas de influencia del conflicto armado (CCC, sentencia C-250/12, apartado 3.2.); zonas que están relacionadas con la economía de extracción: petróleo, palma de aceite y actividades ilegales como narcotráfico y minería ilegal<sup>202</sup>. Todo este contexto es para expresar que las víctimas de desalojo de las tierras están insertas en esta problemática; y, en razón del conflicto la legislación ordinaria, con sus jueces y sus reglas resultan inaplicables, por ello se recurre a esta legislación de transición en la que, con la coordinación de la fuerza pública y diversas entidades gubernamentales, busca restituirse la propiedad de la tierra a los dueños originales. La competencia para conocer de estos asuntos la tienen los tribunales de distrito judicial, sala civil, especializados en restitución de tierras, en única instancia, y conocen en consulta las sentencias de los jueces civiles del circuito especializados en restitución de tierras; estos jueces conocen en primera instancia de procesos de restitución de tierras y formalización de títulos de los despojados cuando no se reconozcan opositores dentro del proceso.

En cuanto a la reglas probatorias, puede decirse que esta ley protege adecuadamente a la víctima del despojo de sus bienes a fin de que, con condiciones razonables de seguridad, ayuda económica y asistencia jurídica pueda acceder a la justicia; asimismo, le da valor probatorio para sustentar decisiones judiciales a la prueba sumaria (declaración

---

<sup>202</sup> La economía de extracción (tipo colonial) se caracteriza porque los agentes (grupos ilegales o multinacionales) que la desarrollan son extraños a las regiones en que se producen, usan la fuerza laboral barata de la zona, generan migraciones y desplazamientos de poblaciones de aborígenes y de extraños, pero los beneficios se reparten fuera de estas zonas y se trasladan a los grandes centros urbanos del mismo país o en el exterior, dejando en peores condiciones ambientales y sociales a esas regiones. Esta dinámica, según Dorémus-Mège, L., Birène, L. S., Prysthon, P. y Contensou, I. (2014: 4, 5, 11, 13-15), es un fenómeno mundial por la manera como las grandes empresas realizan un tipo de economía en dichas regiones del mundo que son usadas como enclave de la actividad extractiva de recursos naturales. Constatan los autores (2014: 13-15) que en el caso colombiano la violencia relacionada con este tipo de economía, sumada a la que producen las guerrillas, las contraguerrilleras, los grupos de narcotraficantes y los mineros ilegales, tiene un impacto directo sobre el 10 % de la población (aproximadamente 4,7 millones de personas).



extraprocesal) de la víctima y, como se estudia luego, se crean presunciones y favorecimientos especiales a su favor.

#### ***2.1.1.2. Las facilidades probatorias que garantizan la efectividad del derecho a la prueba.***

Las facilidades probatorias que tienen incidencia en el derecho a la prueba consisten en reglas de decisión obligatorias para el juez y buscan favorecer la situación probatoria de una de las partes, desfavoreciendo, correlativamente a la parte contraria. Las facilidades probatorias tienen los siguientes componentes básicos: una obligación para el juez, una situación favorable para una de las partes y un correspondiente componente coercitivo para la parte contraria. El componente coercitivo acompañado con el favorecimiento-desfavorecimiento es el componente de *justicia salomónica* que usa el legislador para hacer brillar la *certidumbre* a los ojos del juez. Son reglas de decisión en el sentido de que, por lo general, inciden en la sentencia, aunque en algunos casos afectan las actuaciones interlocutorias a fin de reforzar la posición sustancial o procesal de algún sujeto de cara a la decisión sobre los hechos o el valor probatorio. Asimismo, en los favorecimientos existen componentes epistémicos que se combinan con los de equidad u otros valores constitucionales, dado que se parte de hechos de la vida social o de la conducta procesal para establecer consecuencias jurídico-probatorias<sup>203</sup>.

Ahora bien, existen varios tipos de reglas de decisión que contienen facilidades probatorias: de distribución del riesgo, de peso y de suficiencia probatoria. A continuación, en sendos apartados se estudian estos tipos de reglas y su incidencia en la efectividad en el derecho a probar.

##### ***2.1.1.2.1. Las reglas de distribución del riesgo probatorio.***

Las reglas de distribución del riesgo probatorio establecen qué hechos le incumbe probar a cada parte; existe una regla general, la carga de la prueba, que distribuye el riesgo probatorio

---

<sup>203</sup> Entre las reglas que generan favorecimientos-desfavorecimientos probatorios se encuentran las cargas procesales y las presunciones. Precisamente, sobre las presunciones y las cargas procesales la CCC (C-388/00, apartado 7.º) prescribe: el «desequilibrio de las cargas procesales (...) sólo puede aceptarse si supera adecuadamente el llamado juicio de proporcionalidad», y sobre las presunciones dice que debe definirse si «el legislador persigue un fin constitucionalmente importante, si la misma es útil y necesaria para alcanzar ese fin y, por último, si el efecto negativo que produce resulta menor que el beneficio constitucional que alcanza».

según el efecto jurídico sustancial que persiguen las partes; además hay otras reglas especiales como las sustantivas que regulan formas de responsabilidad por el daño, y algunas cargas procesales. Todas estas son normas de riesgo probatorio en el sentido de que las partes se encuentran en una situación en la que, si bien están en ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prueba, la normatividad condiciona el éxito de los efectos jurídicos sustantivos que buscan con el proceso a que se acopie la prueba suficiente de los presupuestos fácticos de los mismos. Se precisa que este tipo de normas de ninguna manera establece deber u obligación para las partes que implique sanciones para compeler la aportación de la prueba. La única consecuencia para las partes que prescribe este tipo de normas consiste en que en el resultado del proceso no se logre la suficiencia probatoria; y, por ende, puede conllevar a la pérdida del proceso. Esta situación de necesidad probatoria para las partes es el mecanismo que se erige en herramienta de efectividad del derecho a la prueba. Ciertamente, aunque se afecta en alguna medida la autonomía de la voluntad de las partes, se ve protegido el conocimiento en el sentido que estimula el interés de las partes de aportarlo al proceso.

Debe precisarse que la distribución del riesgo probatorio se toma aquí como uno de los presupuestos de la regla de la carga de la prueba; sin olvidar que usualmente se toma como una de las acepciones de la carga de la prueba. En efecto, la carga de la prueba es una regla de clausura que tiene una función sucedánea<sup>204</sup> del juicio basado en pruebas, donde el juez, ante la insuficiencia probatoria en la sentencia, debe decidir en contra de la parte que asume el riesgo frente a tal insuficiencia<sup>205</sup>. Este concepto tiene tres componentes estructurales: la insuficiencia probatoria, la distribución del riesgo de la insuficiencia y el desfavorecimiento probatorio. La carga de la prueba tiene como supuestos la distribución y la insuficiencia probatoria, y como consecuencia el desfavorecimiento en la decisión. De forma usual, la

---

<sup>204</sup> Sobre el carácter sucedáneo de la regla de la carga de prueba, dice Devis Echandía (1981: 429) que trata de impedir el *non liquet* y permite decidir de fondo ante la falta de la prueba.

<sup>205</sup> La CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 3.4, M.P. Salazar Ramírez) precisa que «(...) la carga probatoria es una regla de juicio dirigida al sentenciador al momento de motivar la decisión de fondo del litigio (...) Tal disposición instituyó una regla de conformación de la decisión judicial que ordena al juez cómo motivar sus conclusiones sobre el fondo del litigio, según encuentre o no probados los supuestos de hecho previstos en la proposición normativa de carácter sustancial que es la base esencial del fallo. Al mismo tiempo y de manera indirecta, señala a las partes la consecuencia que han de soportar si no quedan demostrados en el proceso todos los elementos estructurales del instituto jurídico que rige su controversia, que se traducirá indefectiblemente en la frustración de sus pretensiones».

expresión *carga de la prueba* se ha entendido en los sentidos de distribución probatoria y como desfavorecimiento.

Precisamente, en el CGP (art. 267) se define la carga de la prueba como distribución probatoria, expresando que «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»; dispositivo este que repite el del derogado CPC/70 (art. 177). El CGP, de los componentes estructurales, solo prescribe de *lege lata* el supuesto de la distribución probatoria; los demás componentes se han establecido por interpretación sistemática por la doctrina y la jurisprudencia. Si se comparan los dispositivos legales colombiano y español, reguladores sobre la carga de la prueba se observa que en el último existe una prescripción expresa de todos los componentes estructurales sobre la carga de la prueba,<sup>206</sup> y en el primero se dan por sobreentendidos suficiencia y la regla de juicio. Por eso, el CGP adolece de claridad sobre la regulación de la carga de la prueba.

Ahora bien, como toda norma jurídica, la carga de la prueba tiene como objeto gobernar la conducta humana, razón por la cual puede producir efectos sociológicos o psicológicos. En la carga de la prueba ese efecto sociológico consiste en incitar a las partes a asumir un determinado comportamiento en la actividad probatoria, que puede ser activo o pasivo. Por lo anterior, la carga de la prueba ha sido definida como una regla de juicio para el juez y una regla de conducta para las partes<sup>207</sup>. Como juicio, es una obligación para el juez decidir en un determinado sentido ante la insuficiencia probatoria; y como conducta genera un estado de necesidad en las partes de acción u omisión<sup>208</sup>. Debe precisarse que el sentido propio de

---

<sup>206</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 217) expresamente regula estos componentes: «1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones (...) 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones (...) 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven (...)».

El primer ordinal se refiere a la consecuencia de la regla ante la duda probatoria; el segundo y el tercero describen ampliamente el supuesto de la distribución probatoria; asimismo el tercero contiene la regla de suficiencia probatoria. Los ordinales 4º, 5º, 6º y 7º del mismo art. 217 se dedican a plantear otros criterios de distribución probatoria, incluyendo el de la disponibilidad y facilidad probatoria.

<sup>207</sup> Explica el profesor Oteiza (2009: 195) los conceptos de carga objetiva y carga subjetiva; la primera se refiere al sentido de la carga como reguladora de las consecuencias de la incertidumbre probatoria; y la segunda, a los efectos que produce en las partes, de necesidad de actuar.

<sup>208</sup> Sobre la carga de la prueba en su sentido de regla de juicio y regla de conducta, véase Álvarez Sánchez (2007: 43-45) y Devis Echandía (1981: 440-441).

la carga de la prueba consiste en que la conducta de la parte se pone como condición del ejercicio de la potestad jurisdiccional relacionada con la obligación del juez de decidir el conflicto. En otras palabras, la carga de prueba tiene como contenido esencial, servir de regla de decisión para el juez; la cual, por su carácter de sucedánea, se toma con posterioridad a la valoración probatoria<sup>209</sup>.

La función sucedánea de la carga de la prueba de evitar la decisión inhibitoria en los eventos de duda o ausencia probatoria, genera una obligación para el juez acerca del sentido de la decisión en la sentencia sobre los hechos<sup>210</sup>. Por tanto, cuando se decide con base en la carga probatoria no se decide con fundamento en la prueba, sino en un criterio de justicia o de política legislativa. Así, la carga de la prueba antes que tener un carácter de epistémico es más bien de equidad. La única conexión de la carga de la prueba con lo epistemológico es el supuesto negativo de la insuficiencia probatoria, que es producto de la valoración probatoria. La carga de la prueba es un concepto que pertenece a la equidad ya que obedece al valor de la libertad pues contiene un desfavorecimiento para una de las partes, y obedece al valor de la igualdad por el criterio que encierra la determinación de la incumbencia probatoria.

El criterio normativo de distribución del riesgo de la insuficiencia probatoria tiene como reto establecer cuál de las partes será desfavorecida con la sentencia por la incertidumbre sobre los hechos. La solución de esta cuestión se relaciona con el sistema procesal; y, a su vez, éste tiene que ver con el régimen político-económico dominante. En las sociedades liberales existe la tendencia a estructurar sistemas procesales dispositivos (o adversariales) donde los sujetos tienen derechos subjetivos frente al Estado como los relacionados con el estado civil, la propiedad, la posesión, la tenencia, el crédito, la empresa o las libertades. Por regla, quien busca la tutela judicial de un derecho subjetivo tiene la carga procesal de afirmar o proponer los hechos pertinentes presupuesto del mismo (a la manera de pretensión o reconvencción); y, en consecuencia con esta misma ideología, le incumbe la prueba de tales proposiciones fácticas a quien las realiza. Al respecto, el CGP (art. 267) establece: «Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el

---

<sup>209</sup> En términos de Devis Echandía (1981: 440) la carga de la prueba «es esencialmente regla de juicio y solo indirectamente contempla la actividad de las partes».

<sup>210</sup> Dice Rosenberg (1956) que «la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en *esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar*, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.

efecto jurídico que ellas persiguen». Por *efecto jurídico* debe entenderse el bien jurídico deseado o la consecuencia jurídica de derecho sustancial que se persigue, la cual se encuentra expresada en la misma pretensión, reconvencción o excepción de fondo<sup>211</sup>.

Precisamente, la regulación de la distribución probatoria tiene como regla general y abstracta de la incumbencia probatoria para quien esgrime un efecto jurídico-probatorio<sup>212</sup>, y posee como reglas especiales, las presunciones y las modalidades de responsabilidad como la objetiva o la presunta; y, como regla residual, la regla de *situación más favorable (dinamismo probatorio)*. Se habla de reglas especiales en el sentido de que puede tratarse de regulaciones sustantivas que inciden en los supuestos normativos sustanciales (el caso de las presunciones en estricto); o reglas procesales que inciden directamente en el riesgo probatorio<sup>213</sup>. Se hace referencia a una regla con carácter de residual, así no lo establezca la legislación de forma expresa, en el sentido de precisar que la norma de la *situación más favorable* opera cuando no exista regla especial aplicable al caso. De tal suerte, las reglas de *facilidad probatoria* se generan y aplican en el proceso judicial; operan de manera excepcional con respecto a la norma general de la incumbencia probatoria y, además, no son acumulables a facilidades probatorias.

Bien vale la pena insistir en que una cosa es la carga de la prueba como regla de decisión y otra su efecto práctico de distribución probatoria. Como regla de decisión es regla impersonal y abstracta, tiene como componente central los supuestos fácticos descritos en las

---

<sup>211</sup> Sobre el efecto jurídico como criterio para distribuir el riesgo probatorio, véase Devis Echandía (1981: 453-454).

<sup>212</sup> Dice Rosenberg (1956: 107) que «la primera y única condición de una distribución acerca de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características». Al efecto explica que la distribución de la carga de la prueba es la misma que se tiene en orden a emitir sentencia, ya que aquí se examina, en «primer término cuáles son los presupuestos de los preceptos jurídicos aplicables a la afirmación concreta de derecho que hace el demandante, después, si el demandante ha alegado en el proceso todos estos presupuestos, si el demandado ha fundado su petición de rechazo de la demanda sólo denegando los alegatos de la demanda o si ha afirmado hechos independientes, que motivan la aplicación de otros preceptos, y, finalmente, si se han probado estas afirmaciones en caso de ser discutidas».

<sup>213</sup> Álvarez Sánchez (2007: 51) en su interpretación de los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que establece la regla de juicio de la carga de la prueba con sus demás componentes (apartados 1.º, 2.º y 3.º), asimismo regula algunas reglas especiales para la competencia desleal, o situaciones de discriminación por razones del sexo (apartados 4.º y 5.º), explica, sobre el apartado final (6.º) según el cual «las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes», lo siguiente: en apariencia habilita a hacerle excepciones a la regla de juicio de la carga de la prueba, pero la posibilidad que en realidad puede darse es que una «norma sustantiva altere el supuesto de hecho, y como consecuencia de ello modifique el resultado previsible de la carga de la prueba. Pero no la carga de la prueba».

normas sustanciales que regulan el derecho en litigio; no admite excepciones, ya que no mira a quien le incumbe la prueba, sino decidir el litigio ante la duda probatoria sobre tales supuestos fácticos<sup>214</sup>. Por su lado, la distribución probatoria es un fenómeno diverso, de carácter práctico, consistente en la conducta que asumen las partes frente a la carga de la prueba<sup>215</sup> como también frente a cargas procesales con consecuencias probatorias, tales como las que se pueden denominar como de *situación más favorable*.

Al respecto, la regla de la *situación más favorable* de prueba o de la *facilidad probatoria*<sup>216</sup>, también se denomina *carga dinámica* de la prueba o *dinamismo probatorio*. Aunque el término *carga dinámica de la prueba* es muy común, no obstante, tiene el inconveniente de confundir el criterio de distribución del riesgo con la regla de juicio, pues habla de carga probatoria. La expresión *dinamismo probatorio* tiene el inconveniente de ser muy amplia y puede incluir fenómenos como las presunciones, la formas de responsabilidad por el daño, y todo tipo de carga procesal que implique favorecimiento probatorio. El enunciado *situación más favorable* tiene la cualidad de estar definido de *lege lata* en el CGP, mientras que las demás categorías son propuestas por la doctrina. En la Ley de Enjuiciamiento española (art. 217.7) se usa la expresión *disponibilidad y facilidad probatoria*; dicha expresión es intercambiable con la regla de la *situación más favorable* de prueba a la que refiere el CGP. Por eso, en este estudio se usan indistintamente las expresiones *situación favorable* y *dinamismo probatorio*; pues la *facilidad probatoria* se tomó como el término genérico. Lo más característico de esta figura es la *situación* ya que da a entender el carácter tópico de la regla; es decir, su aplicación al caso según las circunstancias.

¿Cuál es la caracterización jurídica de la regla de la *situación más favorable*? ¿Qué relación tiene con el derecho a probar?

---

<sup>214</sup> En palabras de la CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 3.4, M.P. Salazar Ramírez):

«Si el derecho sigue siendo derecho, entonces la solución del caso concreto tiene que sustentarse –sin excepciones– en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta, sin importar a quién corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de la comunidad de la prueba.

No es posible variar o distribuir la carga de la prueba de los elementos fácticos descritos en las distintas normas sustanciales sin que se viole el sentido original de las mismas, por lo que dicha infracción ameritaría el quiebre del fallo que haya incurrido en tal error, de conformidad con la respectiva causal de casación».

<sup>215</sup> Como lo observa Ormazábal Sánchez (2004: 125) lo que buscan las partes con el proceso está en función de su carga probatoria a fin de convencer al juez del derecho material que persigue.

<sup>216</sup> Álvarez Gómez (2017: 201) prefiere la expresión *regla de facilidad probatoria*.

La regla de la *situación más favorable* trata de una modalidad de carga procesal que se caracteriza por su contextura abierta y que el juez concreta al momento de su aplicación, según las particularidades del caso, con base en criterios de equidad relacionados con la disponibilidad o facilidad de aportar la prueba, que tienen como fin variar la norma general y abstracta del riesgo probatorio para la parte que busca un efecto jurídico-sustantivo. Así, la regla de la *facilidad probatoria* es regla de excepción frente a la norma general de la incumbencia probatoria; y es residual en el sentido antes dicho. Pero se advierte que esta regla no es la fundadora del *dinamismo probatorio*, porque éste existe desde antes de la implementación de la misma, pues tradicionalmente han concurrido las presunciones, las modalidades especiales de responsabilidad por el daño, y las cargas procesales que también inciden en la distribución probatoria. Esta regla de la situación probatoria acentúa el denominado *dinamismo probatorio* autorizando al juez en el caso para imponer cargas procesales que faciliten la prueba.

Tampoco la regla de la situación más favorable es carga de la prueba, entendida en el sentido de regla de juicio. La regla de la *facilidad probatoria* es una modalidad de carga procesal que afecta la distribución probatoria, por eso se entiende mejor como uno de los condicionamientos que tiene el juez para aplicar la norma de clausura del proceso, la carga de la prueba. Así, la regla de la situación más favorable es un criterio judicial para definir el riesgo probatorio que confluye con el criterio general prefijado normativamente.

Con la *facilidad probatoria* ocurre que el juez, con respecto a algunos medios u objetos de prueba en concreto, puede variar el riesgo probatorio parcialmente con los criterios de equidad propuestos por el legislador. Estos criterios de equidad se dirigen a superar las dificultades probatorias de algunos sujetos, o con respecto a ciertos objetos de prueba. En estos términos, las reglas de *facilidad probatoria* son también un mecanismo de efectividad del derecho a probar en los eventos en que a ciertos sujetos se les dificulte la prueba de los hechos, o tengan inconvenientes en la recaudación de los medios de prueba. Sin duda, favorece la igualdad de cara a la actividad probatoria, la completitud probatoria, y en alguna medida, beneficia el conocimiento verdadero.

Explica Peyrano (2004: 20-21) que las cargas probatorias dinámicas son un capítulo del desplazamiento de la carga de la prueba; también se les denomina «principio de necesaria solidaridad», de «responsabilidad compartida de la producción de la prueba», o «cargas

probatorias compartidas». En cada caso hay que analizar de conformidad con los datos o pruebas que tenga a disponibilidad el juez cuál de las partes se encuentra en *mejores condiciones* para producir la prueba. Asimismo, las cargas probatorias dinámicas implican:

(...) un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquéllas arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.).

Por consiguiente, teóricamente las cargas dinámicas probatorias son una modalidad de desplazamiento del riesgo probatorio; asimismo, operan de manera tópica, en cada proceso, según las circunstancias de cada caso muestren a cuál parte se le facilita la prueba; por eso, solo tienen aplicación excepcional o complementaria con respecto a la regla general sobre la distribución del riesgo producto de la regla de conducta que implica la carga de la prueba.

Por su parte, el CGP (art. 167) al regular la carga de la prueba establece que «incumbe a las partes el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen». Luego dice en el apartado siguiente:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

La CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 3.4, M.P. Salazar Ramírez) en interpretación de este dispositivo, establece:

De todo lo expresado se concluye que la única interpretación jurídicamente admisible del mencionado párrafo consiste en entenderlo como una '*regla de aportación o suministro de pruebas*' que se aplica hasta antes de dictar sentencia; siendo absolutamente distinta de '*la regla de cierre de la carga de la prueba*', pues esta última es un imperativo sobre la correcta conformación de la decisión judicial y no admite excepciones, variaciones ni distribuciones de ninguna índole.

Aunque en este estudio no se usa exactamente la misma terminología de esta posición jurisprudencial<sup>217</sup>, si queda claro que las cargas procesales de la *facilidad probatoria* son de

---

<sup>217</sup> Se quiere insistir en que la *carga dinámica de la prueba* o el *dinamismo probatorio* no es carga de la prueba en el sentido propio del término, como regla de juicio para la sentencia. El dinamismo probatorio es una modalidad de carga procesal con incidencia en la distribución del riesgo probatorio. En este sentido es acertada la posición de la CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 3.4, M.P. Salazar Ramírez) de considerar que la facilidad probatoria no es carga de la prueba, y por lo mismo no es regla de clausura; pero en lo que no es acertada es en clasificarlo como deber probatorio, pues no se trata de imperativos del interés general o de orden público, ni la consecuencia jurídica es propiamente sancionatoria. Se trata más bien de una disposición del juez



distribución de riesgo probatorio en el sentido que regulan la *aportación o el suministro probatorio*; pero no son reglas de clausura o *cierre* ante la duda probatoria como es lo propio de la carga de la prueba. Así, la carga de la prueba regula la decisión del juez en la sentencia, mientras que las reglas de la *facilidad probatoria* disponen la incumbencia probatoria.

De conformidad con este art. 167, el juez, tópicamente (a petición de parte o de oficio), puede exigirle a la parte *que se encuentre en una situación más favorable* probar los hechos. También esta norma define los siguientes criterios que desarrollan el entendimiento de lo que es *situación más favorable*: cercanía con el material probatorio, tener en su poder el objeto de prueba, las circunstancias técnicas especiales, haber intervenido directamente en los hechos, estado de indefensión o de incapacidad en la que se encuentre la contraparte. Debe entenderse que estos criterios ejemplifican, y no son *numerus clausus*.

Las situaciones de *cercanía con el material probatorio* son, verbigracia, los ámbitos de la vida real o de las instituciones públicas o privadas en los que uno de los justiciables está facultado en virtud del ejercicio de una profesión o por autorización legislativa para la administración o protección de datos o documentos, como las historias clínicas, datos relacionados con la seguridad social (pensión o cesantías), o los financieros, entre otros<sup>218</sup>. Las situaciones de *tener en su poder el objeto de prueba* se refieren a aquellas en las que por las circunstancias de hecho, contractuales, reglamentarias o legislativas uno de los justiciables tiene la administración o el depósito de los elementos, cosas o animales cuyo estado, naturaleza y demás condiciones es necesario probar en un determinado proceso<sup>219</sup>.

---

que genera una autoresponsabilidad (o estado de necesidad) para las partes, de carácter tópico. También es criticable en tal jurisprudencia que se confunda la distribución del riesgo probatorio que implica la carga de la prueba (efecto práctico) con la regla de juicio de esta misma (obligación jurídica para el juez). El dinamismo probatorio genera deberes para el juez, y carga procesal (desfavorecimientos) para las partes.

<sup>218</sup> Es el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (sentencia 34404 del 5 de mayo de 2009, M.P. Tarquino Gallego, tercer cargo), confirma la decisión de segunda instancia al aplicar la carga dinámica de la prueba contra la parte demandada (Instituto de Seguro Social) en razón a que ésta tiene el manejo, en sus archivos, de los documentos que acreditan el derecho a la pensión del demandante, y sin justificación alguna no los da a conocer.

<sup>219</sup> La CSJ, Sala de Casación Penal, ha aplicado la carga dinámica de la prueba en aquellas situaciones en las que el acusado es quien tiene el dominio o control de los hechos y por las circunstancias fácticas o reglamentarias no es posible que otras personas o el Estado interfieran en ese dominio o control, como en las situaciones del manejo de recursos económicos relacionados con impuesto al valor agregado, la retención en la fuente (por ejemplo, la sentencia del 13 de mayo de 2009, radicado 31147, M.P. Espinoza Pérez) o situaciones como el enriquecimiento ilícito o el lavado de activos (por ejemplo, la sentencia del 9 de abril de 2008, radicado 23754, M.P. Espinoza Pérez).

Las *circunstancias técnicas especiales* se refieren a las situaciones en las que una de las partes en comparación con la otra tiene el manejo o administración de conocimientos, técnicas instrumentos o máquinas que se encuentran por fuera del conocimiento o la normal actividad de la contraparte<sup>220</sup>. La condición de *haber intervenido directamente en los hechos* se refiere a que uno de los justiciables es quien tiene el dominio y el control de la actividad que es objeto del proceso. Finalmente, *estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte* busca que la parte que está en la condición dominante tenga a su cargo la prueba de los hechos<sup>221</sup>.

Se trata, entonces, de situaciones en las que por las condiciones fácticas, sociales, reglamentarias, legislativas o convencionales uno de los justiciables se encuentra en evidente desventaja para probar los hechos pertinentes, y no tiene a su favor ningún otro tipo reglas como presunciones u otro favorecimiento. Sin duda, en este sentido, el derecho a la prueba se ve protegido con las reglas de *facilidad probatoria*. No obstante, dado que el juez en la aplicación de esta regla tiene unos criterios de justicia material, semánticamente muy amplios, siempre existe el riesgo de que el juez pueda actuar de forma arbitraria al atribuir a una de las partes la carga de aportar prueba sobre algún tópico de los hechos en el proceso.

Con el fin de contrarrestar esa amplitud del poder de decisión del juez, concedida por la regla de la *facilidad probatoria*, el CGP tiene una reglamentación para la aplicación de la misma. En efecto, el CGP (art. 167) establece que la determinación del juez sobre cuál parte

---

Cabe precisar que en materia penal la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, utiliza el término *carga dinámica* de manera impropia, y solo con fines retóricos o ideológicos, ya que en las situaciones en las que las aplica lo que existe es una auténtica presunción de culpa, de carácter general y rígida para ciertos delitos, en los que la presunción de inocencia deja de operar. La carga dinámica, desde la teoría probatoria (como se ha visto) por definición, no se aplica mediante regla general *a priori* y rígida sino de manera tópica, excepcional o complementaria con respecto a la regla general de la carga probatoria (en este caso, el *in dubio pro reo*), según las circunstancias de cada proceso en particular. En idéntico error incurre también parte de la doctrina, véase por ejemplo, Pulecio Boek (2012: 151).

<sup>220</sup> Se trata de circunstancias como en la responsabilidad médica donde el facultativo y las instituciones son las que tienen el saber con sus técnicas e instrumentos especializados, y el paciente ignora tales condiciones (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000, M.P. Hoyos Duque). Asimismo, las situaciones en las que una empresa produce un determinado producto alimenticio.

<sup>221</sup> Estas situaciones de indefensión o de incapacidad pueden presentarse en las aquellas actividades en las que existen unos sujetos en estado sujeción o de dominación con respecto a otros sujetos (en el servicio militar, véase sentencia T-741/04), como ocurre en las instituciones de internamiento psiquiátrico, de menores o las prisiones (por ejemplo, recurso de amparo contra la institución carcelaria que no atiende la salud del detenido, véase CCC, sentencia T-423/11). Lo mismo que personas en condiciones de desplazamiento forzado en razón al conflicto armado (CCC, sentencia T-327/01).

está en situación favorable de aportar pruebas o sobre determinados hechos, se realiza durante la práctica probatoria o en cualquier momento del proceso antes de fallar. Precisa aclarar que esta decisión debe estar debidamente motivada en cuanto a las condiciones fácticas de las partes frente a la realidad, los hechos comprometidos con tal situación y las pruebas pertinentes a aportar. De manera expresa este dispositivo contempla que la parte sobre la que recae la carga puede interponer *recurso* contra el decreto de la medida; habría que interpretar que se trata del recurso de reposición, como regla general para los autos<sup>222</sup>. Desde luego, mediante los recursos de apelación y casación es posible refutar la decisión del juez sobre el favorecimiento o desfavorecimiento probatorio consecuente con la conducta de la parte asumida con la medida ordenada por el juez.

La legislación colombiana tiene el mérito de prescribir un procedimiento para la adjudicación de la *situación probatoria*. Procedimiento con el cual se busca evitar, so pena de violar el debido proceso, que el juez sorprenda en la sentencia a una de las partes aplicando un desfavorecimiento probatorio por la *situación probatoria*, sin haber tenido posibilidad de conocer tal situación, ni de interponer recurso, ni de la contraprueba<sup>223</sup>.

En fin, lo que puede observarse con estas reglas, que inciden en la distribución del riesgo probatorio, es que el legislador juega con el método salomónico, introduce en el trámite del proceso un estado de necesidad para la parte y según su comportamiento la certidumbre hará eclosión a favor de una de ellas. Con las reglas de *dinamismo probatorio* el legislador habilita al juez con para que en el calor del trámite procesal, ordene «exámenes de comportamiento procesal» de cara a la prueba de los hechos, para que reluzca a partir de allí la certidumbre o la incertidumbre sobre los mismos. A pesar de que esta figura tiene la potencialidad de facilitarle el derecho a la prueba a ciertos sujetos que en la realidad tienen dificultades para hacerlo, tiene como inconveniente, como se aborda más adelante (apartado 4.3.2.), que el legislador omitió prescribir las consecuencias al desacato a la orden del juez.

---

<sup>222</sup> Ciertamente, la reposición es el recurso por norma general para los autos no susceptibles de otro en especial (CGP, art. 318). En cambio el recurso de apelación opera como regla general para las sentencias de primera instancia y para los autos de primera instancia que expresamente señale la normatividad (CGP, art. 321).

<sup>223</sup> En la legislación española este procedimiento para realizar la distribución probatoria es inexistente; por tanto, habría que entender que el juez, en la sentencia, a la parte a la que se le facilite la prueba, la puede desfavorecer con la decisión, sin que se le haya hecho saber en el trámite del proceso tal situación, sin posibilidad de recurso, ni de contraprueba, con el consecuente riesgo de indefensión para ella.

En cuanto a *sistemas especiales de responsabilidad por el daño como las presunciones de culpa*<sup>224</sup> o de *dolo*<sup>225</sup>, son situaciones de apariencia de presunciones en la medida que generan verdades interinas; pero en todos estos casos se trata de reglas de carácter sustantivo que regulan los presupuestos fácticos de las pretensiones indemnizatorias por el daño e implican una distribución especial del riesgo probatorio, porque aligeran la prueba del sujeto de la pretensión, y agravan la situación probatoria de la parte pasiva o la parte en posición de excepción o resistencia. Estrictamente, no existe alteración, ni mucho menos inversión probatoria (en el sentido de regla de decisión), solo un *thema probandum* (aquello que es necesario probar en un proceso concreto) y, como efecto, una distribución del riesgo probatorio. Obviamente, si en un caso concreto la sentencia judicial sorprende a los litigantes con un cambio de régimen de responsabilidad, puede hablarse de una alteración o de una inversión probatoria; pero esto es un supuesto de una situación anómala que tendría que corregirse mediante los recursos o las acciones pertinentes.

Los regímenes de culpa presunta o de falla presunta significan que probados los extremos objetivos de la responsabilidad (conducta, causalidad, daño) la culpa se presume, por eso al sujeto resistente le incumbe probar que su conducta fue diligente, cuidadosa y siguiendo las exigencias de la experiencia común o de la especializada. Este tipo de responsabilidad favorece la situación del sujeto de la pretensión ya que le aligera las exigencias probatorias y su aplicación ha sido usual en las situaciones de responsabilidad extracontractual en campos como la medicina o la conducción de vehículos. En el régimen de responsabilidad objetiva basta con que el sujeto de la pretensión establezca los elementos objetivos de la responsabilidad (conducta, causalidad y daño), y el sujeto resistente tendría que establecer inexistencia de conducta, quiebra del nexo causal o ausencia de daño. En consecuencia, el sujeto de la pretensión tiene más probabilidades de obtener la indemnización y el de la oposición o defensa tiene menos posibilidades de eximirse de responsabilidad; es el caso del daño al medio ambiente o la responsabilidad en el campo aeronáutico, en la construcción, o en el manejo de armas o sustancias peligrosas.

---

<sup>224</sup> El Código Civil colombiano se refiere a presunción de culpa en casos como: el art. 299 prescribe la presunción de culpa para de los padres en la administración y usufructo de los bienes de los hijos. El art. 2249 se refiere a la presunción de culpa por el depositario en caso de «fractura o forzamiento».

<sup>225</sup> El Código Civil colombiano (art. 1516) establece como regla general que el dolo debe probarse, y solo en los casos especialmente previstos en la ley se puede presumir.

También tiene el carácter de inversión del riesgo probatorio, con incidencia en *thema probandum* normas relacionadas con la protección de las personas en razón a la discriminación en ámbitos como el laboral. Este es el caso de la protección reforzada de la estabilidad laboral para la mujer en embarazo o lactancia se asume que el despido es injusto y las consecuencias dependen de si el empleador tenía o no conocimiento de tal situación (ccc, sentencia SU-070/13). Regla similar se prescribe para el caso de la persona en «situación de discapacidad» (CCC, sentencia C-458/15). Se trata de situaciones en las que se asume como verdad interina el despido injusto, si se cumplen condicionamientos normativos. La estrategia de facilidad probatoria en estos casos consiste en incidir en el *thema probandum* poniendo presupuestos fácticos especiales para cada uno de los sujetos de la relación sustancial en discusión<sup>226</sup>.

En todos estos eventos de favorecimiento probatorio para el sujeto de la pretensión, el legislador tiene fundamentos de justicia material basados en las dificultades de prueba para las víctimas por el daño, principalmente, de carácter extracontractual. El legislador trata de compensar con el aligeramiento probatorio la situación de la víctima del daño cuando se trata de actividades que en consideración a la realidad social sobrepasan la fuerza natural del individuo, o solo se dificulta la prueba por tratarse de aspectos subjetivos de la conducta frente a los cuales sería usual la duda probatoria en su contra en las resultas de un proceso. Son situaciones en las que el valor de la igualdad ha tenido justificación histórica en cuanto favorece el conocimiento necesario para el juez atribuir responsabilidad al sujeto que se encuentra en condiciones de superioridad (bien por la tecnología o por la actividad misma de riesgo) sobre los sujetos que sufren daños.

---

<sup>226</sup> En el caso español, según Ormazábal Sánchez (2004: 130 y ss.) se habla de *certeza imperfecta* como facilitación probatoria en situaciones en las que se trata de proteger a las personas por discriminación en diversos ambientes –incluyendo el del trabajo–, en el que al sujeto interesado tiene como facilidad probatoria, para su protección, demostrar los hechos con una suficiencia probatoria disminuida, bastando un *principio de prueba*, o una verosimilitud, o una baja probabilidad, o indicios.

En cuanto las *presunciones legales* o *iuris tantum*<sup>227</sup>, son reglas procesales que tienen la siguiente estructura: hecho antecedente o base, nexo y hecho presunto<sup>228</sup>. Estos componentes se encuentran expresamente configurados en la ley, dado que la normatividad describe el hecho base, y prescribe tanto la conexión como el hecho presunto. El papel del juez consiste en constatar si el hecho antecedente descrito legislativamente se encuentra debidamente probado (CGP, art. 166); en caso positivo, se presenta una sustitución entre el contenido del hecho presunto por el del hecho antecedente o probado. En otras palabras, en la presunción ocurre que el legislador autoriza que al momento de la sentencia se cambie el hecho presunto por el hecho base con la debida demostración. Puede decirse, así, que las presunciones en estricto solo afectan el *thema probandum* y no inciden, propiamente hablando, en la carga de la prueba<sup>229</sup>.

Así, en la presunción de muerte por desaparición (Código Civil colombiano, arts. 96-109) en determinadas condiciones de espacio, de tiempo y de modo, la constatación de la segunda presume la primera; lo que equivale a decir, probado el hecho base, éste entra a ocupar el puesto normativo de la muerte con las respectivas consecuencias jurídico-sustantivas; es decir, la desaparición muta a muerte. Las presunciones no tienen el carácter de medio de prueba, pero por su componente probatorio (hecho base o indicante) son reglas procesales que el legislador ha creado para cumplir una función de garantía de ciertos derechos sustanciales<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> Se advierte que en este estudio se propone denominar presunción solo a las legales *iuris tantum* que inciden en la distribución probatoria al cambiar el supuesto normativo sustancial, con la finalidad de favorecer la prueba en garantía de un derecho sustancial. Los demás fenómenos que se caracterizan por contener una verdad interina, y que se han denominado como presunciones, lo son solo de manera inapropiada, como ocurre con las presunciones judiciales, que propiamente son indicios; la presunción de derecho, que es más bien una forma de ficción jurídica; las presunciones de culpa o de dolo, que en concreto son normas sustantivas que regulan tipos de responsabilidad; las presunciones de hecho cierto, que más debidamente son cargas procesales; y las presunciones principio, son solo principios.

Sobre la problemática de la terminología de las presunciones se pueden ver los estudios de Álvarez Sánchez (2007), Montero Aroca (2011) y Aguiló Regla (2006).

<sup>228</sup> El art. 66 del Código Civil colombiano dice: «Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas».

<sup>229</sup> Al respecto, véase Aguiló Regla (2006: 51).

<sup>230</sup> Explica Devis Echandía (1981, Vol. I: 204-205), la presunción legal no es una prueba, sino exención o dispensa de la prueba, pero esto último no significa prohibición de prueba.

Debe precisarse que en el orden jurídico existen otras figuras también denominadas presunciones, pero en realidad no lo son en estricto, dado que carecen de dicha estructura condicional, tampoco cumplen la función de cambiar el contenido normativo sustancial para efectos de garantizar el derecho a la prueba de algunos derechos sustanciales por las dificultades o imposibilidades de la realidad material. Es el caso de principios como la buena fe, la inocencia, la constitucionalidad de las leyes, la legalidad de los actos administrativos, que impropia mente el legislador designa como presunciones<sup>231</sup>; lo mismo ocurre con la denominada *culpa presunta*, o lo que el CGP nombra como presunciones de hecho cierto y las presunciones de derecho o *iuris et de iure*<sup>232</sup>. Todos estos conceptos comparten que se trata de facilidades probatorias para una de las partes a fin de hacer más efectivo el derecho a probar en situaciones de desigualdad entre los justiciables por las dificultades probatorias, en consideración a las características de los hechos (por ocultamiento, intimidad o indeterminación semántica, entre otros), o por las circunstancias de los sujetos (sujeción, dominio, incapacidad y demás). A propósito de esta caracterización, debe señalarse que también ha sido usual denominar presunción al indicio; pero éste a diferencia de las anteriores figuras no tiene componente alguno de justicia material, porque no encierra ningún tipo de favorecimiento, ni trata de superar dificultad probatoria alguna<sup>233</sup>.

*Los indicios*, para efectos de este estudio, son una modalidad de razonamiento judicial probatorio que tienen una estructura, en apariencia similar a las presunciones legales, pero poseen profundas diferencias: se parecen en que parten de un hecho base o indicante, pero

---

<sup>231</sup> Aguiló Regla (2006: 51-52) explica que algunos principios como la buena fe, la inocencia, la constitucionalidad de las leyes o la legalidad de los actos administrativos se les denomina presunciones, pero no lo son en estricto porque la verdad que contienen no está sometida a condiciones. Distinto es lo que ocurre con las presunciones en estricto, dado que son reglas, y la verdad que contienen es condicional, pues dependen del hecho base y el nexo que tengan con el hecho presunto. Así, el autor distingue entre presunciones principio y presunciones regla.

<sup>232</sup> Montero Aroca (2011: 181) le niega el carácter de presunciones, por ejemplo, a las reglas de interpretación o disposiciones supletorias, o a las que establecen verdades interinas, como las presunciones de buena fe o la presunción de culpa.

<sup>233</sup> Precisamente, como lo establece la CCC (sentencia C-388/00, M.P. Cifuentes Muñoz, apartado 4.º), la presunción «beneficia a una de las partes del proceso, pues la libera de la carga de demostrar el hecho que se presume y que resulta esencial para la adopción de una determinada decisión judicial (...). No obstante, al beneficiar a una de las partes, la ley que establece la presunción termina por afectar a la parte contraria, que resulta finalmente compelida a demostrar la inexistencia del hecho presumido, bien directamente, ora desvirtuando los llamados hechos antecedentes. Por esta razón, un sector de la doctrina ha entendido que las presunciones tienen el efecto procesal de invertir la carga de la prueba».

en las presunciones este hecho es descrito legalmente, mientras que en el indicio, es libre, pues el hecho base y el nexos los escoge el juez con base en la razón<sup>234</sup>. Los indicios están epistémicamente integrados al razonamiento judicial. En cambio, *las presunciones en estricto* (legales), si bien tienen una base epistémica consistente en que existe un hecho indicante que se condiciona a la prueba del mismo, no obstante, este se describe legalmente, tiene condicionamientos de espacio, tiempo y modo que buscan justicia material al favorecer una situación probatoria<sup>235</sup>, el nexos y el hecho presunto son prescritos por el legislador; en efecto, el nexos es un juicio de probabilidad que hace el legislador<sup>236</sup>, y el hecho presunto normativamente queda establecido con certeza, aunque derrotable con la contraprueba. Por ello, en las presunciones legales hay una suerte de combinación entre componentes

---

<sup>234</sup> El Código Civil colombiano (art. 66) prescribe: «Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal».

Este dispositivo legal define la denominada *presunción legal*. En esta regulación puede apreciarse cómo la presunción legal tiene una estructura similar al indicio (a veces denominado como *presunción judicial*), ya que en este también se presenta una deducción o inferencia a partir de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, pero lo característico de la presunción legal es la determinación legal de sus componentes. El indicio es un método de razonamiento en la valoración probatoria; en cambio, la presunción, propiamente dicha (la legal), en un método probatorio que permita mutar o cambiar una posición o situación jurídico sustancial por otra (por ejemplo, la desaparición por la muerte o la capacidad económica por el ingreso de un salario mínimo), con las implicaciones que tiene en favorecer a una de las partes con la exoneración probatoria y como regla especial de distribución del riesgo probatorio. El indicio no distribuye el riesgo probatorio, ni exonera de prueba; por el contrario, el indicio se construye a partir de las pruebas que hacen parte del conjunto que el juez valora.

La presunción legal no es un método de razonamiento en la valoración probatoria, pero implica un método de razonamiento para el legislador, ya que éste, como lo prescribe la CCC (sentencia C-388/00, apartado 5.º) debe establecerla de tal manera que « (...) aparezca como razonable –es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia–, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin».

<sup>235</sup> Un ejemplo de la combinación de componentes epistémicos y de justicia material lo trae la CCC (sentencia C-388/00) –aunque no se use exactamente esta terminología– sobre la constitucionalidad del art. 155 del derogado Código del Menor (Decreto 2737/1989), el cual establece que ante la dificultad probatoria para valorar la capacidad económica de quien debe alimentos, «en todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal». Norma ésta que repite el art. 129 del Código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098/06). La sentencia en cuestión analiza que si bien, probabilísticamente, no todo colombiano logra ganarse el mínimo legal, no obstante, quien decide tener hijos asume la responsabilidad de alimentarlos y de protegerlos adecuadamente, y para evitar el riesgo de la evasión de la obligación, el legislador establece dicho monto a la manera de presunción, que facilita la prueba a la parte débil, los menores y, a la vez, permite la contraprueba del demandado.

<sup>236</sup> En la presunción legal el legislador hace un juicio de razonabilidad en el sentido de que a partir «(...) de las reglas de la experiencia, es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. La probabilidad se define, principalmente, a partir de datos empíricos. No obstante, en algunas circunstancias, el legislador puede encontrar probable la conducta que, según el ordenamiento jurídico, debe seguir un sujeto razonable (o lo que en derecho civil aún hoy se denomina un buen padre de familia)» (CCC, sentencia C-388/2000, apartado 6.º).



epistémicos y otros de justicia material<sup>237</sup>; es decir, aunque de ninguna manera las presunciones legales son ficciones jurídicas, sí existe un grado variable de ficción en ellas; pues le dan certeza a hechos que son presupuestos de derechos sustanciales que buscan protegerse<sup>238</sup>.

En las denominadas presunciones de culpa (o falla presunta) o presunción de dolo se trata de situaciones de favorecimiento probatorio para una de las partes, pero son normas de derecho sustancial, que carecen de una estructura en la que exista un hecho base o indiciario que esté en conexión con algún hecho presunto. Lo de presunción en la culpa es solo un problema de terminología para designar una *verdad* interina. Los principios como la presunción de inocencia (CP, art. 29) o la buena fe (CP, art. 83; Código Civil colombiano, art. 769) son principios constitucionales que tratan de proteger a ciertos sujetos tanto en los ámbitos procesales como en los extraprocesales frente a la actividad del Estado o de los particulares; se trata de exenciones de prueba y ordenan un tratamiento especial para las personas en diversas situaciones de la vida.

El sistema de justicia de Sancho Panza en la ínsula Barataria es solo una metáfora para ilustrar lo que ocurre cuando el legislador, con su sabiduría, busca mover el comportamiento de las partes en uno u otro sentido. En este caso, el legislador en el campo del derecho sustancial mueve el riesgo probatorio con las reglas sobre la culpa, el dolo, o simplemente con los sistemas de responsabilidad objetiva o subjetiva. Este mecanismo es solo un eslabón más de la compleja cadena de artificios que permiten relucir en el juez los estados de

---

<sup>237</sup> La CCC (sentencia C-388/00) considera al respecto: «(...) un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta».

<sup>238</sup> Debe mencionarse que muchas presunciones no tienen un componente de justicia material evidente, pero la circunstancia misma que el legislador asegure la certeza del hecho presunto es una postura política de éste sobre el valor que le da al derecho sustancial que se encuentra involucrado. Por ejemplo, presunciones del Código Civil colombiano, como la del art. 764, el cual dice que «La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición»; sin duda, trata reforzar la situación probatoria del poseedor al reputar la tradición del dominio. O la del art. 784 que prescribe sobre el tiempo de la posesión: «si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio»; facilita el acceso a la prueba de la posesión al eximir de la prueba de todos los momentos de la posesión. Similar sentido de justicia existe en la regla con respecto a la prueba del pago que contiene el art. 1628 al establecer que la «carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos (...)». El art. 911 consagra que «toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera (...)»; regla que asegura el acceso a la prueba de la medianería, y pone en la parte contraria la carga procesal de contraprobar la función del muro o pared.

certidumbre o incertidumbre. Precisamente, concurren con estos mecanismos sustanciales los procesales, que mueven la conducta de las partes mediante las cargas procesales del hecho cierto.

En efecto, *las presunciones de hecho cierto* de que trata el CGP son más bien cargas procesales que inciden en el ámbito de la valoración probatoria en cuanto al peso de un medio de prueba o en el acervo probatorio sobre un hecho en particular, y tienen más fines de *eficientismo* procesal que de hacer justicia material. Se trata de figuras procesales que pese a la denominación jurídica, no son propiamente presunciones legales; más bien guardan similitud con los indicios, en combinación, en muchos casos, con componentes de la denominada confesión espontánea. Se parecen a los indicios en que se parte de un hecho base consistente en la conducta procesal que se conecta a un hecho inducido, y que tienen incidencia en la valoración probatoria. Poseen la apariencia de presunciones legales en cuanto a que la normatividad describe las condiciones modales y espacio temporales del hecho indicante, además prescriben la conexión y el hecho consecuencia; incluso al hecho inferido se le otorga el carácter de *verdad* o certeza interina, condicionada a la contraprueba.

Algunas de estas cargas procesales son condición del valor de medios de prueba como la confesión o el documento; otras, se refieren al valor de la prueba de algunos hechos que adquieren el grado de certeza en virtud de la conducta procesal. Las cargas de hecho cierto le incorporan grados variables de ficciones a la valoración probatoria; por eso, a diferencia de las presunciones en estricto, no tienen como función inmediata garantizar un derecho sustancial, ni se trata de normas especiales de distribución del riesgo probatorio. Las presunciones en estricto no inciden en la valoración probatoria sino en la forma de probar un derecho sustancial; pues el favorecimiento solo consiste en variar el *thema probandum* de tal manera que se facilite la prueba en situaciones de dificultad.

En fin, las presunciones *iuris et de iure* aunque tienen una estructura similar a las presunciones *iuris tantum* o, en sentido estricto, se diferencian en cuanto al resultado, dado que en las primeras se genera una ficción jurídica<sup>239</sup>, mientras en las segundas predomina el componente epistémico sobre la ficción. Además, las de derecho al no admitir la prueba en contrario (Código Civil colombiano, art. 66) no se les puede tratar como un método de

---

<sup>239</sup> La CCC (sentencia C-388/00, consideración 3.<sup>a</sup>) se refiere a las presunciones *iuris et de iure* como auténticas ficciones jurídicas.

prueba. Las presunciones legales admiten prueba en contrario (Código Civil colombiano, art. 66; CGP, art. 166); razón por la cual se les puede tratar como un método probatorio pues regulan una forma específica de probar o contraprobar ciertos derechos sustanciales que se quieren proteger, como en el caso de los bienes, derechos o situaciones jurídicas de las personas desaparecidas<sup>240</sup>, la muerte en circunstancias especiales<sup>241</sup>, la protección de la filiación de las personas<sup>242</sup>, las relacionadas con el vínculo matrimonial<sup>243</sup>, de la propiedad, la posesión o la servidumbre<sup>244</sup>. El método de la presunción legal es darle una certeza que admite prueba en contrario (CGP, art. 166), según la circunstancias de la vida, o el *status* de las personas o de sus bienes<sup>245</sup>. Las de derecho generan una ficción de *statu quo* que puede resultar contrafáctica, contraria a la realidad o a la experiencia de la vida.

Especial mención merece la denominada Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448/11, arts. 77 y 78) en las que se establecen presunciones legales y de derecho y otras facilidades probatorias. Por ejemplo, como presunción de derecho se establece que,

(...) existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados durante el periodo previsto en el artículo 75, entre la víctima de este, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes conviva, sus causahabientes con las personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la Ley cualquiera que sea su denominación, o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros (...).

---

<sup>240</sup> Establece art. 97 (Código Civil colombiano) sobre la presunción de muerte por desaparición.

<sup>241</sup> El art. 95 (Código Civil colombiano) establece la presunción de *commorientancia* en situaciones de incertidumbre en el orden de fallecimiento en un mismo acontecimiento.

<sup>242</sup> El art. 214 prescribe la presunción de paternidad del hijo nacido en el tiempo determinado normativamente, sea dentro del matrimonio o de la declaración de unión marital de hecho.

<sup>243</sup> Cuando el Código Civil colombiano –art. 154– regula la causal de divorcio por relaciones sexuales extramatrimoniales establece que estas se presumen «(...) por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges».

<sup>244</sup> El Código Civil colombiano prescribe las siguientes: el art. 762 establece que el poseedor es *reputado* dueño. El art. 764 dispone: «La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición». El art. 784 prescribe sobre el tiempo de la posesión: «si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio».

<sup>245</sup> La CCC (sentencia C-388/00, apartado 4.º) establece que las presunciones tienen «el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones».

Por eso, la presunción de ausencia de consentimiento o la causa ilícita tienen como hechos antecedentes que el negocio se haya dado en el tiempo que ampara la normatividad de transición, que se trate de bienes inscritos en el registro de tierras despojadas o forzosamente abandonadas, y que el adquirente sea una persona condenada por el delito de pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados. Se trata entonces de una presunción que requiere de declaraciones administrativas y judiciales anteriores como las de registro del bien en esa condición especial de abandono o desalojo y la condena penal del adquirente. Esta presunción facilita la prueba de componentes subjetivos de dificultad probatoria como el consentimiento o la licitud de la causa; pero exige de las instituciones del Estado una actividad administrativa y judicial de gran envergadura. Tarea que para el momento actual ha sido incompleta porque el Estado no ha tenido un compromiso serio y contundente con los jueces<sup>246</sup>; por eso el alcance de tal presunción en la realidad resulta muy precario.

Esta normatividad transicional de la Ley de Víctimas también establece presunciones legales sobre la prueba de ausencia de consentimiento y causa lícita cuando el negocio de adquisición ocurre en zonas colindantes donde han ocurrido actos de violencia generalizados y otros fenómenos de violaciones graves a los derechos humanos; o en inmuebles en los que se haya solicitado medidas de protección individual o colectivas; o en zonas en las que con posterioridad a la existencia de amenazas o donde se cometieron hechos de violencia se hubiera «producido un fenómeno de concentración de la propiedad», o «alteraciones significativas de los usos de la tierra» (minería, monocultivos, ganadería extensiva). Asimismo, cuando el negocio de la propiedad se realizó con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico; o el valor del negocio es inferior al 50 % menos de lo normal, entre otras.

En todos estos eventos se presenta la estructura de las presunciones legales, y tienen incidencia en la distribución del riesgo probatorio, favoreciendo a las víctimas de las

---

<sup>246</sup> Infortunadamente en lo referente a la condena de personas relacionadas con grupos ilegales y sus posibles colaboradores tiene como obstáculo la ineffectividad de las normas de transición dirigidas a grupos ilegales (paramilitares o autodefensas), denominada Ley de Justicia y Paz (a Ley 975 de 2005), en las que, según informa la Contraloría General de la República de Colombia (2017), en diez años de vigencia solo han emitido 47 sentencias en las que han condenado a 192 personas de un total de 2.378 postulados –integrantes de grupos que se sometieron voluntariamente a la justicia transicional con la obligación de decir la verdad y entregar los bienes–. Considera la Contraloría que la precariedad de los resultados se debe, entre otras causas, a la falta de capacidad de respuesta del aparato judicial, con sus procedimientos de investigación, acusación y juzgamiento.

violaciones a los derechos humanos. Asimismo, sin duda, se constituyen en mecanismos de efectividad del derecho a probar, y se encuentran justificadas tanto en lo epistémico como en la justicia material. También esta legislación se refiere impropiamente a otras presunciones, que como se analiza enseguida, se trata más bien de cargas procesales que inciden en el peso probatorio.

#### 2.1.1.2.2. *Las reglas del peso probatorio.*

La libertad de la apreciación probatoria significa que no está jurídicamente tasada, pero esto no representa arbitrariedad, sino que el juez se encuentra limitado por la racionalidad común a otros ámbitos de la vida, de la ciencia o la tecnología; de esta forma, el testimonio se valora con mecanismos del sentido común como también de la psicología o la sociología; en otras palabras, la valoración probatoria en un ámbito gobernado por la epistemología. No obstante, el CGP, por autoridad de la ley, establece reglas que limitan esta libertad, como en el caso de las denominadas *presunciones del hecho cierto*<sup>247</sup>. En efecto, tales *presunciones de hecho cierto*, consisten en reglas jurídicas que inciden en la valoración probatoria, bien porque se refieran al peso de un medio de prueba o al peso del acervo probatorio de un hecho. Lo *cierto*, según el Diccionario de Real Academia de la Lengua Española, es lo «conocido como verdadero, seguro, indubitable». En otras palabras, el hecho cierto es aquel sobre el cual existe certeza; aunque es derrotable con la contraprueba.

Las cargas procesales que inciden en el peso probatorio son de dos clases: las que recaen en el medio de prueba y las que afectan el acervo probatorio. Las del medio probatorio son regulaciones, como en la confesión o los documentos, en las que el legislador establece unas condiciones procesales a fin de que el juez pueda decidir sobre su capacidad demostrativa. Al respecto, el CGP (arts. 203 y 205) establece las siguientes cargas procesales para la parte llamada a absolver un interrogatorio: si es debidamente citada al interrogatorio (bien procesal o extraprocesal) tiene la de comparecer; si concurre, tiene la de contestar al interrogatorio; si contesta, tiene la de hacerlo de manera coherente y sin evasivas. La infracción de estas cargas

---

<sup>247</sup> Precisamente Devis Echandía (1981, Vol. I: 110) menciona que la libertad de apreciación probatoria tiene en algunos países excepciones como: 1) la confesión judicial debe aceptarse como prueba de la verdad de los hechos cuando recae sobre derechos disponibles; 2) los hechos afirmados por una parte y aceptados por la otra, según unos códigos, o simplemente no discutidos, según otros, deben tenerse como ciertos, en los mismos casos en que es admisible la confesión; 3) el mérito probatorio que le asigna la ley a los documentos públicos.

por la parte conlleva a que el juez en la sentencia pueda considerar que los hechos objeto del interrogatorio se dan por ciertos, siempre y cuando se trate de hechos susceptibles de prueba de confesión.

Con estas *presunciones de hecho cierto* el legislador agudiza su sabiduría sobre el comportamiento procesal de las partes, pone al límite la sagacidad del legislador para hacer traslucir la certidumbre sobre los hechos a partir del *examen* de la conducta de las partes. Es Sancho Panza haciendo brillar la mentira con el juego de la *bolsa de monedas*; se trata de una estrategia psicológica que actúa como *detector de mentiras*<sup>248</sup>. En estos mecanismos del CGP las soluciones no son tan maravillosas, pero urden la trama que llega a la certidumbre del caso. Paso a paso, de huella en huella, de omisión en omisión, de acto en acto de las partes, el peso de la certidumbre va arribando a las puertas de la decisión.

El derogado CPC/70 (art. 201) se refería indistintamente a la confesión ficta y la presunta, y el CGP (art. 205) habla de confesión presunta. En todo caso, existe un nivel de ficción en cuanto que la legislación le asigna el valor probatorio de *cierto* (certeza), pero este puede enervarse probatoriamente por la parte desfavorecida. Algo similar ocurre con los documentos, frente a los cuales se establece una carga procesal similar, y se prescribe que cuando estos son emanados de las partes o de terceros «(...) elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos (...)» (CGP, art. 244). Lo auténtico en los documentos significa grado probatorio de certeza sobre la autoría de los mismos.

Existen otras cargas de conducta procesal de las partes que constituyen indicios endoprocesales de valor tasado con respecto a un hecho particular o de los hechos relacionados con la pretensión o con la excepción, y que en algunos casos exigen que el derecho litigioso sea susceptible de confesión, y en otros no. En los siguientes casos se exige

---

<sup>248</sup> Dice Estévez (2015) «Hace 2900 años que Salomón empleó una “maniobra” psicológica. La espada del ajusticiador actúa como un “detector de mentiras”. De la misma manera que este instrumento puede sugerir quien está diciendo o no la verdad, la técnica que el sabio rey ha aplicado ha dado el mismo resultado». Mathew Henry (como se citó en Estévez (2015) dice: «Para encontrar la madre verdadera, él no podía intentar determinar a quien el bebé amaba más. Por lo tanto, él trata de encontrar quien es la que más ama al niño. Las dos pretendían afección al niño pero su sinceridad es probada cuando el niño está en peligro».

que el derecho sea susceptible de confesión: la presunción de hecho cierto de las proposiciones fácticas de la demanda o de la contestación de la demanda según la parte, por ejemplo, que incurra en inasistencia a la audiencia inicial del procedimiento verbal (CGP, art. 372); o «la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad» (CGP, art. 97); o que alguna de las partes impida la práctica del dictamen (art. 233).

Para la aplicación de la carga procesal del hecho cierto, en los siguientes casos el CGP no exige que el derecho sea susceptible de confesión: que el demandado no indique en forma precisa y univoca las razones por las cuales niega o no le constan los hechos en la contestación de la demanda (CGP, art. 96.2); cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la inspección se presumen ciertos los hechos que la otra parte pretende demostrar con ella (art. 238); la renuencia a la práctica de la prueba de ADN hace presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada (art. 386.2).

¿Por qué en algunas cargas procesales del hecho cierto se pone como condición que el derecho sea susceptible de confesión (esto es disponible)<sup>249</sup> y en otras no? La respuesta se relaciona con la explicación que da el jurista italiano Battistuzzi (2006: 409) sobre la razón del límite de la disponibilidad del derecho en la confesión, la cual se encuentra en el carácter de prueba tasada que ha tenido este medio de prueba, en cuanto a que el mismo confiere a la parte confidente el poder de definir la controversia, lo cual solo es posible en la medida en que esta parte pueda disponer del derecho en litigio. Dicha explicación puede trasladarse a las denominadas presunciones de hecho cierto que si bien, por regla general, no tienen la potencialidad de definir el conflicto, sí aportan un componente variable de ficción en el grado probatorio y definen como ciertos algunos hechos a condición de la ausencia de contraprueba.

---

<sup>249</sup> La disponibilidad en la confesión, como lo explica Devis Echandía (1981, Vol. I: 622) se refiere a que se «pueda disponer de él mediante un acto de voluntad de persona capaz»; por tanto, son indisponibles, y además irrenunciables aquellos derechos cuyo nacimiento y cuya extinción no dependen de la voluntad individual de las personas capaces, por relacionarse con el orden público o el interés general, o porque la ley los otorga como consecuencia de actos solemnes (como el matrimonio), o de hechos jurídicos (como el nacimiento). Así, la confesión es ineficaz para probar la filiación legítima; la calidad de esposo o esposa, porque es consecuencia del hecho del matrimonio; la calidad de hijo respecto de la madre es resultado del nacimiento. Se trata de hechos o actos ajenos a la voluntad del confidente; aunque el confidente tenga la voluntad de tener la calidad de padre o esposo no la puede adquirir por la voluntad misma o porque así lo declare, sino por los actos o los hechos jurídicos que se hayan dado en la realidad.

En este sentido, resulta razonable que en la aplicación de las cargas procesales del hecho cierto se exija que el derecho sobre el que verse el proceso sea disponible.

Ahora bien, qué razón tuvo el legislador para no exigir la disponibilidad del derecho en los casos de los arts. 96.2 (la falta de manifestación precisa y unívoca de las razones por las cuales el demandado niega o no le constan los hechos), el 238 (cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la inspección) y el 386.2 (renuencia a la práctica de la prueba de ADN). En el caso de que se omitan en la demanda las razones precisas y unívocas de la negación o de que no le consten los hechos puede explicarse por la relevancia que le da el legislador a la colaboración de las partes, y en el caso de la contestación es un mecanismo efectivo para prevenir una importante fuente de abuso procesal en las situaciones en que el demandado, estratégicamente, asume la cómoda posición de solo forjar la incertidumbre sobre los hechos. Esta novedad legislativa compele al demandado a asumir una actitud más leal y veraz con la revelación de los hechos y las pruebas. En la situación del obstáculo a la inspección judicial y en la renuencia a la prueba de ADN sobre la filiación existe una razón de fondo para que sea aplicable en casos de derechos no disponibles, cual es el alto grado de confianza que tiene el legislador en la inspección judicial y en las pruebas de ADN.

Debe mencionarse que las cargas procesales del *hecho cierto* resultan ser una suerte de combinación entre el indicio y la confesión. El componente de indicio se explica porque estas cargas tienen incidencia en la valoración probatoria a partir de la conducta procesal de parte que se evidencia ante el juez y los demás intervinientes del proceso, en las audiencias, actas o actos procesales. El componente de confesión porque se trata de las actuaciones procesales de las partes, el componente ficticio de lo *cierto* y en muchos de los casos, con la exigencia de disponibilidad del derecho litigioso. El carácter de presunción legal es solo de apariencia, pues si bien tiene la estructura del indicio, la ficción de la confesión y la posibilidad de la contraprueba, la diferencia se encuentra en que estas cargas procesales no inciden en el *thema probandum*, ni se establecen en protección de algún derecho sustancial en especial. Las cargas procesales del peso probatorio, a diferencia de las presunciones en estricto, inciden en el peso de las inferencias que se hagan a partir de las pruebas sobre los hechos; por ello, tienen su influencia en la valoración probatoria.



¿Qué es preferible, que el proceso se defina con la regla de la carga de la prueba ante la duda probatoria o que termine con certeza probatoria basado en variables grados de ficción probatoria?

Cabe anotar que existe una relación inversamente proporcional entre la carga de la prueba y las cargas procesales del peso probatorio, pues un mayor peso legal de la prueba sobre los hechos tiene como efecto que un mayor número de casos alcanza el estándar probatorio y, por consiguiente, resulta menor el número de situaciones que se resuelve con la carga probatoria. No obstante, finalmente se produce el efecto que mientras mayor sea el peso legal de la prueba, mayor es el número de falsos positivos; esto es, aumenta el riesgo de error en las sentencias condenatorias. Si el proceso termina en duda probatoria significa simplemente que la parte que le incumbe la prueba no logró superar la incertidumbre del interés jurídico sustancial perseguido en el proceso. Pero si logra su interés jurídico sustancial con base en cargas procesales que generan la ficción de lo *cierto*, sin duda alguna se incrementan las probabilidades de emitir sentencias injustas, en las que se adjudique el derecho a quien no se lo merece y de arrebatárselo a quien debe detentarlo. La modalidad de error más tolerable proviene de la aplicación de la carga de la prueba por incertidumbre probatoria. Resulta más peligroso el error de la carga procesal del *hecho cierto* porque tiene la potencialidad de afectar la valoración probatoria misma; razón por la cual, puede conllevar a que se den por probados hechos que en la realidad no lo están; es decir, tiene la posibilidad de mutar la situación de incertidumbre por certidumbre. Pese a esto, el CGP consagra un juego de reglas de peso que incluye, como se estudia enseguida, los indicios endoprocerales, que si se compara con alternativas como la disminución del estándar de prueba, el resultado es favorable para aquellas.

Respecto a los *indicios endoprocerales*<sup>250</sup>, el CGP los usa de manera amplia –aunque no emplee esta terminología– de dos maneras: de un lado, en forma de carga procesal para la realización de algunos actos procesales, y de otro para ser objeto de valoración de la conducta

---

<sup>250</sup> De indicios *endoprocerales* habla Muñoz Sabaté (2012: 168) para referirse a aquellos «cuya fuente suele ser la conducta procesal de las partes o las afirmaciones marginales, imperceptibles sin una adecuada dosis de atención y sagacidad, contenidas en cualquier espacio de la narrativa procesal o del resto del proceso».

procesal de las partes libremente por parte del juez<sup>251</sup>. En ambos casos se regula el indicio para incidir en la sentencia, pero en el primero se afecta el peso de la prueba, mientras que en el segundo no. Cuando el indicio afecta el valor probatorio, hay que decirlo, así la legislación expresamente no lo ordene, debe entenderse como regla que opera siempre y cuando no concurren otras cargas procesales como la del *hecho cierto*; porque no es posible que sobre una misma situación probatoria concurren dos reglas del peso probatorio diferentes. Cuando el indicio se valora libremente por el juez no existe incompatibilidad alguna con las reglas del peso probatorio.

Sobre la carga procesal del *indicio grave*, hay que decir que el CGP (art. 165) asume el indicio como medio de prueba. No obstante, pese a esta prescripción legal, en este estudio, se parte del indicio como una forma de razonamiento a partir de las pruebas en el proceso al momento de la valoración probatoria. El indicio se define mejor como una forma de inferencia racional a partir de las pruebas en el proceso. El indicio, en términos de Muñoz Sabaté (2016: 25, 40 y 55), tiene «una función avisadora»; «indicio es algo que delata la existencia de algo»; «el indicio no sería más que la transformación intelectual del hecho en bruto»; existe un pareo entre el hecho y el indicio: el hecho es el componente físico y el indicio es una entidad lógica. Obviamente, como ocurre con cualquier prueba, las inferencias probatorias no solo las hace el juez, sino que las hace cualquier persona. Por ello, el indicio cumple una función imprescindible en la investigación policial de los hechos.

Es de anotar que el CGP parte de la idea de que el indicio es un medio probatorio (art. 165), pero a veces, lo trata como una prueba con un peso disminuido, y en algunos eventos lo usa como carga procesal que incide en el peso de la prueba. Por ejemplo, el CGP (art. 205) en el interrogatorio de parte, cuando no se cumplen los condicionamientos de la confesión presunta (conducta procesal + disponibilidad del derecho litigioso + otros requisitos procesales –que las preguntas sean asertivas y por escrito–), entonces la conducta procesal de la «inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada». En este mismo sentido, el CGP en el art. 233 prescribe que si alguna de las

---

<sup>251</sup> Sobre la valoración de la conducta procesal de las partes, véase Guimarães Ribeiro (1998: 125-129) en el proceso civil brasileño y en la doctrina y la incidencia que tiene en el juzgamiento de los hechos por el juez en la sentencia...

partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen. El art. 238 establece que:

(...) cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la inspección se le impondrá multa (...). se presumirán ciertos los hechos (...) o se apreciará la conducta como indicio grave en contra si la prueba hubiere sido decretada de oficio.

Asimismo, se presenta el caso del art. 267 que alude a la situación en la que el documento se encuentra en poder de opositor y se opone a su exhibición, situación en la que se tendrán por ciertos los hechos, salvo cuando éstos no admitan prueba de confesión, caso en el cual «la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor». Puede verse que la prescripción de indicio en contra de la parte por una conducta específica constituye una modalidad de prueba tasada, la ley establece el hecho indicante, el nexo y el indicado; además, en algunos de los casos es tasado como grave. Pero, al mismo tiempo, el CGP concibe el indicio como un medio de prueba con capacidad disminuida; por ello, lo pone en las situaciones en las que no opera la carga del *hecho cierto* cuando se cumple el requisito confesional de la disponibilidad del derecho.

Cabe anotar que la caracterización de estas figuras como indicio resulta preferible a la de confesión. Como indicio significan mayor protección del valor del conocimiento, y como confesión implicaría restringirles su potencialidad con el fin de generar conocimiento útil para el juez. El papel de legislador debería consistir en prescribir cargas procesales que tengan como consecuencia tomar la conducta procesal como indicio. Luego, la función del juez, como ejercicio propio de la valoración racional probatoria, es la estructuración del nexo y el hecho indicado, y la determinación de la gravedad del mismo.

Sin duda, se aprecia en el CGP una especie de gradualidad de las medidas que buscan la efectividad de la prueba de los derechos procesales. Puede verse que las cargas del *hecho cierto* se configuran para comportamientos graves en que incurran las partes en la actividad procesal, y se constituyen en una forma de sanción para la parte que tiene la potencialidad de llevar a la pérdida del derecho; por esta razón, debe tratarse de derechos disponibles por las partes, y también explica el carácter confesional de la medida. En las situaciones en que el legislador establece el indicio grave, aluden comportamientos de parte que afectan la actividad procesal, pero que por tratarse de situaciones de derechos indisponibles la consecuencia no es la certeza del derecho sino de una inferencia que admite ser pesada con otras inferencias en el proceso.

Por su parte, el CGP también regula los indicios libres, los cuales deben entenderse como los que el legislador no preestablece ni el hecho indicador ni su peso probatorio, y por consiguiente, deja en manos del juzgador su estructuración y valoración a partir de la conducta procesal de las partes. Al efecto, el art. 241 (CGP), establece: «el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes»; asimismo, en el art. 280, prescribe la motivación de la sentencia en sus aspectos probatorios, constitucionales o legislativos; además, establece que «el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella». Sin duda, desde el derecho a la prueba, resulta muy pertinente que la legislación autorice al juez a valorar la conducta procesal de las partes. En efecto, el mérito para el conocimiento judicial de la autorización del legislador de la valoración de la conducta procesal de la parte como indicio es que puede ampliarse considerablemente su ámbito de aplicación pues opera para todo tipo de derecho litigioso, independiente de su carácter de disponible.

Cuando el legislador autoriza extraer indicios libres (sin configuración legal previa) en las que no se tasa la gravedad del indicio y, por ende, no se prescribe el nexo entre el hecho indicante y el indicado, se trata de una figura que no afecta de manera alguna el peso probatorio, y se relaciona más con la validez jurídica de la prueba. En efecto, dado que en el ámbito del proceso las partes solo tienen derechos procesales frente al juez, y que los deberes y las cargas solo por excepción legal se configuran por el legislador. Por ello, habría una prohibición de objeto de valoración probatoria si el juez toma la conducta procesal de la parte como indicio en contra de sus pretensiones o excepciones; pero si el legislador establece como carga procesal observar una determinada conducta procesal y como consecuencia autoriza valorarla indiciariamente, no existiría tal prohibición de objeto. Ahora bien, el carácter innominado o abierto de conducta procesal que puede conllevar a indicio, no necesariamente implica afectar los derechos procesales del justiciable. La autorización del legislador al juez para establecer indicios por la conducta procesal de las partes es una manera de regular cargas procesales judiciales; indicando con esto que el juez es quien concreta los componentes de las mismas.

Precisa mencionar que las cargas procesales del *hecho cierto* y del *indicio grave* se parecen al sistema de los *indicios libres* en que compele a las partes a colaborar con el conocimiento para el proceso, pero se diferencia en que las dos primeras tienen un

mecanismo automático de más fácil aplicación por los jueces, pero la tercera puede resultar a la larga más beneficiosa para el conocimiento judicial de los hechos, por la mayor amplitud cognitiva. La ventaja de la autorización legal para valorar la conducta procesal mediante el libre razonamiento indiciario es que no se incluyen componentes ficticios, y si los jueces actúan con diligencia, son mecanismos eficaces para contrarrestar el abuso de las garantías procesales (*hipergarantismo*). Con los indicios libres, la idea es que el juez los valore con fundamento en la sana crítica a partir del conjunto probatorio, según la realidad de los hechos, evitando, en lo posible, sentencias judiciales basadas en ficciones.

En el caso de las cargas procesales del hecho cierto, el legislador prefiere, en la configuración de las mismas, algunos componentes ficticios de la confesión. En los indicios endoprocesales libres, el componente de carga procesal solo tiene la función de autorizar al juez indicios en contra, todos los demás elementos de la estructura del razonamiento indiciario los pone el juez con base en la razón<sup>252</sup>; así, en el indicio libre no existe componente alguno de ficción; y aunque se ubican en la valoración probatoria, no inciden en el peso de la prueba; además, por tratarse de razonamiento judicial, es necesario que el juez los motive adecuadamente. En cambio, las cargas procesales con sus ficciones del hecho cierto o del indicio grave, aunque derrotables con la contraprueba, son de una aplicación más eficiente por los jueces, ya que por estar preconfiguradas jurídicamente, no tienen que estructurarlas ni hacer ejercicio alguno de motivación, y como resultado de su aplicación, sí tienen gran incidencia en la decisión del juez sobre el peso de las pruebas<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Sobre los indicios endoprocesales, desde la legislación española, dice el profesor De Miranda Vázquez (2011b: 20):

«Situados en el ámbito del proceso civil, entendemos que la conducta procesal de las partes, desplegada por éstas o por sus representantes y defensores técnicos, constituye un elemento probático, capaz de contribuir a la convicción del Juez sobre la verdad de una determinada afirmación de hecho controvertida. Y no se funda tal consideración en el deber de colaboración procesal de las partes, sino más bien en un fundamento puramente psicológico». Explica De Miranda Vázquez (2011b: 20) que las afirmaciones o las pruebas que propone una de las partes puede «causar en la contraparte una reacción defensiva radical» cuando ve que sus intereses pueden verse perjudicados; se trataría por tanto, de una especie de una especie de «confesión tácita o indirecta».

Esta doctrina es aplicable a la modalidad de indicios endoprocesales libres del CGP en la que el juez con base en la sana crítica construye el razonamiento indiciario a partir de la conducta relevante de la parte.

<sup>253</sup> Muñoz Sabaté (2016: 91-92) realiza una clasificación de los indicios endoprocesales de la siguiente manera: 1) de normalidad, tono y coyuntura; la *normalidad* apunta a una versión de los hechos que resulte verosímil, ajustada a cánones o patrones universales; el *tono* se refiere a la forma que se presenta la narrativa, y el de *coyuntura* descansa en la oportunidad u oportunismo; «diríamos que «psicoanaliza» el motivo»; 2) de conducta

Sobre la carga procesal de la *prueba sumaria*, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448/11, art. 5) prescribe: «basta a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba»; luego, en el art. 78 concreta la aplicación de esta regla al establecer que:

(...) basta con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan (...).

Desde la legislación procesal puede extraerse que la *prueba sumaria* se entiende como la que tiene carácter de extraprocesal y no ha sido contradicha.

La categoría *prueba sumaria* tiene diversos usos en el CGP, por ejemplo: en el testimonio extraprocesal y sin contradicción (art. 384); también existe una cláusula abierta de modalidades de prueba sumaria como el art. 127 al regular los incidentes menciona que cuando en estos se discutan los hechos, «a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos». Asimismo, el art. 173 permite a la parte que haya tratado de obtener una prueba haciendo el uso del derecho de petición ante las autoridades, debe presentar prueba sumaria de la negativa de tales autoridades a fin de que el juez ordene tal prueba<sup>254</sup>. Por consiguiente, pueden ser prueba sumaria tanto los testimonios, las pericias, las inspecciones, como los registros administrativos o documentos no contradichos. Por su lado, toda la actuación realizada por las autoridades administrativas en virtud de la Ley Víctimas y de Restitución de Tierras para la inscripción de víctimas o de desalojados es básicamente la prueba sumaria que la parte interesada puede ingresar al proceso de restitución de tierras.

Debe precisarse que, cuando la legislación procesal asigna el carácter de requisito probatorio para algunas actuaciones o decisiones judiciales a la prueba sumaria, se presenta una doble caracterización de la misma, le concede validez y al mismo tiempo le da el peso de prueba mínima. Ciertamente, el legislador muta la condición de inválida, por doble condición de extraprocesal y no contradicha, a válida y, por ende, con valor legal. Asimismo, cuando realiza esta mutación jurídica le asigna, frecuentemente, una función de prueba mínima como condición para un acto procesal o de una decisión. En la mencionada Ley de

---

omisiva; como la de eludir a someterse a la declaración de parte; 3) la conducta oclusiva; como en el caso de someterse a la prueba de ADN; 4) la conducta mendaz. 5) la conducta hesitativa.

<sup>254</sup> En los arts. 185, 267, 268, 372.3.6 del CGP, la prueba sumaria también tiene la función de prueba mínima de las excusas por incumplimiento o inasistencia de las partes a interrogatorios, diligencias u otras actuaciones.

Víctimas y Restitución de Tierras ocurre que la actividad probatoria recaudada por las autoridades administrativas que realizan las inscripciones de víctimas y desalojados o desplazados y de inscripción de bienes inmuebles en la condición de desalojo sirven de prueba en el proceso judicial en que se decide sobre la restitución. Toda esta actuación es extraprocesal y no contradicha y, en consecuencia, inválida como prueba judicial, pero al ingresar al proceso muta su condición a válida y además la ley le asigna suficiente peso para soportar la sentencia judicial en el evento en que la contraparte no logre enervar los hechos.

Sin duda, la prueba sumaria y la carga procesal que se le asigna se constituye en la piedra angular de esta legislación transicional de Víctimas y de Restitución de Tierras, porque se trata de una prueba de origen administrativo que, además, constituye una forma de prueba social en el sentido que trata de investigarse el contexto social, los lugares, actores, conflictos económicos y políticos que envuelven la problemática del desalojo de tierras. Esta actividad probatoria se traslada luego, como prueba sumaria, al proceso y en éste adquiere validez jurídica de prueba judicial y también es condición de una regla de carga procesal, que incide en la valoración, ya que determina el peso probatorio, consistente en que si no es contraprobada por el demandado tiene como consecuencia jurídica que adquiere el grado de certeza para decidir. No constituye regla de estándar probatorio, porque su regulación no consiste en determinar qué grado probatorio es suficiente para emitir sentencia, sino que la autoridad legal trata de definir el grado que alcanza la prueba como consecuencia del incumplimiento de una carga procesal. Tampoco es norma de distribución probatoria porque el legislador no señala qué hechos prueba una parte o la otra, sino que solo establece un favorecimiento probatorio que opera en la valoración, como consecuencia de una carga procesal.

#### *2.1.1.2.3. Las reglas de suficiencia probatoria y la efectividad del derecho a la prueba.*

En un momento anterior del presente estudio se menciona que la *insuficiencia probatoria* resulta un supuesto de carácter negativo al aplicar la regla de la carga de la prueba, producto de la valoración probatoria del juez en los eventos en los que decide que existe ausencia o duda probatoria. Ahora bien, al legislador, mediante norma general y abstracta, le compete establecer el estándar de prueba «en atención a los valores en juego en cada tipo de

proceso»<sup>255</sup>. Ciertamente, en el establecimiento de un estándar de prueba, como norma, bien para todo tipo de procedimiento o para alguno en particular, se involucran consideraciones ético-políticas referidas a un sentido de justicia. Puede verse cómo existe una relación directamente proporcional entre la exigencia de un grado probatorio para la sentencia y la cantidad de casos que se resuelven con la duda probatoria; entre más alta es la suficiencia probatoria mayor la tasa de casos que se resuelve con la duda probatoria, y viceversa. Este fenómeno también se relaciona con la tasa de error que puede tolerar un sistema jurídico; en términos de Ferrer Beltrán (2007: 80-81):

(...) si el estándar de prueba en el proceso penal es más exigente se producirán menos condenas falsas y más absoluciones falsas, mientras que el efecto será exactamente el contrario si el estándar se sitúa en un punto menor de exigencia. Pues bien, ésta es una decisión que queda absolutamente en el ámbito político-moral sobre el que la epistemología no tiene nada que decir. Para ello es necesario, pues, que se pronuncie el derecho.

En el caso colombiano, puede decirse que cuando el CPP (art. 381) exige que «para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda», se establece estándar de prueba. Cabe anotar que en el paso de las pruebas a la conclusión sobre la verdad de los hechos no es posible, objetivamente, superar *toda duda*, por ello resulta preferible hablar de la enervación de la duda razonable. Así, la suficiencia probatoria en materia penal es un estado probatorio en el que la duda sobre la inocencia se encuentra superada<sup>256</sup>. Por su lado, el CGP, de *lege lata*, omite definir la suficiencia probatoria para la sentencia condenatoria; no obstante, de *lege data*, puede decirse que cuando el art. 164 obliga al juez a que su «decisión debe fundarse en las pruebas (...) allegadas al proceso», significa que el juez solo puede aceptar como verdadero un enunciado fáctico en la sentencia si lo encuentra probado<sup>257</sup>. Mientras no haya regla jurídica en contrario, lo probado significa que tiene suficiente grado probatorio para superar el estado de duda o la incertidumbre sobre los hechos; porque resulta un contrasentido lógico-jurídico considerar un *hecho probado* y al mismo tiempo estimarlo

---

<sup>255</sup> Así, Stein, A., como se citó en Ferrer (2007: 47-48).

<sup>256</sup> En el CPP/2004 existe regla expresa sobre el estándar de prueba, y se repite en varios de sus arts.: 7, 91, 101.

<sup>257</sup> Ferrer (2005: 77) explica que el significado «está probado que *p*», es que hay elementos de juicio suficientes a favor de la aceptación de *p* como verdadera. Menciona también el autor (2005: 73-78) que no debe confundirse lo que *es verdadero* con lo que *es tenido como verdadero* (o aceptado como verdadero); lo primero es la correspondencia con el mundo, y lo segundo es lo que decide el juez a partir de los datos probatorios del proceso. Lo *tenido como verdadero* por el juez solo significa que se encuentra suficientemente probado, aunque puede ocurrir que no corresponda con el mundo; y puede acontecer que lo que es verdadero porque corresponde con el mundo, el juez no lo acepte como verdadero, por no tener los elementos probatorios suficientes.



en duda. Por tanto, si está en duda la proposición fáctica, se aplica la carga de la prueba; si no hay incertidumbre sobre la proposición, significa que está suficientemente probada y que se puede aceptar como verdadera. En conclusión, la exigencia jurídica de la necesidad de la prueba en la decisión judicial, implica, a su vez, una regla de la suficiencia probatoria.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 217.2) establece que «corresponde al actor y demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos». Ahora bien, la *certeza* probatoria debe entenderse como el estado probatorio en el que el juez considera que razonablemente ha superado la incertidumbre o la duda sobre las proposiciones fácticas del proceso. Así, la enervación de la incertidumbre es la certidumbre o la certeza. En estos términos, la fórmula de la suficiencia probatoria española resulta ser similar a la del CGP de Colombia. En ambos países, sus sistemas procesales tienen estándares probatorios igualmente subjetivos, y resultan significando lo mismo, bien que se utilice la expresión *certeza*, o *más allá de toda duda*.

De todo lo expuesto en este capítulo, puede decirse que se presenta una secuencia de actos procesales-probatorios relacionados con el derecho a la prueba en los que el estándar de prueba se encuentra involucrado: hay cargas procesales, como los indicios de conducta innominada que inciden en la valoración de la prueba en el sentido que compelen a las partes para que en el ejercicio de sus derechos actúen con diligencia, lealtad, veracidad, probidad y buena fe, colaborando activamente a fin de que el acervo probatorio de la decisión del juez sea lo más completo posible; el conocimiento verdadero se ve favorecido con este tipo de reglas. También el legislador, en casos puntuales, contempla unas medidas de mayor impacto para la situación probatoria de las partes que son las cargas del hecho cierto, que inciden en el peso de las pruebas de los hechos; con estas medidas se hace efectiva la colaboración de las partes en aspectos como el conocimiento de los hechos y de las pruebas por el demandado, a fin de que no asuma una posición estratégicamente de omisión o de obstrucción; similar sentido tienen las cargas del indicio grave.

En este esquema, el CGP trata de que en los procesos judiciales el peso de las pruebas sobre los hechos pueda lograr el estándar de superar la incertidumbre o la duda probatoria, ya que el juez contará con herramientas coercitivas que compelen a las partes a la colaboración efectiva de aportar los hechos y las pruebas sobre los mismos. Ahora bien, en un esquema procesal-probatorio de estas características puede decirse que las situaciones de ficción

creadas por algunas de estas reglas probatorias que inciden en el peso probatorio se ven compensadas con el alto estándar que exige la legislación procesal para reconocer una pretensión o en su caso una excepción. Ciertamente, entre más alto sea el grado de ficción que tenga el peso de las pruebas mayor posibilidad de lograr el estándar probatorio y, por ende, más sentencias condenatorias pueden obtenerse. Sin duda, en las situaciones de dificultad probatoria, el derecho a la prueba se ve favorecido con las reglas del peso probatorio, dado que puede lograrse el nivel de suficiencia de lo probado con mayores posibilidades.

Ahora bien, ¿la disminución del estándar de prueba es un mecanismo adecuado para la efectividad del derecho a la prueba? ¿Es compatible la disminución del estándar con las cargas procesales del peso probatorio?

Cabe advertir que la discusión del *standard of proof* ha sido un asunto más propio de la tradición del *common law* donde se ha usado como instrucciones al jurado (juez de los hechos) para la formación del juicio fáctico condensada a la manera de estándares, y que opera en un momento posterior a la valoración probatoria (Abel Lluch, 2014: 28). No obstante, la discusión sobre esta temática en Colombia se dio por cuenta del *activismo judicial* que suele practicar la jurisprudencia del Consejo de Estado; por ejemplo, en el tema de la responsabilidad extracontractual, en el que la doctrina sobre la prueba de la culpa, ha variado entre la *culpa probada*, la *culpa presunta*, la *falla presunta* y la *carga dinámica*; en el campo de la prueba de la relación de causalidad, ha mutado entre la *certeza probatoria*, la *disminución del estándar de prueba* y la *imputación objetiva*<sup>258</sup>. Cambios de doctrina que

---

<sup>258</sup> En el campo de la responsabilidad médica estatal, en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, se presenta una pronunciada inestabilidad en cuanto a las reglas jurídicas a aplicar en la prueba en los campos de la culpa y de la causalidad: en el año 1990 (sentencia 5902 del 24 de octubre, M.P. De Greif Restrepo) se rechaza la regla general de la responsabilidad por el daño de la *culpa probada* y se cambia por la *culpa presunta*; luego, en 1992 (sentencia 6897 del 30 de julio, M.P. Suárez Hernández) se prescribe la denominada *falla presunta*; la cual tuvo cierta estabilidad hasta el año 2000 (sentencia 11878 del 10 de febrero, M.P. Hernández Enríquez) cuando se cambió por la denominada *carga dinámica de la prueba*, que tuvo vigencia hasta el año 2006 (sentencia 15772, M.P. Ruth Stella Correa) que la varía por la doctrina de los *indicios*. No obstante, paralelamente, también tuvo vigencia a partir de 1999 (sentencia 11169 del 3 de mayo, M.P. Hoyos Duque) denominada doctrina de la disminución del estándar de prueba, pero aplicable solo a la prueba de la relación causal; línea jurisprudencial que fue desechada en el año 2006 (por la misma sentencia 15772) para ser reemplazada por la misma doctrina de los *indicios*. Pero mientras se aplica la doctrina de la disminución del estándar probatorio también comienza en el 2007 (sentencia 16010 del 19 de septiembre, M.P. Gil Botero) la teoría de imputación objetiva, mediante la cual se busca desechar el concepto de relación causal (Ruiz Jaramillo L.B. y García Arcila O., 2010:16-18).

han tenido como fundamento el argumento de la equidad, partiendo de la consideración según la cual, habitualmente, el paciente (la parte demandante) se encuentra en situación de dificultad probatoria, con respecto al médico o el centro asistencial (demandado).

En esa jurisprudencia tuvo una efímera aplicación con lo que denominó la *disminución del estándar probatorio* en los casos de responsabilidad médica. En esta jurisprudencia se tenía como preocupación la dificultad para el demandante de la prueba del nexo causal en consideración a la imposibilidad de probarlo con certeza probatoria; razón por la cual con base en la equidad se considera que basta con la prueba de una probabilidad prevaleciente. Según la sentencia 11169/99 (Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Hoyos Duque) en consideración a que no puede obtenerse la verdad objetiva de la relación de causalidad en la responsabilidad médica o asistencial, por la multiplicidad de factores que inciden, no es exigible el estándar de prueba de la certeza sino el de la probabilidad prevaleciente o preponderante. Por ello, cuando existan dos o más hipótesis verosímiles sobre la relación de causalidad por el daño resultado ante la práctica médica, basta con una probabilidad o verosimilitud preponderante<sup>259</sup>.

No obstante, esta efímera línea jurisprudencial de Consejo de Estado tiene varios inconvenientes, de un lado, genera una grave inseguridad jurídica al cambiar las reglas probatorias al momento de la sentencia judicial, afectando el derecho a la prueba a la parte

---

Precisamente, ya se han mencionado en esta investigación los inconvenientes de los cortos períodos de tiempo para los jueces en el cumplimiento de su función jurisdiccional. Precisamente, un ejemplo de efecto de la inestabilidad del juez es la inseguridad jurídica. En las altas cortes de Colombia la tendencia es que cada magistrado quiere aplicar una línea jurisprudencial propia, aun en perjuicio del interés público que representa la justicia. Esta es la razón por la que se ha usado la expresión peyorativa *activismo judicial*, para descalificar esta inconveniente forma de aplicar la justicia.

<sup>259</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia 11169 de 1999, se refiere a una menor de edad quien a raíz de una masa en la zona dorso-lumbar los médicos optaron por practicarle una biopsia sin ordenar otro análisis más específico; procedimiento que le produjo una hemorragia al lesionar la arteria de la médula. Para esta sentencia, aunque la menor se movilizaba por sí misma antes del procedimiento médico, no existe certeza sobre la causa de la paraplejía porque en la menor preexistían problemas sensitivos. La sentencia condenatoria no se basa en la certeza probatoria, sino en la probabilidad prevaleciente de que la causa de la invalidez de la menor fue la mala práctica médica.

También el Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, en sentencia 13284 del 22 de marzo de 2001 (M.P. Ricardo Hoyos Duque) trata de un caso en el que se duda sobre si la muerte de una recién nacida fue por falta de atención de la institución médica o por una regurgitación de leche en sus vías respiratorias. La sentencia absuelve al demandado ya que no se llegó a un suficiente grado de probabilidad preponderante.

Otras jurisprudencias del mismo Consejo de Estado en este mismo sentido: sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000 (M.P. Hernández Enríquez); sentencia 13166 del 21 de febrero de 2002 (M.P. Alier E. Hernández Enríquez).

demandada; pues ésta inicia y desarrolla el proceso con base en la regla, según la cual, le incumbe el riesgo de probar todos los extremos de la responsabilidad a la parte que persigue tal efecto; y el proceso termina en que cierto grado de duda probatoria puede desfavorecerle. Además, se presenta un uso muy impreciso sobre términos como *certeza*, *probabilidad* y *verosimilitud*; pues como se anuncia desde el apartado de la *introducción* de este estudio, en teoría probatoria se tiene claro que solo puede hablarse en términos de probabilidad<sup>260</sup>; por eso expresiones que usa tal línea jurisprudencial como *probabilidad prevaleciente*, o *verosimilitud preponderante* se quedan en una total indefinición; convirtiendo la decisión judicial y su motivación en una mera retórica, en intuicionismo, sin apoyo racional alguno. Finalmente, como lo explica Gascón Abellán (2010: 140), no es legítimo disminuir el estándar probatorio de manera indiscriminada, ya que «la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional».

Por lo anterior, debe decirse que existen otras soluciones a la problemática de la dificultad probatoria de la relación de causalidad y de otros fenómenos como los aspectos subjetivos de la responsabilidad, o la problemática de los vicios de consentimiento o la ilicitud de la causa, como las regulaciones de formas especiales de responsabilidad por el daño desde el derecho sustancial, las presunciones legales en estricto o las cargas procesales sobre el peso de la prueba. Sin duda, una disminución del estándar probatorio facilitaría la tarea de los jueces, y las sentencias a las que se recurra a la carga de la prueba se reducirían ostensiblemente.

Por último, cabe mencionar que en un sistema procesal como el colombiano donde se recurre ampliamente a aumentar el peso de las pruebas sería contraproducente que en el mismo caso se disminuyera el estándar probatorio. En realidad aumentar el peso legal de la prueba equivale a disminuir el estándar de prueba, ya que el peso legal implica un grado variable de ficción jurídica que en última instancia significa que la parte favorecida tiene menos carga de aportación de prueba. Por ello, resulta constitucionalmente inconcebible que frente a un mismo caso, en un proceso judicial en concreto, se aumente el peso de la prueba

---

<sup>260</sup> Sobre la probabilidad en materia probatoria, véase Taruffo (2002: 179-180).

y al mismo tiempo se disminuya el estándar probatorio; esto puede llevar a la indefensión de la contraparte y a que se emitan sentencias sin un razonable apoyo probatorio.

Puede decirse que con el CGP asistimos, al socaire del aumento de peso probatorio, a una indirecta disminución del estándar probatorio de manera puntual con respecto a determinados derechos litigiosos o según las circunstancias de los litigantes. Esta solución que trae el CGP de aumentar el peso probatorio con base en criterios más o menos definidos, que se concretan en el proceso y se someten a la contradicción es preferible a la indeterminación y ambigüedad que significa la disminución del estándar de prueba; realmente, cuando se habla de disminución del estándar de prueba se emplea un lenguaje con tan alta indeterminación semántica que se termina haciendo justicia al mero arbitrio del juez.

De lo anterior puede observarse que el derecho a la prueba se ve rodeado en su eficacia de múltiples mecanismos del orden sustantivo, como también procesal (las presunciones legales y las cargas del hecho cierto y los indicios endoprosesales) que se constituyen en garantías en el sentido fuerte de la palabra ya que hacen realidad el derecho en situaciones de dificultad o excepcionales (como el caso de la carga procesal de la prueba sumaria en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras); no obstante, el legislador también contempla muchas normas de tipo sancionatorio que buscan, en algunas de ellas, también proteger el valor conocimiento para el proceso.

Existe una diferencia palpable entre el proceder del legislador civil y el penal en cuanto a su preocupación por lograr la verdad: el civil, examina el comportamiento de las partes con diversos artificios, mientras que el legislador penal prefiere buscar la verdad usando la fuerza misma. El legislador civil utiliza muy pocos mecanismos coactivos para obtener la prueba y el legislador penal se especializa en generar excepciones a los derechos fundamentales para lograr esa verdad. El legislador civil tiene la sabiduría de Sancho Panza para que la certidumbre reluzca y el penal tiene la sabiduría del científico que busca la verdad en el objeto mismo. El legislador civil busca la certidumbre con el artificio que ingresa al proceso para que las partes la revelen con su conducta. Siendo más estrictos con la terminología, el legislador penal con sus mecanismos técnicos o científicos se ocupa más de obtener la verdad, en cambio, el legislador civil, con sus artificios se ocupa más de lo verosímil que de la verdad propiamente. Sin duda, como se estudia en el apartado de la valoración probatoria (capítulo

4º), la justicia salomónica más que buscar la verdad, se ocupa de lo que *semeja verdadero*; es decir, va en busca de la «apariencia de verdad»; el símil de lo verdadero.

### ***2.1.1.3 De las sanciones punitivas, las multas, el arresto o la conducción forzada.***

Ciertamente son muy variadas las situaciones que contemplan sanciones de tipo punitivo y de diversa naturaleza, tanto para las partes como para terceros que infrinjan deberes en relación con la lealtad, la probidad, la buena fe, la veracidad y demás en las actuaciones jurídico probatorias. El espectro de conductas relacionadas con la prueba o el conocimiento de los hechos y de sanciones es realmente muy amplio, pero en esta oportunidad solo se busca subrayar cuáles son los valores que se protegen con estas medidas y el juego de consecuencias o sanciones que contempla<sup>261</sup>. Cabe anotar que la Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia (art. 58) establece unas reglas mínimas del poder correccional del juez, que se somete al debido proceso<sup>262</sup>, para controlar las infracciones de las partes o de terceros a las reglas básicamente del comportamiento frente a las actividades del proceso y de la prueba.

Las partes y los terceros tienen deberes que hacen efectivos con sanciones como multas, arresto, conducción forzada o la fuerza efectiva; asimismo, se incluyen las conductas relacionadas con la prueba que se sancionan penalmente. En el caso de las partes, el CGP le da prioridad a las consecuencias propias de las cargas procesales (desfavorecimientos probatorios o pérdidas de oportunidad), pero a veces, como en los siguientes casos, las conductas son de tal relevancia que contempla sanciones adicionales como la multa o arresto:

- Alegación de hechos contrarios a la realidad conlleva a sanción de multa (Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia, Ley 270/96, art. 60A –adicionado por la Ley 1285/09).

---

<sup>261</sup> El jurista brasileño Guimarães Ribeiro (1998: 119-130) se refiere a la tendencia actual en el derecho comparado a exigir de las partes en los procesos judiciales, en especial en el civil, una conducta procesal de colaboración con el proceso, observando la lealtad, la buena fe y otros valores, so pena de sanciones en el mismo proceso..

<sup>262</sup> Al respecto, la CCC (sentencia T-351/93, M.P. Barrera Carbonell, cons. II, 6) establece que en la imposición de arresto como medida correccional del juez dentro del proceso debe seguirse el debido proceso; en este mismo sentido, véase la T-242 de 1999 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano, cons. III). Esta última sentencia cita la posición que asumía la Corte Suprema de Justicia (sentencia 6 de febrero de 1989, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein) bajo el régimen constitucional de 1886, con respecto a las medidas correccionales del juez al considerar que en la imposición de las mismas se exceptuaba el principio del debido proceso constitucional, al no exigirse para las mismas la garantía del juicio previo.

- También tiene multa la obstrucción, por acción u omisión, de la práctica de pruebas; o por no suministrar la información o los documentos que estén en su poder y les fueren requeridos en inspección judicial o mediante oficio (la Ley 270/96, art. 60A – adicionado por la Ley 1285/09). El CGP (art. 44) contempla sanción de arresto a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia; asimismo, prescribe la expulsión de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso. También el CGP (art. 238) sanciona con multa la conducta de impedir la prueba, el dictamen pericial (art. 233) o la inspección.
- La Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia (Ley 270/96, art. 60A – adicionado por la Ley 1285/09) sanciona con multa la conducta de no prestar debidamente colaboración en la práctica de las pruebas y diligencias. En este mismo sentido, el CGP (art. 44) sanciona con multa a los empleadores o representantes legales que «impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados para rendir declaración o atender cualquier otra citación que les haga».
- También las partes son sancionadas con multa en caso de incurrir en exceso en el juramento estimatorio (art. 206, CGP), y en la tacha de documentos (art. 274 CGP) para quien la interpone y no prospere.

En el caso de los testigos, tienen el deber de asistir al interrogatorio, a no ser que el juez les imponga la conducción forzada y la sanción de multa (CGP, art. 218). También tienen el deber de declarar so pena de incurrir en sanción de multa si rehúyen (CGP, art. 221.8).

Asimismo, los terceros, a no ser que incurran en multa, tienen los deberes de exhibición (CGP, art. 267), de rendir los informes que solicite el juez de manera pronta y con exactitud (CGP, art. 276).

Finalmente, el Código Penal colombiano, en los «delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia» (título XV) establece el «falso testimonio» (cap. 3, arts. 442-44A); los «delitos contra medios de prueba y otras infracciones» (cap. 9, del título XV), los que incluyen conductas punibles como las amenazas a testigo (art. 454A), el ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454B), impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas (art. 454 C). Asimismo, establece el de «fraude procesal» (cap. 8, art. 453), «fraude a resolución judicial» (art. 454); otras conductas como las «falsas imputaciones» (art. 435 a 440) y la «omisión de denuncia» (art. 441).

Pese a la amplitud de conductas que recoge el Código Penal colombiano en protección de la prueba y del conocimiento para fines judiciales, debe decirse que estas normas de garantía adolecen de ineficacia estructural, porque para el año 2016 Colombia ocupa el tercer puesto a nivel mundial en impunidad<sup>263</sup>. Por ello, la incidencia del sistema punitivo para evitar los crímenes contra los medios de prueba y otras infracciones relacionadas con el conocimiento de los hechos tiene poco impacto, y estaremos ante una garantía muy leve. Son garantías muy completas en el «papel», pero fútiles de cara a la realidad. Este no es un asunto baladí, pues del sistema punitivo, la garantía de los derechos constitucionales, como el de la prueba, depende la seguridad física de las personas, la vida de las mismas; en este caso, la integridad física, la vida del testigo (entendido en sentido amplio: la parte, el tercero o el perito).

### **2.1.2. El aseguramiento probatorio**

El aseguramiento<sup>264</sup> con sus mecanismos se relaciona con la investigación en materia judicial, la cual se reserva, principalmente, para las actividades extraprocesales en las que los litigantes, mediante la búsqueda de las fuentes de prueba, preparan sus hipótesis fácticas para establecer sus pretensiones o defensas o como fundamento de las diversas medidas cautelares. En materia penal, la investigación también se denomina *instrucción* o *indagación* y cuenta con una amplia regulación; mientras que en materia civil y otros procesos de demanda, se tiene por sobreentendido como una actividad privada de las partes; aunque puedan darse actuaciones puntuales por los jueces. La investigación se encuentra relacionada con la prueba. Mediante la investigación las actuales o futuras partes buscan las fuentes de prueba y diversas informaciones, con las cuales, a su vez, tratan de establecer los supuestos fácticos de la pretensión, la acusación o la defensa. En el proceso, con los medios de prueba, las partes propenden porque el juez decida si encuentra justificado el presupuesto fáctico de la pretensión, de la acusación o de la defensa<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Según el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (2016), Colombia ocupa el tercer puesto en impunidad entre los países que hacen parte de la ONU y entre los que reportan las estadísticas (hay 134 países que no reportan datos sobre el funcionamiento de su justicia).

<sup>264</sup> Al respecto, Devis Echandía (1981: 135) le da carácter de principio de derecho probatorio a esta facultad coactiva del juez en la obtención de la prueba.

<sup>265</sup> Sobre las relaciones entre la investigación y la prueba Haack (2014: 30-39) dice que en el campo de la vida ordinaria y en el científico la tarea de un investigador es descubrir la verdadera respuesta a su pregunta; entonces, su obligación es buscar todas las pruebas que pueda y evaluarlas de la manera más justa posible. A su vez, mediante la prueba se busca establecer cuan bien está justificada una afirmación factual. Asimismo,



Ahora bien, las medidas de aseguramiento probatorio no pueden confundirse con la investigación ni con la prueba. No obstante, el derecho a la prueba integra la investigación y la prueba mediante los mecanismos de aseguramiento. La concepción privatista de la investigación (con sus mecanismos de aseguramiento) en los procesos civiles o similares degrada el derecho fundamental a la prueba a un derecho de autonomía privada; como si se tratara de un anexo al derecho privado, con el efecto de negar el carácter público del mismo derecho, ubicándolo en una libertad general en la que opera la ley del más fuerte<sup>266</sup>. La omisión del legislador de regular mediante ley estatutaria el ejercicio del aseguramiento de la prueba durante la investigación –y también en el proceso– afecta la efectividad del derecho constitucional a la prueba, y constituye una laguna jurídica que debería suplir el mismo legislador, y frente a la que la CCC debería usar el mecanismo de la inconstitucionalidad normativa para contribuir a su remedio.

El aseguramiento consiste en la aplicación de diversos mecanismos, algunos cautelares, autorizados mediante normas jurídicas que buscan garantizar las fuentes de prueba o el conocimiento para el proceso. Estos mecanismos son: 1) los actos coactivos, 2) las pruebas anticipadas, 3) la preconstitución de la prueba y 4) la cadena de custodia<sup>267</sup>.

Según Devis Echandía (1981, Vol. I: 279), el aseguramiento o defensa de la prueba está íntimamente relacionado con «la investigación de la prueba», y consiste en las «medidas encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas, y a conservar las cosas y circunstancias de hecho que deben ser probadas en el juicio». Dice el autor que existen tres tipos de medidas de aseguramiento probatorio: a)

---

afirma que las diferencias entre la investigación científica y la judicial son borrosas porque en ambas no siempre se cumple con desiderátum como la completitud, la imparcialidad, la aptitud y la honestidad. No obstante, la investigación judicial no permite la revisión indefinida en el tiempo, existen numerosas exclusiones y los sistemas procesales (adversariales o inquisitivos) no siempre se estructuran para favorecer la búsqueda de la verdad.

<sup>266</sup> Sobre las implicaciones de concebir un derecho de autonomía de la voluntad, véase a Ferrajoli (2011: 716-717-722).

<sup>267</sup> Al respecto, Roxin (2000: 249 y ss.) dice: «para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal (...) Las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión a un derecho fundamental». Este es el caso, por ejemplo, de las injerencias en la libertad individual, en la integridad corporal; en la propiedad; en la inviolabilidad del domicilio; en el secreto postal, epistolar y de las comunicaciones a distancia; en el derecho a la libertad de ejercer una profesión; en el derecho a la autodeterminación informativa; en los servicios de video de multimedios.

apoderamiento material preventivo de cosas, e inclusive de personas, en calidad de custodio o secuestro, para su conservación y presentación posterior al proceso; b) recepción anticipada o prejudicial de la prueba; c) coerción oficial para la práctica probatoria, la cual puede ser física (como en los allanamientos de inmuebles o incautación de objetos) o mediante sanciones penales, jurídicas (presunción de ser cierto el hecho o de existir el documento, pérdida de un derecho procesal) o económicas, para la concurrencia de los testigos o de las partes a absolver interrogatorios y la presentación de los objetos o documentos.

Se precisa que, en este estudio, los deberes y las facilidades probatorias (presunciones o cargas procesales) tienen la característica de ser garantías de efectividad transversales a muchos tipos de figuras jurídico-procesales tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal; además, las presunciones y las cargas procesales no buscan asegurar una fuente de prueba, sino solo aplicar una ficción o una *verdad* interina; excepto las cargas procesales consistentes en indicios libres a partir de la conducta procesal, pero tienen su aplicación en la valoración probatoria. Los mecanismos de aseguramiento se toman también como garantías de efectividad, pero su ámbito de aplicación es básicamente el extraprocesal, y su funcionalidad se relaciona principalmente con la protección o defensa de la fuente de prueba. No obstante, los mecanismos del allanamiento o aprehensión de elementos también pueden ser practicados durante el proceso.

Se advierte que la preconstitución de prueba tiene mecanismos básicamente extraprocesales (actuación unilateral o contractual del interesado, incluyendo al Estado), pero también procesales como en el caso de la denominada *prueba por informes*, que es la que ordena el juez y la practica el particular o la entidad estatal a la manera de informe escrito. Se precisa que la prueba por informes es una forma de preconstitución probatoria que ordena el juez en el trámite del proceso, pero también es posible que las partes o sus apoderados soliciten informes directamente ante entes privados o públicos para un proceso presente o futuro.

A continuación se describen los actos coactivos; luego se abordan las pruebas extraprocesales o anticipadas; ulteriormente, se analiza la preconstitución de la prueba y, finalmente, los mecanismos de la custodia de la prueba.

### ***2.1.2.1. Los actos coactivos de aseguramiento probatorio que afectan los derechos fundamentales.***

El poder coercitivo es una de las características propias de la jurisdicción. En términos de Devis Echandía<sup>268</sup>, «la suerte del proceso y de la justicia que con él se quiere impartir dependen de la prueba, es absurdo que el juez carezca de facultades para obtenerla». Por tanto, es propio del ejercicio del derecho a la prueba que el juez disponga de distintas medidas con algún grado afflictivo para garantizar su realización. Sin embargo, no deja de ser problemática la legitimidad de algunas de ellas desde la perspectiva de los derechos fundamentales. A continuación se relacionan los mecanismos coactivos que regula el CGP:

El juez podrá practicar el allanamiento de habitaciones, establecimientos, oficinas e inmuebles en general, naves y aeronaves mercantes, y entrar en ellos aun contra la voluntad de quienes los habiten u ocupen, cuando deba practicarse medida cautelar, entrega, inspección judicial, exhibición o examen de peritos sobre ellos o sobre bienes que se encuentren en su interior (art. 112).

Se trata de un poder amplio que tiene el juez en los eventos en que deba realizar una diligencia de medida cautelar (embargo o secuestro), o en los eventos en que practique una inspección judicial, se ordene la exhibición de documentos o en la práctica de una prueba pericial. En todos estos eventos el juez puede afectar el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

Los condicionamientos básicos para el allanamiento consisten en que, antes de proceder al allanamiento, debe buscarse el consentimiento del morador (CGP, art. 113), y solo en el evento que no lo conceda puede procederse al uso de la fuerza pública. De otro lado, esto solo puede realizarse durante las horas de despacho y para los fines previstos en el mismo código (CGP, art. 113). Para no frustrar el aseguramiento de la prueba, estas normas contemplan la posibilidad de que el juez ordene la vigilancia del lugar donde se encuentren los enseres, muebles o documentos por la policía, poniendo cerraduras, sellos y adoptando las medidas necesarias para garantizar su conservación (CGP, art. 113).

---

<sup>268</sup> Devis Echandía (1981, Vol. I: 135) dice que en virtud del poder coactivo del juez en la obtención de «los documentos, las cosas y, en ocasiones, la persona física, cuando es objeto de prueba (para exámenes médicos, por ejemplo), deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso». En ejercicio de este poder, las coacciones utilizadas pueden consistir en el allanamiento de inmuebles o la inspección de archivos documentales, en la conducción forzosa del testigo o de la parte para los interrogatorios, en la imposición de multas, «en la consecuencia jurídica de dar por reconocido un documento o por confesado un hecho y en la pérdida de oportunidades procesales».

Debe tenerse presente que el CGP prefiere los mecanismos que generan *verdades* interinas al aseguramiento de la fuente de prueba. En el proceso penal a diferencia del proceso civil existen múltiples mecanismos coactivos que buscan y aseguran la fuente de prueba. Aunque en civil existen los allanamientos del domicilio y otros lugares, con la finalidad principal de asegurar cosas u otros elementos que coinciden con el asunto mismo del litigio y no tanto como prueba. Desde luego, el elemento incautado o asegurado es objeto de inspección y a partir del mismo pueden hacerse razonamientos indiciarios, pero el elemento tiene un valor para el conflicto mismo.

En los eventos en que se requieran documentos, el CGP prefiere el mecanismo de la exhibición y de las cargas y deberes procesales que están en su práctica. Si el objeto o el documento se encuentra en poder de la contraparte la renuencia a la entrega o exhibición es la carga del hecho cierto. Si el elemento o el documento se encuentran en manos de un tercero, podría ser más viable proceder al allanamiento de morada para su obtención.

#### ***2.1.2.2. Las pruebas extraprocesales o anticipadas.***

El CGP (arts. 183, 187 y 188) usa las expresiones *pruebas extraprocesales* y *testimonios anticipados* indistintamente; prescribe modalidades de pruebas que pueden practicarse ante el juez, notario o alcalde; e incluso, también dispone las pruebas que pueden practicarse de común acuerdo entre las partes. Por ello, debe decirse que desde el CGP puede hablarse de una equivalencia entre las expresiones *pruebas extraprocesales* y *anticipadas*. No obstante, tradicionalmente, la prueba extraprocesal se ha caracterizado por ausencia del juez en su práctica; en cambio, la prueba anticipada ha requerido del juez y la contradicción probatoria<sup>269</sup>. De forma usual, la prueba anticipada se ha constituido en una excepción a la inmediación<sup>270</sup> en el sentido de que el juez de la valoración es físicamente distinto al juez de la práctica; en cambio, en la prueba extraprocesal concretamente se ha sacrificado la figura misma del juez competente, ya que la prueba se realiza ante autoridades administrativas o particulares, con o sin funciones públicas. No obstante, si se trata de anticipada o

---

<sup>269</sup> Sobre la prueba extraprocesal y la anticipada véase Parra Quijano (2001: 359-360).

<sup>270</sup> Sobre tensión entre la figura de la prueba anticipada y el principio de la inmediación en el CPP, véase la CCC, sentencia C-1154/05 (cons. 1.8., M.P. Cepeda Espinosa)

extraprocésal encuentra su justificación para evitar un mal mayor, la desaparición de las fuentes de prueba con el paso del tiempo y otras circunstancias.

Ahora bien, puede decirse que con las pruebas extraprocésales (o anticipadas) el CGP busca llanamente una *probatio ad perpetuam rei memoriam*; y su finalidad no se restringe a la protección de la prueba ante el peligro del paso del tiempo, de la acción de la naturaleza o de actos humanos. En efecto, el CGP opta por dejar en libertad a las potenciales partes de definir si requieren de prueba extraprocésal, porque no exige justificación de la necesidad o la urgencia de la prueba para su solicitud y trámite<sup>271</sup>. De manera que, así no exista urgencia, ni temor fundado de que la prueba pueda alterarse o desaparecer la parte puede optar por solicitarla. Esta amplitud en cuanto a los motivos para acudir a la prueba anticipada favorece el derecho a la prueba; porque en contraste, en legislación pretérita se prescribía la restricción al testimonio anticipado por la enfermedad de las personas, aunque la realidad del país ha mostrado situaciones igualmente traumáticas para las personas como el riesgo de desplazamiento forzado, de desaparición o secuestro, por acción de grupos armados o de la fuerza pública<sup>272</sup>.

La condición general que pone el CGP (art. 183) para el trámite de la prueba extraprocésal es la «observancia de las reglas sobre citación y práctica establecidas». Luego se observa cómo existen unos condicionamientos especiales para cada modalidad de anticipación; y se

---

<sup>271</sup> En contraste, en el CPP (art. 284) el peticionario de la prueba anticipada debe acreditar los motivos fundados de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración de la prueba.

<sup>272</sup> Al respecto, se pronuncia la CCC (sentencia C-911 de 2004, M.P. Araújo Rentería, cons. 6 y 7) sobre la constitucionalidad de la restricción que contemplaba el CPC/70 (art. 298, reformado mediante Decreto 2282/89) al testimonio anticipado «únicamente a personas que estén gravemente enfermas». El accionante considera que esta restricción al testimonio anticipado viola la igualdad al no tener en cuenta otras situaciones igualmente graves, como la de salir del país. La Corte juzga que la restricción es razonable y, por tanto, constitucional, porque la legislación prevé mecanismos para esas otras situaciones que enuncia el demandante, en especial, la práctica probatoria mediante comisionado.

Esta sentencia resulta cuestionable, porque el fondo de la discusión (que ninguno de los actores lo planteó) era si había o no una laguna jurídica para el ejercicio del derecho fundamental a la prueba por el legislador al prescribir la prueba anticipada restringida a la situación de enfermedad; pues no se incluyeron en la normatividad otras situaciones de la vida colombiana, igualmente graves, como los frecuentes casos de personas que se desplazan a regiones cocaleras o de explotación de minería ilegal, en zonas selváticas o de frontera del país, o personas en situación de riesgo de muerte, o de secuestro por diversos grupos armados. Tampoco se tuvo en cuenta que cuando una persona emigra por razones de seguridad su localización es dificultosa, contraproducente y puede afectar sus derechos constitucionales (los derechos políticos, o la vida e integridad personal).

analiza la flexibilización de la exigencia de la citación de la contraparte el CGP, prescribiendo como novedad la inclusión de cargas procesales de valor legal a este tipo prueba.

Desde el CGP puede decirse que las pruebas extraprocerales constituyen una forma de aseguramiento de prueba que busca, principalmente, la protección de la misma para un futuro proceso. Pero la particularidad de esta modalidad de aseguramiento probatorio es que de forma directa busca producir el medio de prueba, e indirectamente se constituye en una forma de defender o proteger las fuentes de prueba. Diferente a lo que ocurre con los actos de investigación en materia penal que tienen la finalidad de asegurar la fuente de la prueba; igual propósito tienen las distintas formas de preconstitución de prueba. La prueba anticipada protege el medio de prueba porque se practica con la garantía procesal del juez, y en algunas de sus modalidades, con la publicidad y la contradicción. Puede decirse que el CGP incurre en una tendencia hacia el *eficientismo* en la configuración de las pruebas anticipadas, con la flexibilización de las reglas de citación y, en consecuencia, la relajación de los condicionamientos de validez probatoria como la publicidad y la contradicción.

Por último, cabe mencionar que en la prueba anticipada se actúa en ejercicio del derecho fundamental a la prueba, porque como dice Parra Quijano (2011:111): «tener el derecho a la prueba y no poder hacer nada para asegurarla, cuando haya riesgo de que desaparezca, es equivalente a negar este derecho». También sobre la finalidad de aseguramiento de la prueba anticipada prescribe la CCC (C-830/02, M.P. Araújo Rentería):

Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma.

En este mismo sentido, Picó i Junoy (1996: 171) explica que «la ratio de la prueba para *perpetua memoriam* es evitar dejar indefensas a las partes al no poder justificar las circunstancias esenciales que fundamentan sus pretensiones».

Una de las novedades del cgp (art. 598) en la producción de las pruebas extraprocerales es la posibilidad de que también se utilice este trámite para la práctica de medidas cautelares extraprocerales en los litigios por violación a la propiedad intelectual o por competencia desleal. Lo interesante de este mecanismo es que permite, a partir de la prueba extraprocerales y en el mismo acto de su práctica, que, en protección de un derecho sustancial, pueda solicitarse una medida cautelar. Sin duda, con la unión de los dos procedimientos, la prueba extraprocerales y

la cautela, se consigue eficiencia procesal, en cuanto al ahorro de recursos y tiempo, y también se tiene la posibilidad de proteger adecuadamente el derecho sustancial. Explica el jurista colombiano Álvarez Gómez (2014: 52-53) que en este caso no es necesario citar a la contraparte, pero resulta imprescindible que se trate de una medida cautelar legalmente autorizada. Ilustra el caso del régimen de propiedad industrial, en el que el art. 247 de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones exige legitimidad para actuar, existencia del derecho infringido y la prueba de la comisión de la infracción. Así, cuando en el trámite de la prueba extraprocesal se evidencia la infracción y se cumplen los demás requisitos se puede también proceder con la cautela.

Finalmente, es pertinente observar que el art. 174 (CGP) se refiere a la prueba trasladada para mencionar sus requisitos y prescribirlos al mismo tiempo para las pruebas extraprocesales. Los condicionamientos de las pruebas trasladadas son los siguientes:

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas (art. 174, CGP).

Sin duda, la prueba trasladada es un componente importante para el ejercicio del derecho a la prueba, y es también un mecanismo de economía procesal, ya que evita costes para la práctica probatoria. Por lo general la prueba trasladada en el proceso civil no representa mayores discusiones. No obstante, es interesante tener presente el planteamiento del jurista Guimarães Ribeiro (1998: 117) en el caso de la legislación del Brasil que autoriza trasladar al proceso civil pruebas obtenidas lícitamente en un proceso penal a partir de una interceptación telefónica.

En el caso colombiano, a diferencia de Brasil, no hay norma expresa que se refiera al traslado de pruebas que se obtienen de manera lícita, pero interviniendo en el secreto de las comunicaciones telefónicas. Por tanto no se cumple con uno de los presupuestos para intervenir en el derecho fundamentales en aras de obtener la prueba (véase apartado 3.2.3.4.2); así, mientras no haya ley que habilite este tipo de pruebas, no es posible tenerlas en cuenta en un proceso civil. Y si se autorizara legalmente, de todas maneras el juez tendría analizar los demás presupuestos constitucionales, entre ellos, un juicio de proporcionalidad para determinar si se justifica o no el traslado al proceso en concreto. Tal juicio de proporcionalidad tendría por objeto decidir, si la intervención lícita en el secreto de las

comunicaciones se justifica en el caso en concreto, de acuerdo al tipo de pretensión; esto es, la ponderación de derechos y valores constitucionales que se afectan con la intervención telefónica y el derecho que se busca proteger en el proceso civil. Hay que pesar tanto el derecho a la prueba como los derechos sustantivos involucrados con este tipo de medidas.

A continuación se describen las modalidades de prueba anticipada en el CGP.

#### *2.1.2.2.1. Interrogatorio de parte.*

El interrogatorio de parte en el CGP (art. 184) tiene la finalidad de recaudar la declaración de la potencial contraparte por «quien pretenda demandar o tema que se le demande» sobre los hechos materia del futuro proceso. Esta normatividad exige que el interesado exprese qué pretende probar. En la práctica este interrogatorio de parte anticipado puede resultar útil para obtener una confesión de la futura contraparte (CGP, art. 191) o un título ejecutivo (CGP, art. 422) que le permita al interesado en la prueba un camino más expedito (el proceso ejecutivo) para reclamar su derecho, o simplemente asegurar el dicho de la futura contraparte ante el temor de que con el paso del tiempo no pueda obtenerse. Cabe anotar que la confesión obtenida en interrogatorio de parte extraprocésal es el único evento en el orden jurídico colombiano que tiene el carácter de prueba plena, en el sentido de ser prueba suficiente como título ejecutivo (CGP, art. 422-2); pero con la advertencia que admite prueba en contrario en el procedimiento ejecutivo en la que se hace valer (CGP, art. 197). La confesión dentro del proceso no tiene el carácter de prueba suficiente para probar los hechos; pues, no es tasado como plena prueba.

Como se ha mencionado, en el interrogatorio de parte el CGP establece diversos tipos de cargas procesales que pueden llevar a la confesión presunta o al indicio grave. La confesión presunta se aplica cuando se cumplen condicionamientos legales en cuanto al interrogatorio: se realice por escrito, en forma asertiva y los hechos admitan confesión (CGP, art. 205); el indicio grave cuando el interrogatorio no contiene preguntas asertivas o si se trata de hechos no susceptibles de confesión (CGP, art. 205). Según el CGP (art. 204) las conductas de parte que tienen la virtualidad de llevar a los desfavorecimientos probatorios consisten en la inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas (CGP, art. 205).



Cabe anotar que la parte debe ser citada mediante notificación personal (CGP, art. 200); entonces, no es viable la notificación por aviso, ni es posible el emplazamiento. Esta forma de citación para la declaración de parte presenta como inconveniente que el citado tiene mayores posibilidades de eludir la notificación, sobre todo cuando la citación se hace por medio del servicio postal autorizado, pues le bastaría al citado con negarse a acudir al despacho judicial para recibir la notificación personal. Esta situación puede paliarse un poco si la citación la efectúa directamente un funcionario del despacho judicial que pueda hacer la notificación en la misma dirección de la parte, cuando la logre sorprender en el lugar; si esto no ocurre, el acto de notificación queda a voluntad de la futura parte; pues la ley en este caso no prevé carga procesal alguna, ni ningún acto coactivo.

En otras palabras, el interrogatorio de parte anticipado depende en gran medida de la voluntad de la parte de notificarse personalmente para la diligencia. Acatar la citación para notificarse queda a potestad del citado; situación que, si bien desfavorece el ejercicio del derecho de probar por parte del peticionario, al mismo tiempo constituye el reconocimiento del legislador, en algún grado, del derecho de las personas a no ser usadas como instrumentos de prueba en contra de sí mismas ni contra sus parientes más cercanos (CP, art. 33).

Ahora bien, debe precisarse que el carácter de título ejecutivo derivado de la confesión solo puede darse cuando ésta se presenta en el trámite del interrogatorio de parte anticipado (CGP, art. 422); para que la confesión sirva de título ejecutivo debe tratarse de una obligación expresa, clara y actualmente exigible (CGP, 422). Estos requisitos no se cumplen con la confesión presunta, porque ésta no es expresa, pues se trata de una *verdad* interina que admite prueba en contrario<sup>273</sup>; y además, no en todos los casos es clara, como ocurre cuando el interrogado se muestra contradictorio o evasivo con las preguntas. Se afectarían los derechos a la prueba si se interpretara como legítimo que a partir de la declaratoria de confesión presunta se pudiera seguir un proceso ejecutivo, pues en este tipo de proceso la controversia

---

<sup>273</sup> Al respecto, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (sentencia de 16 de febrero de 1994, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss): «la parte a quién beneficia se libera de la carga que entraña la demostración del hecho presumido, siempre en el entendido que su finalidad no es otra distinta a imprimirle seguridad a situaciones que con justicia y fundamento pueden suponerse existentes, pero sin que de manera tajante quede excluida la posibilidad de probar con variable amplitud contra ese hecho a cuya certeza se llega mediante la presunción». En este mismo sentido, CCC, sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, cons. quinta y sexta.

sobre la verdad del hecho presumido no puede discutirse ampliamente como ocurriría en un proceso ordinario.

#### 2.1.2.2.2. *Prueba testimonial anticipada.*

El CGP (arts. 187 y 188) prescribe los testimonios anticipados con el fin de servir de prueba en un futuro proceso, pero al mismo tiempo prescribe el testimonio como prueba sumaria (extrajudicial y sin contradicción) y como tal puede tener una finalidad judicial, como requisito jurídico probatorio en ciertos tipos de procesos; asimismo puede cumplir funciones de requisito probatorio con fines administrativos.

El testimonio anticipado puede solicitarlo tanto quien teme ser demandado como quien tiene interés en demandar en un futuro. La citación del testigo puede hacerse por «cualquier medio de comunicación expedito e idóneo» (CGP, art. 187); no obstante, para que surja el deber de dar testimonio éste debe estar judicialmente decretado, y dejarse constancia de la citación, de tal suerte que, si éste no asiste a la diligencia, el juez pueda ordenar la conducción por medio de la policía y la imposición de multa (CGP, art. 218).

La citación de la parte para el trámite del testimonio anticipado, según la regla general para la prueba anticipada, «deberá hacerse personalmente, de acuerdo con los arts. 291 y 292»; es decir, operan la notificación personal (art. 291) y la de aviso (art. 292). Precisa tener presente que la notificación personal resulta más segura en la medida en que se tiene certeza del conocimiento del acto por el sujeto; pero la notificación por aviso es residual con respecto a la personal, y tiene la característica –así la ley no utilice esta terminología– de incluir una carga procesal consistente en que en los eventos en donde el operador del servicio postal autorizado deje constancia de que la persona recibió la citación a la notificación personal, o deje constancia de que el lugar corresponde a su domicilio y la entregó a un familiar u ocupante, y luego procedió a poner el aviso en el mismo lugar, se crea la *verdad* interina del conocimiento del acto en cuestión. Esta ficción admite prueba en contrario, y la consecuencia de prosperar la contraprueba sería la anulabilidad de la notificación.

Desde luego, se entiende que si no es posible la notificación por aviso, porque el operador del servicio postal deja constancia de que la persona no tiene domicilio en el lugar o es desconocida en el sitio, la ley no autoriza el emplazamiento; y, por lo mismo, en caso de que se practique el testimonio anticipado, éste se entendería como testimonio extraprocesal no

contradicho. Precisamente, la práctica anticipada de testimonios sin la citación de la contraparte constituye la condición para aplicar la regla de la ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Al respecto, el CGP (art. 222) muta o cambia, mediante la ratificación, una situación de invalidez jurídico-procesal por una de validez mediante un procedimiento que radica en repetir la práctica del interrogatorio; lo novedoso del CGP es que genera una carga procesal de validez probatoria para la persona contra quien se aduce el testigo consistente en solicitar la ratificación, de tal suerte que si no lo hace el testimonio extraprocesal podrá valorarse en el proceso<sup>274</sup>; si tal parte solicita la ratificación y el testigo no se presenta, se entiende que no tiene valor legal<sup>275</sup>. Debe tenerse presente que con el objeto de preservar el derecho a la prueba, en el futuro proceso, de los litisconsortes o de terceros que intervienen, también podrían solicitar tal ratificación. De no entenderse así, se le estarían haciendo valer al tercero, en contra de sus intereses, pruebas que no tuvo oportunidad de contradecir. Además, el derecho a la prueba de otros intervinientes del proceso se estaría haciendo depender del capricho de la contraparte.

La regulación del testimonio anticipado, entendiéndolo como se propone, tiene un grado tolerable de *eficientismo* con las dos cargas procesales de validez jurídica que contiene: la una, en la notificación por aviso y la otra, en la ratificación por omisión; sin duda, son reglas que apuntan hacia la efectividad del derecho al aseguramiento de la prueba, al mismo tiempo evita que éste se ponga en manos del capricho de la contraparte, asimismo representan un aporte relevante a la economía y a la celeridad en la actividad probatoria. Aunque apunta a la eficiencia procesal, de manera alguna puede decirse que se afecte algún derecho constitucional de las partes, porque el derecho a la prueba de las mismas se conserva adecuadamente y existen remedios procesales como la nulidad en el caso de excesos en la notificación por aviso.

Ahora bien, con respecto a la modalidad de testimonio extraprocesal que establece el CGP (art. 188) con o sin fines judiciales que puede «recibirse por una o ambas» partes y que se

---

<sup>274</sup> El cambio legislativo con respecto al CPC/70 (art. 229) consiste en que en éste la excepción a la ratificación debía ser solicitada por ambas partes y que el juez no la considerara necesaria.

<sup>275</sup> Sobre la ratificación del testimonio anticipado en el CGP, dice Canosa Suárez (2012: 42) que es excepcionalmente necesaria cuando la parte contra la cual se aduce el testimonio la solicita expresamente. En el CPC/70 el silencio de la contraparte obligaba la ratificación, ahora, el silencio de la parte contraria proscribía la ratificación.

someten al régimen de ratificación ya visto. Se trata por tanto, de una modalidad de prueba extraprocésal en todo el sentido de la palabra, ya que no hay intervención del juez, ni tiene la forma oral sino que es documentado en su producción. Sobre la validez de esta modalidad testimonial considera Álvarez Gómez (2017: 113-115) que la ratificación solo es necesaria cuando el testimonio es recibido sin la citación a la contraparte; en este caso si el testigo concurre a la ratificación el testimonio será jurídicamente válido y se valoran de manera unitaria ambas declaraciones (la procesal y la extraprocésal).

Dice Álvarez Gómez (2017: 113) que la modalidad de testimonio documentado extraprocésal tiene las siguientes posibilidades en CGP:

(...) puede ser recibido (i) por una de las partes, (ii) por ambas, (iii) por un notario o (iv) por un alcalde, sin que sea necesario contar con la presencia del otro litigante. Si lo está mejor, porque la validez del medio probatorio no queda sujeta a la contingencia de la ratificación, pero nada impide que solo uno de los contendientes tome la declaración.

Así, entonces, el CGP (art. 188) regula una modalidad de testimonio extraprocésal, privada, documentada y que también puede ser unilateral que desconoce todo el sistema de reglas de la producción probatoria; pues no es practicado por juez competente, sin proceso, y sin posibilidad de la contradicción. También es de resaltar que esta modalidad de testimonio extraprocésal adquiere validez en virtud de la carga procesal que tiene la contraparte de solicitar la ratificación expresamente en la oportunidad respectiva; en caso de solicitarla debidamente, a su vez, también la validez del testimonio queda dependiendo a la concurrencia del testigo a la declaración procesal. En otras palabras, la validez de este tipo de testimonios depende de la conducta procesal de la contraparte y del acto de voluntad del testigo de concurrir a declarar en caso de ratificación. Con este tipo de regulación se asiste a una novísima definición de los derechos fundamentales procesales cuyos contenidos y efectividad se condicionan a la autonomía privada. En estas condiciones el derecho a la prueba y el debido proceso se degradan a la categoría de los derechos disponibles o negociables como el derecho de propiedad.

Constitucionalmente sería válido si ambas partes voluntariamente aceptan expresamente realizar la producción de testimonios extraprocésales. Lo que resulta abiertamente inconstitucional es la modalidad de testimonio unilateral en el que ni siquiera participa un fedatario (notario o alcalde), pues, además de afectar el derecho a la prueba y el debido

proceso, es inconveniente, pues, como se ha mencionado antes, en Colombia, una fracción de la población vive sometida a grupos violentos; y en estas condiciones, el primer derecho una persona que se pierde es el de la autonomía de la voluntad. Ya se advertido antes en este estudio (apartado 1.3.3.1.), el carácter público del derecho a la prueba (la comunidad de la prueba) implica la garantía del juez, o de quien haga sus veces, según las circunstancias, a fin de evitar que se convierta en un acto de tiranía de una parte contra la otra; asimismo, implica la indisponibilidad de la prueba en el sentido de que no quede supeditada a los avatares de las partes, y mucho menos al capricho de una de ellas.

Se precisa que es constitucionalmente inválido que de un procedimiento unilateral, extraprocésal y de carácter privado se puedan extraer consecuencias gravosas para la contraparte. Por ello, no es viable la propuesta de Álvarez Gómez (2017: 114) según la cual si una parte cita a la contraparte para la prueba extraprocésal el citado queda vinculado al acto, pudiéndose realizar sin su presencia. Se trataría, por tanto, de un acto unilateral que sería inconstitucional como se ha anotado.

Hay que decir que es insostenible extender, como lo propone Álvarez Gómez (2017: 115) esta legislación sobre el testimonio documentado, privado y unilateral para la declaración de parte extraprocésal. De un lado, tal aplicación analógica no es jurídicamente válida en consideración a que, como se ha visto, existe una regulación especial para la declaración de parte; por lo que no hay laguna jurídica alguna que colmar. Además, se presenta un efecto inconveniente de tal propuesta consistente en la posibilidad de que una parte de manera privada y unilateral constituya, por ejemplo, un título ejecutivo con la confesión extraprocésal de la contraparte en situaciones de violencia como la mencionada.

#### *2.1.2.2.3. Las inspecciones judiciales y peritaciones extraprocésales.*

En este punto el CGP no plantea requisitos especiales ni limitaciones para su realización. Puede efectuarse sin la citación de la futura contraparte a no ser que recaiga sobre libros o papeles de comercio, casos en los que se requiere de la notificación de esta última (CGP, art. 189). Esta normatividad refleja la concepción que tiene el legislador de la infalibilidad de la inspección judicial y del dictamen pericial<sup>276</sup>. La opción interpretativa de suponer innecesaria

---

<sup>276</sup> La CCC (sentencia C-798/2003, M.P. Córdoba Triviño, cons. 5.5.2.), sobre norma similar del CPC/70 (art. 183, reformado por Ley 794 de 2003) en cuanto a la inspección y al dictamen pericial juzga constitucional la falta de contradicción en el trámite de estas pruebas anticipadas, en consideración a que la validez y la eficacia de la

la contradicción de la inspección en la pericia al momento de su práctica encierra un ingenuo realismo epistemológico, según el cual el juez o el perito efectúan una fiel representación de la realidad. En el caso del perito, debe tenerse presente que puede equivocarse y resulta usual que sus exámenes o conclusiones tengan sesgos; los cuales pueden atribuirse a situaciones como la actualización de sus conocimientos, los tipos de instrumentos o técnicas que utiliza la escuela teórica de su predilección para explicar los fenómenos en cuestión, lo mismo que la estrecha relación que tenga con las partes.

La inspección es la prueba directa por excelencia y constituye el único evento en el cual el juez puede tener frente a sus sentidos el objeto de prueba; pero ordinariamente no percibe los hechos *thema de prueba*. Lo que advierte el juez tiene mayor capacidad demostrativa que otras pruebas, aunque para efectos de la decisión usualmente se constituye en la base probatoria de hechos a partir de los cuales se construyen razonamientos indiciarios. De ninguna manera esto excluye que el juez pueda equivocarse al momento de la percepción y en los razonamientos que realiza para dejar las constancias sobre lo percibido. En este caso el juez realiza valoraciones sobre lo percibido que resultan imposibles de contradicción si no se está en el lugar de los acontecimientos.

El problema de esta normatividad para el derecho a la prueba son las situaciones en las cuales la futura contraparte no puede hacer valer su derecho a contradecir la prueba, objetando el dictamen en razón de la destrucción o malformación del elemento objeto del mismo. Se exige que la parte haya tenido la posibilidad de contradicción, bien sea que se ejerza durante el trámite de prueba anticipada o al tiempo del futuro proceso. En caso de no tener tal posibilidad en una u otra, en la sentencia el juez debe declarar la invalidez jurídica de la misma. Con frecuencia, tanto la pericial como la inspección son irrepetibles en consideración al paso del tiempo o por la acción humana, o simplemente por agotamiento de las muestras u objetos a examinar.

La prueba pericial anticipada es útil en los casos en que las partes requieran solicitarle al juez que la ordena a una entidad pública o privada (arts. 229 y 234). No obstante, viene la cuestión de quien no tiene recursos económicos y pretende una prueba pericial anticipada, en

---

prueba anticipada no asisten al juez que la practica sino al juez de la controversia o ante quien se pretenda hacerla valer; de esta forma, la parte que no tuvo oportunidad de controvertir el dictamen durante el trámite anticipado lo puede hacer al momento del proceso.

cuanto a la competencia del juez para decretar el estado de pobreza y la prueba anticipada. El CGP no considera la situación de quien tiene dificultades económicas para una prueba pericial anticipada; porque de conformidad con el CGP (art. 152), el amparo de pobreza lo puede solicitar el demandante antes de la presentación de la demanda o cualquiera de las partes en el curso del proceso. Debe entenderse que el juez competente para el amparo de pobreza, en el caso del demandante que lo solicita antes de la demanda, sería el juez civil del circuito (cláusula general de competencia, CGP, art. 15); y nada impediría que este mismo juez fuera también convocado como competente a prevención (CGP, art. 18.7) para conocer de la prueba anticipada. En este evento, el juez puede ordenar a las entidades públicas o privadas de que tratan los arts. 229 y 234 para realizar la prueba gratuitamente; aunque ya se mencionó que las entidades oficiales no están obligadas a hacerlo de forma gratuita. El demandado tendrá que esperar a que la demanda se incoe para solicitar el amparo de pobreza y, por ende, para lograr la prueba pericial gratis.

Finalmente, de *lege ferenda*, quizás en situaciones de comprobada urgencia ante la inminente desaparición del objeto de la prueba, en las que se prevea por el legislador un mínimo procedimiento para citar a la futura contraparte y el nombramiento de un curador *ad-litem* que represente sus intereses podría justificarse la validez de la inspección sin la presencia de la contraparte en interés de tutelar el derecho a la prueba.

#### 2.1.2.2.4. De la declaración sobre documentos.

El CGP (art. 244) establece una carga procesal (*presunción*) de autenticidad de los documentos emanados de parte o de terceros, en original o copia, elaborados, firmados o manuscritos y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según el caso. Puede decirse que con esta regulación del mismo CGP, la utilidad práctica del reconocimiento anticipado de documentos en dos eventos, los documentos emanados de parte que no estén firmados, manuscritos o no tengan la voz o la imagen ni otro signo que permita imputarle su elaboración (véase apartado 2.2.2.3); o los documentos provenientes de terceros que no sean auténticos o reconocidos. La utilidad del reconocimiento anticipado en estos dos casos se explica por el hecho de que si bien en principio tienen *presunción* de autenticidad, solo basta el desconocimiento de la

contraparte para enervar la *verdad* interina de autenticidad. Esta situación impone la carga de probar la autenticidad a la parte que pretende emanar efectos a partir del mismo.

Por su parte, cuando el documento tiene signos que permiten atribuir el documento a la contraparte (por ejemplo, lo manuscibió, lo firmó, es su voz o imagen) de conformidad con el art. 244 le incumbe la tacha por falsedad; es decir, le corresponde contraprobar el signo de atribución que tiene el documento. En esta situación la realización del trámite de reconocimiento anticipado tendría justificación práctica en una situación de urgencia o necesidad ante el riesgo de enfermedad, migración, desplazamiento o seguridad personal de la futura parte.

La característica más importante del resultado del trámite del reconocimiento anticipado es que el CGP (art. 185.7) le concede al documento un peso legal de certeza probatoria, porque en el futuro proceso no puede tacharse de falso ni desconocerse. Si la declaración de reconocimiento del documento se hace por la parte de manera expresa, esta ficción legal del peso del documento no tendría reparo razonable alguno; el problema se encuentra cuando se trata de un reconocimiento tácito, porque este establece una ficción que fundamenta otra ficción con la potencialidad de afectar el derecho a la prueba. En efecto, viene de nuevo el problema de la citación de la contraparte. Si hubo notificación personal (bien porque el citado compareció al despacho judicial luego de la citación por el servicio postal, o fue notificado personalmente en el lugar del domicilio por un funcionario del juzgado) y no asistió a la diligencia de declaración de reconocimiento, o asistiendo se niega a prestar juramento o declarar; o declarando, da respuestas evasivas, de conformidad con el art. 185 el juez declarará en nota al pie del documento que se tendrá por surtido el reconocimiento.

Ahora bien, si la citación se realiza mediante la modalidad de notificación del art. 292 (según lo prescribe el CGP, art. 183), por aviso, se acumulan dos ficciones: la primera, consiste en que la persona fue directamente citada por el servicio postal y no concurre a notificarse; o el servicio postal dejó constancia que la persona está domiciliada en el lugar, no la encontró y le dejó la citación con los ocupantes, o en caso de que estos se rehúsen a recibirla, igualmente deja constancia de la situación y entrega la citación en el lugar. En estas situaciones se procede al aviso, el cual consiste en que de nuevo del servicio postal se dirigen al lugar del domicilio y se entrega. La segunda ficción se presenta si el citado no concurre a la declaración, no se juramenta, no contesta o se muestra evasivo; situación en la que el juez



da por reconocido el documento. De cara al proceso futuro, la única forma de enervar dicho reconocimiento es demostrando la irregularidad de la citación y lograr la nulidad de la misma; irregularidad procesal que tendría como efecto reflejo la nulidad del reconocimiento.

Se advierte que cuando se habla de reconocimiento de documento debe interpretarse que se hace referencia a la autenticidad del mismo (prueba de la autoría) y no a la veracidad del contenido; por consiguiente, la restricción del art. 185 (CGP) para la tacha o el desconocimiento debe explicarse con respecto a la autoría y no en cuanto al contenido del documento, esto es, su veracidad. La veracidad del documento es algo que se define en la sentencia. Así, la restricción de la tacha afecta el derecho a la prueba ya que hay falsedades materiales que inciden en aspectos diversos al de la autoría, como cuando recae sobre la alteración de un número, una palabra o una frase adulterando la integridad física del documento. El derecho constitucional a la prueba debe usarse como norma de obligatorio cumplimiento en este contexto donde se compromete la veracidad del documento, para permitir la contraprueba, incluyendo la tacha por falsedad; pues se trata de una situación en la que se discuten aspectos distintos a la autoría.

En el caso de los documentos declarativos emanados de terceros, el reconocimiento anticipado puede tener utilidad práctica en caso de urgencia o necesidad extrema porque en el trámite del proceso no solo ingresan con la *presunción* de autenticidad, sino que además el CGP (art. 262) prescribe que la ratificación del contenido del documento solo opera si la parte contraria lo solicita; lo cual implica que si esta parte guarda silencio el documento conserva su valor probatorio; y si la parte solicita la ratificación y el tercero no concurre, el documento se queda sin valor probatorio. Entonces, también se crea una restricción en el futuro proceso para solicitar la ratificación del declarante solo a la contraparte, cuando, en virtud del derecho a probar, también esta posibilidad la deberían tener los colitigantes<sup>277</sup>, que pudieran verse afectados. Finalmente, debe tenerse en cuenta que en el evento del reconocimiento extraproceso debe citarse al tercero y a la contraparte.

En caso de la declaración anticipada del tercero autor del documento se presenta una situación particular con las cargas procesales del CGP (art. 185), porque la conducta procesal

---

<sup>277</sup> Picó i Junoy (2006: 76) aborda esta problemática de los límites probatorios de la legislación para los colitigantes, como en el caso de la prueba por confesión. Explicando que entre los sujetos que conforman una misma parte pueden presentarse intereses contrapuestos entre ellos.

del tercero de no asistir al interrogatorio, o que se niegue a prestar juramento, a declarar o dar respuestas evasivas conlleva a que el juez dé por reconocido el documento. En tal situación la conducta del tercero tiene consecuencias en la parte. En cuanto a la contradicción probatoria de la contraparte, ante la falta de regla especial, debe entenderse que puede ser o no citada; en caso de citación debe hacerse personalmente, con la opción suplente de la notificación por aviso. Cuando no se cita o la misma es fallida, y opera la carga procesal del art. 262 de darlo por ratificado, si la contraparte no lo solicita.

#### *2.1.2.2.5. La exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles.*

En la exhibición de documentos se requiere, por parte del peticionario, afirmar que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo y la expresión de los hechos que pretende demostrar con la exhibición; además, debe expresar la clase de documento y las características que permitan determinarlo (CGP, arts. 265 y 266). La expresión de los hechos es importante en la medida en que posibilita el establecimiento de la pertinencia de la petición, lo mismo que la operatividad de la carga procesal del hecho cierto en caso de renuencia o resistencia de la presunta contraparte debidamente notificada de la actuación, salvo que tales hechos no admitan prueba de confesión; en este evento, se aprecia la conducta como indicio (CGP, art. 267).

Para que la conducta renuente de la contraparte pueda tenerse como desfavorecimiento probatorio, el hecho cierto o el indicio en contra, el juez debe apreciar los motivos que exprese el notificado. Luego, el juez de conocimiento en la sentencia aprecia los motivos de la oposición y decide sobre la aplicación del mismo. Para que operen los desfavorecimientos probatorios debe comprobarse que la parte tenía en su haber el documento o la cosa, lo cual puede establecerse mediante cualquier medio de prueba.

Cuando se trata de una exhibición de documentos pedida a un tercero y éste se opone sin justificación de conformidad con el CGP (art. 267), el juez puede imponerle una multa. Esta misma norma establece que los terceros no tienen obligación de exhibir documentos de su propiedad exclusiva o cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause un perjuicio.

Por último, es necesario mencionar el deber que prescribe el CGP (art. 78.12) para los abogados, consistente en:

Adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tenga relación con el proceso y exhibirla cuando sea exigida por el juez, de acuerdo con los procedimientos establecidos en este código.

Este deber de exhibición resulta problemático de cara al derecho constitucional de su cliente al secreto profesional; no obstante, cuando se trata de documentos o de información que la parte debe revelar por orden del juez y su abogado sea el custodio de la misma, puede decirse que nace el deber de exhibirla en favor de la efectividad del derecho a la prueba de la contraparte. Si la contraparte no tiene el deber de exhibir los documentos o la información de datos en razón a que no tienen relación con el proceso, o implican un perjuicio grave para terceros podría negarse a esa exhibición.

#### *2.1.2.2.6. Pruebas practicadas de común acuerdo.*

Se trata de la modalidad propiamente extraprocesal de prueba. La cual consiste en la autorización que da el CGP (art. 190) para que las mismas partes, en forma directa o por medio de un tercero, acuerden la práctica de pruebas que pueden aportarse al proceso hasta antes de dictar sentencia. Culturalmente, esta es una modalidad de práctica probatoria que no tiene mucha ascendencia en Colombia, aunque está autorizada desde 1991 (Decreto 2651). Desde el punto de vista epistemológico resulta justificable que las partes se pongan de acuerdo entre ellas mismas o nombren un tercero para la práctica de las pruebas que sean pertinentes para un proceso judicial futuro o incluso presente. En Colombia, el inconveniente de este tipo de acuerdos de práctica probatoria radica en que las garantías secundarias para los derechos fundamentales que logra ofrecer el Estado colombiano a su población resultan aún insuficientes, pues como se menciona antes en este estudio, mientras persista tan alta tasa de impunidad existe el riesgo de que una de las partes pueda imponer violentamente las pruebas a la otra. Mientras el 10 % de la población colombiana aún está sometida al caos de los grupos armados en conflicto (narcos, bandas criminales, paramilitares, guerrillas, exguerrillas, exparamilitares y demás) no puede decirse, en la actualidad, que tengamos garantizada la libertad de prueba (entendida como autodeterminación de las partes y órganos de prueba) para que este tipo de mecanismos funcione satisfactoriamente.

Por último, a manera de propuesta para el legislador, conviene establecer, cuando no resulte posible identificar a la futura parte o a las personas que puedan verse afectadas por el aseguramiento de la prueba, la intervención de un tercero encargado de sus intereses (Picó i Junoy, 2011: 174); el que en la terminología colombiana sería un curador *ad-litem*.

### **2.1.2.3. La preconstitución de la prueba.**

Se refiere al acto unilateral de una persona o al convenio entre personas, de carácter extraprocesal, de documentar, para futura memoria, los hechos que puedan resultar de interés para un asunto privado, público o de un posible proceso. El documento constituye la forma por excelencia de la preconstitución de la prueba. El mismo asegura la memoria de los hechos que interesan en el futuro. Es el caso de los documentos propios de los negocios jurídicos, de diversos actos jurídicos, de las grabaciones magnetofónicas, videos o fotografías.

Los mecanismos existentes para asegurar la preconstitución de prueba en el ámbito público o privado consisten, básicamente, en el derecho de petición (CP, art. 23), el derecho al acceso a los documentos públicos (CP, art. 74) y el *habeas data*, los cuales sirven para obtener y ejercer control sobre los documentos o informaciones que existen en distintas oficinas públicas o privadas acerca de las personas. En este punto juega un papel muy importante el principio de la publicidad de los actos del Estado, el cual se constituye en uno de los pilares del Estado constitucional de derecho.

Cabe llamar la atención sobre la relación que puede establecerse entre el derecho de petición y el derecho a probar. El *derecho de petición* incluye, en alguna medida, lo que pudiera ser la versión del derecho a la prueba en el ámbito extraprocesal. Sin embargo, no puede decirse que el derecho a la prueba sea la versión procesal del derecho de petición, pues éste tiene contenidos que no tienen relación con la prueba como el de la interpretación jurídica de las diversas instituciones sustantivas del orden jurídico. Pese a las similitudes que puedan existir entre uno y otro, existe una diferencia especial consistente en que el derecho a la prueba busca conformar el acervo de conocimiento para el juez, sobre la verdad de los presupuestos fácticos de un derecho o interés material; en cambio, con el derecho de petición busca obtenerse el conocimiento en general. El derecho probatorio se encuentra estrechamente ligado al derecho material; incluso, la prueba tiene funciones extraprocesales y extrajudiciales, como los documentos que son requisito de existencia de ciertos actos jurídicos materiales.

A partir de la Ley 1437/11 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), puede decirse que el derecho de petición abarca dos contenidos fundamentales: presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta resolución a las peticiones. La conexión directa que

tiene el derecho de petición con el aseguramiento probatorio es que se constituye en un mecanismo constitucional para «pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos»; pero también, de manera indirecta, sirve a la preconstitución probatoria otras funciones del derecho de petición como «reconocimiento de un derecho», que se «resuelva una situación jurídica» o «formular consultas, quejas, denuncias» (Ley 1437/11, art. 13 – sustituido por Ley 1755/15). El derecho de petición constituye un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental (CCC, sentencia C-951/2014, apart. 4.2.2.b. M.P. SÁCHICA MÉNDEZ.); es este caso, el derecho a la prueba.

La respectiva autoridad tiene la obligación de resolver la petición con prontitud, dentro de los términos legales (CCC, sentencia T-722/02, M.P. Monroy Cabra). Los parámetros que deben seguirse en las contestaciones a los derechos de petición son: 1) la manifestación de la administración debe ser adecuada a la solicitud planteada; no basta, por ejemplo, con dar una información cuando lo que se solicita es una decisión; correspondencia e integridad son fundamentales en la comunicación oficial; 2) la respuesta debe ser efectiva para la solución del caso que se plantea; el funcionario no solo debe responder, también debe esclarecer, dentro de lo posible, el camino jurídico que conduzca al peticionario a la solución de su problema; y 3) la comunicación debe ser oportuna, lo cual resulta esencial para la efectividad de los derechos fundamentales; de nada sirve una respuesta adecuada y certera cuando ella es tardía (CCC, sentencia T-220/94, M.P. Cifuentes Muñoz, fundamento III. 2.)

En lo relativo al derecho al *acceso a los documentos* debe tenerse presente que éste hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición e implica no solo la posibilidad de obtener copia del mismo sino de la consulta en físico (*in-situ*) del mismo (CCC, T-473/92, M.P. Angarita Barón, cons. A.). El derecho a la información comprende tanto al derecho de petición, como el acceso a los documentos. Y el *habeas data* es el mecanismo procesal constitucional de control de veracidad y validez constitucional de la obtención y utilización de la información en general.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437/11, reformado por la Ley estatutaria 1755/15) hace una regulación del derecho de petición que en lo pertinente a este estudio puede resumirse en los siguientes términos, en lo relacionado con el aseguramiento probatorio:

- El acceso a la información y a los documentos se exceptiona con la reserva del orden constitucional o legal, en especial: los protegidos por el «secreto comercial o industrial»; o los que tienen relación con «la defensa o seguridad nacionales»; también los «amparados por el secreto profesional». Asimismo, se refiere a los que interfieren con la privacidad o la intimidad de las personas. Finalmente, «los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación»; modalidad de documentos y de informaciones que tienen reserva por seis meses contados de la operación en cuestión (Ley 1437/11, art. 24).

Se hace un listado de los documentos que tienen reserva en razón a que involucran los derechos a la privacidad o la intimidad son (Ley 1437/11, art. 24):

las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.

- Si la petición es rechazada, la entidad debe sustentar jurídicamente la decisión. En este caso, el peticionario tiene la posibilidad de interponer recurso de insistencia ante la misma entidad, y esta, a su vez, tiene el deber de remitir la documentación correspondiente a la autoridad judicial competente, en primera instancia, según el tipo de entidad: si es nacional, departamental o del distrito especial de Bogotá le corresponde el tribunal administrativo; si es del orden municipal o distrital le compete el juez administrativo (Ley 1437/11, arts. 25 y 26). En el caso en que el derecho de petición se ejerza ante organizaciones e instituciones privadas o persona natural no se establece tal recurso de insistencia ante el contencioso administrativo, razón por la cual se siguen las reglas del CGP: prohibición para los apoderados de solicitarle al juez la obtención de pruebas que ellos mismos pueden conseguir mediante el derecho de petición (art. 78.10); y el juez puede ordenar la obtención de un documento solo si hay prueba sumaria de cuál parte realizó la gestión respectiva y no le fue atendida (arts. 85.1 y 173.2).
- Con respecto a la reserva de una información o de un determinado documento se establece que «(...) no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas, que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones». Corresponde a dichas autoridades

asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo (Ley 1437, art. 27).

Cabe mencionar que el CGP (arts. 78.10 y 85.1) impone la carga a las partes de hacer uso del derecho de petición para conseguir los documentos que tengan interés en aportar al proceso, so pena de que al juez le esté prohibido librar oficio para su obtención; a menos que la parte acredite haber ejercido tal derecho sin que la solicitud se hubiese atendido. Sin duda, esta carga procesal para las partes resulta razonable en un procedimiento oral y concentrado donde es necesario que las partes colaboren, para evitar dilaciones o aplazamientos de las actuaciones, con obtención de pruebas que las mismas partes pueden gestionar.

El mecanismo del *habeas data*, de acuerdo con la CCC (T-729 de 2002, cons. 4. a.; y sentencia T-542/03, fund. b.c.), es aquel que otorga al titular de datos personales la facultad de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de información de esta índole, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales. Debe destacarse que el buen manejo de los datos es una obligación por parte de los funcionarios encargados de ello; por esto, la actualización y la rectificación de datos contrarios a la verdad son, en principio, obligaciones de quien maneja el banco de datos; y si aquel no las cumple, la persona concernida puede exigir su cumplimiento (CCC, SU-082/95, M.P. Arango Mejía, cons. quinta); además su núcleo esencial es el derecho a la autodeterminación informativa. El *habeas data* incluye la exigencia de respeto a la legalidad en la obtención de la información, pues en el rastreo, compilación y evaluación de la misma deben acatarse el derecho a la vida, la prohibición de torturar, de desaparición, de tratos crueles y la igualdad y el debido proceso (CCC, sentencia T-444/92, M.P. Martínez Caballero, fund. 2.7.1).

La preconstitución de prueba en el ámbito privado ha sido tradicionalmente regulada en forma negativa mediante las libertades constitucionales. Vale decir, en la documentación de los actos está prohibido interferir en la intimidad o afectar la autonomía de las personas, lo mismo que lesionar o molestar en el cuerpo, psiquis o vida social de ellas. Esta regulación negativa aparece en el siglo XVIII, época en la que surgieron las libertades negativas; no obstante, en la contemporaneidad cuando existe tal avance en las técnicas de las

comunicaciones, lo mismo que las grandes bases electrónicas de datos, también se hace necesaria la regulación positiva, tal cual ocurre la normatividad del *habeas data* y el derecho de petición.

En la actualidad no es necesario invadir el domicilio de una persona para interferir en su vida privada, ésta puede conocerse de formas muy diversas: aparatos de registro de voz o imágenes, redes sociales, *software* espía o simplemente el uso de una tarjeta de crédito o la visita asidua a un almacén. Unas pocas entidades transnacionales acumulan tal cantidad de información sobre las personas que poco a poco se convierten en «poderes salvajes» ante la falta de límites por parte del Estado.

Sin duda, el Estado debe regular los condicionamientos para preconstituir fuentes de prueba a través de grabaciones magnetofónicas o de video; en la misma medida, la comunidad internacional debe limitar el monopolio de las comunicaciones electrónicas y el manejo de grandes bases de datos. Asistimos a la era del documento en sus variadas formas: electrónica, imagen y voz; y lo más determinante es la documentación de las comunicaciones cuando se realizan por correo electrónico o internet. El siglo XX fue la era de las pruebas técnicas; el siglo XVIII, la era del testimonio; la Edad Media, la era de la confesión y las pruebas legales; y la Antigüedad se debatió entre las pruebas mágicas y el consenso.

Finalmente, es pertinente referirse al problema de la igualdad de condiciones para obtener los documentos y otras pruebas entre los potenciales litigantes, en especial en el ámbito civil, administrativo y penal. En el ámbito civil y administrativo reviste mucha actualidad la desigualdad en que se encuentra el potencial litigante del usuario de los servicios de salud respecto a los hospitales, médicos y demás instituciones que prestan estos servicios. Desigualdad que se manifiesta en recursos económicos para enfrentar los procesos, lo mismo que en el conocimiento de la tecnología y, sobre todo, porque quien opera las técnicas tiene mejores posibilidades de conocer la verdad, en cambio el paciente en muchos casos juega un papel pasivo. Esto ha llevado a que la legislación regule las cargas de la *facilidad probatoria* (dinamismo probatorio), que afectan la distribución del riesgo probatorio; también existen cargas que inciden en la teoría de la disminución del estándar de prueba para dar por probados los hechos en los casos en que no sea posible establecer el nexo causal con miras a desfavorecer a la parte que prestó el servicio médico o de transporte.



#### **2.1.2.4. La cadena de custodia.**

La cadena de custodia puede definirse como el conjunto de reglas jurídicas o formas de proceder propias del conocimiento práctico, técnico o científico que buscan garantizar la integridad o mismidad de las pruebas materiales en todas las actividades necesarias que surte para conformar el acervo probatorio de la decisión judicial, como protección, recolección, fijación, traslado, embalaje, exámenes, depósito y destino final, según la naturaleza de cada elemento. Lo más característico de la cadena de custodia es que trata de reglas jurídicas o prácticas, técnicas o científicas que tienen incidencia en la valoración de la integridad, mismidad o veracidad de las pruebas materiales; así la cadena de custodia se sobreentiende en el derecho probatorio por ser un componente de la naturalidad o veracidad de la prueba<sup>278</sup>. Por eso, la cadena de custodia trata de condicionamientos de eficacia probatoria y no de validez jurídica. Se relaciona, entonces, con la fuerza o capacidad demostrativa de la prueba; por eso, no tiene nada que ver con la licitud o legalidad probatoria (debido proceso probatorio)<sup>279</sup>.

La cadena de custodia es aseguramiento probatorio en la medida en que busca proteger la incolumidad, naturalidad o integridad de las pruebas materiales en todas las fases o etapas judiciales o extrajudiciales por la que pasa hasta la conformación del acervo probatorio objeto de la valoración. Así, esta figura tiene un carácter procesal-probatorio, que incide en la valoración probatoria. A partir del orden jurídico colombiano, puede decirse que existen dos

---

<sup>278</sup> Muñoz Sabaté (2012: 108-109) se refiere a la *cadena de custodia* como «el procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado en su día por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que dadas las precauciones que se han tomado (sea por la policía judicial, sea por los peritos, sea por el juez) no suelen ser frecuentes el error o la contaminación, y así se posibilita el juicio científico del perito que, tras su ratificación en el juicio adquirirá el valor de prueba, como si de la exhibición de la propia cosa se tratara». El autor se refiere a la cadena de custodia cuando se habla de *fascismilar las piezas* para referirse a aquel mecanismo que permite que los elementos físicos o acontecimientos relativos a la prueba se puedan trasladar, representar, o en el fondo sustituir en el proceso por un sucedáneo que merezca igual credibilidad. Explica que en materia penal se ha creado el mecanismo de la cadena de custodia que también es posible de llevarse al proceso civil.

<sup>279</sup> Que la cadena de custodia es un asunto de eficacia probatoria y, por ende, propio de la valoración probatoria es algo fuera de discusión en materia civil o procesos similares; pero en la interpretación de la figura en el proceso penal colombiano, la CSJ, Sala de Casación Penal, se ha debatido entre dos concepciones: como tema de la libre valoración o como componente del debido proceso; la consecuencia de la primera concepción es la pérdida del mérito probatorio (entre otras, la sentencia 25920/07), y de la segunda (véase la sentencia 32354/09), es la exclusión probatoria. No obstante, esta discusión ha sido zanjada por vía de autoridad mediante la doctrina de la CCC (sentencia 496/15, apartado 3.7.2.), decantándose por concebirla como asunto de valoración probatoria y no como condición del debido proceso.

formas de cadena de custodia de las pruebas materiales: de un lado, un sistema que deja a la libertad y espontaneidad de las formas o procedimiento (protocolos o estándares) que se generan en cada ámbito de la vida ordinaria, técnica o científica que se relaciona con algún material probatorio; y del otro, un sistema de reglas jurídicas que prescriben las formas y órganos de protección de veracidad o autenticidad. El sistema de la libertad es el que tradicionalmente ha tenido el legislador, y el que sigue el CGP. El sistema de la regulación que asume el CPP consiste en una amplia normatividad legal y administrativa sobre esas condiciones ideales de autenticidad o veracidad. Pero en todos los sistemas, por tratarse de la integridad, lo determinante es el componente práctico, técnico o científico que controla la naturalidad de la prueba material.

Así, el CGP opta por la libre producción y valoración de la evidencia física, entendiendo esta libertad en el sentido de que no hay regla tasada alguna; ni norma que incida en el peso probatorio. La única normatividad procesal del derecho privado en la que se exige expresamente la *cadena de custodia* es en el caso de la toma de muestras producto de la exhumación del cadáver en el ámbito del procedimiento que regula la paternidad o maternidad (Ley 721/01, art. 2).

Por interpretación sistemática, la regla de la *cadena de custodia* en la toma de muestras del cadáver es aplicable, por ejemplo, a la toma de muestras corporales en personas vivas, como también al aseguramiento de mensajes de datos con información, o documentos. En estos casos hay una aplicación analógica ya que la regla tiene la misma finalidad, que es el aseguramiento probatorio; la misma razón o justificación, consistente en proteger la integridad de la prueba material; y la misma consecuencia jurídica, aportar criterios de sana crítica (máximas de experiencia, reglas técnicas o científicas) para la valorar la prueba. A la luz de la sana crítica es más fiable la muestra corporal o el dato informático que se extrae o se recupera por un experto, siguiendo reglas técnicas; y, según el caso, con presencia de autoridad certificadora (juez, secretario judicial, otras autoridades judiciales, o notario), o al menos de testigos. Fuera de lo anterior, también por interpretación sistemática el concepto de *cadena de custodia* se encuentra implícito en el valor del conocimiento, que tiene como

la veracidad probatoria<sup>280</sup>. Así, la *cadena de custodia* es un concepto integrado a la valoración probatoria.

Por su parte, en el CPP el legislador acoge la estrategia de crear una carga procesal que incide en el peso probatorio de las pruebas materiales, consistente en poner unas condiciones mínimas de legalidad y autenticidad de los elementos materiales probatorios cuyo cumplimiento genera una *verdad* interina, que admite prueba en contrario, consistente en la ficción de la autenticidad y veracidad de los mismos; y cuyo incumplimiento conlleva a la pérdida de su fuerza o capacidad demostrativa desfavoreciendo a la parte que asumía el riesgo de aportar la prueba. Por ello, esta regulación afecta el peso probatorio de la prueba, y por efecto la distribución del riesgo probatorio<sup>281</sup>. En el CPP, la Fiscalía General de la Nación asume el riesgo probatorio de la cadena de custodia en lo relacionado con los hechos que fundamentan la acusación; el acusado, por regla general, únicamente tiene el rol de la oposición o la contraprueba. Por ello, la regulación de cadena de custodia favorece la situación del acusado frente a la prueba de la acusación, pues la acusación por medio de sus peritos y la policía judicial tiene el control de las pruebas materiales, y la forma de resistirse es cuestionando los procedimientos y protocolos preestablecidos.

El cuestionamiento de la cadena de custodia cuando se demuestra ausencia de reglas dificulta probatoriamente la contradicción ante la ausencia de procedimientos y protocolos a seguir, porque son abiertos e indeterminados y dependen no solo del tipo elemento material, sino también del criterio que tengan quienes controlan tales elementos. Por ejemplo, la ausencia de certificación de cadena de custodia (documentos, traslados, recibos) en el control de un examen de ADN dificulta enormemente la contradicción probatoria, si quisieran establecerse todos los pasos, personas y otras condiciones a las que estuvo expuesta la muestra. Por esto, en una inspección judicial, en la práctica de una medida cautelar o en la

---

<sup>280</sup> Desde Guastini (1999: 70, 227 y ss.) puede verse que existen varias formas de resolver los casos no previstos en la ley por interpretación sistemática: aplicar la norma superior (el valor constitucional del conocimiento), o el uso de la analogía (en este caso se aplica una regla jurídica vigente en el ordenamiento jurídico).

<sup>281</sup> El CPP (art. 254), pone expresamente como fin de la cadena de custodia «demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física». El componente de distribución probatoria lo contempla la CP (art. 250.3) que le asigna a la Fiscalía General de la Nación el deber de «asegurar los elementos probatorios garantizando la cadena de custodia». Por consiguiente, si la Fiscalía General de la Nación logra seguir los procedimientos de cadena de custodia con los elementos materiales probatorios que sirvan de apoyo a la hipótesis de la acusación, tales elementos se entenderán como auténticos y, por ende, como veraces.

toma de muestras corporales, ante la ausencia de procedimientos o protocolos estandarizados a seguir, debe asumirse como *verdad* interina la buena fe de los responsables de la cadena de custodia (juez, secretario judicial, policía nacional, peritos, entre otros), y la contraprueba de esa *verdad* se torna casi imposible.

Precisa aceptar, sin embargo, que resulta ingenuo pensar que seguir unos procedimientos o formas de cadena de custodia pueda garantizar la veracidad de los elementos probatorios; pero es aún más ingenuo creer que puede confiarse plenamente en que todos los responsables de la cadena de custodia siempre actúan de forma apropiada, siguiendo unos parámetros razonables y solo en situaciones extremas puede desconfiarse de ellos. Si bien la primera ingenuidad contiene algo de ficción (creer que la verdad hace eclosión a partir de formas, protocolos o procedimientos), la segunda tiene el inconveniente de ubicarnos en la imposibilidad probatoria de contraprobar.

La propuesta en este estudio es simplemente que las fases, pasos o transformaciones que tenga un elemento material probatorio o una prueba material sean debidamente certificados por las autoridades responsables de los mismos; en consecuencia, que se tenga seguridad documentada de que el elemento que llega al perito sea el mismo que se obtuvo en una inspección o mediante una medida cautelar, o se trate de la muestra corporal extraída por algún facultativo de la salud, o de la integridad del dato informático (mensaje o documento). En el derecho a la prueba, para efectos de la oposición o resistencia frente a una prueba pericial o de cara a las afirmaciones de testigos, auxiliares de la justicia, existan criterios concretos para ejercer la contradicción probatoria. La regulación de cadena de custodia genera deberes de registros o certificaciones de los responsables como las condiciones de recibimiento, traslado, exámenes y entrega. Pero para la parte que busca efectos jurídicos sustantivos, la carga procesal también implica asumir el riesgo del cumplimiento de esos mínimos de autenticidad o veracidad de los elementos probatorios en cuestión.

#### ***2.1.2.5. La denominada prueba por informe.***

El CGP (art. 275) trata como medio de prueba los denominados informes que proceden extraprocionalmente por las partes o sus apoderados, o procesalmente por estos mismos y por el juez, bien de oficio o a petición de parte con el fin de que cualquier persona o entidad, pública o privada, suministre informes «sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que

resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal». Sobre los informes que solicitan las partes o sus apoderados este artículo dice:

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.

En estricto rigor, con este tipo de informes no se está ante un medio de prueba, sino con una combinación entre un mecanismo de aseguramiento de prueba y la prueba documental. Ahora bien, debe mencionarse que la prueba por informes tiene relación con el derecho de petición que tiene cualquier persona, pero se diferencia en que este último solo recae sobre entidades públicas o privadas en las que exista una relación de dependencia o se trate de un servicio público, entre otras condiciones. Los informes no tienen estas restricciones del derecho de petición. Ahora bien, las constancias que expidan los particulares o las entidades públicas sobre los actos, actuaciones o actividades que realizan son propiamente documentos; independiente que se ordenen procesal o extraprocesalmente, por solicitud del juez o de un particular; en todo caso, se someten al régimen del documento, bien para efectos procesales o sustantivos (su control mediante el derecho penal). Estos informes se rigen por unos mecanismos afflictivos, consistentes en multas, como también se tienen plazos para su realización (CGP, art. 276) que redundan en la efectividad del derecho a la prueba. Antes que crear un nuevo medio probatorio, hubiera sido preferible que el CGP reforzara los mecanismos de aseguramiento probatorio regulando los mecanismos de efectividad, como los deberes, las sanciones para las autoridades públicas o privadas.

Álvarez Gómez (2017, Vol. III: 260) argumenta que la prueba de informes se diferencia del testimonio, en cuanto que se trata de actuación que proviene de archivos, registros o datos; con la pericia, por la forma y el carácter de experto del sujeto; y del documento porque la forma escrita no siempre indica el carácter de documental y además, no se le aplican las reglas de la indivisibilidad probatoria que resulte de un documento (CGP, art. 250); ni las del alcance probatorio (CGP, arts. 257 y 260); ni sus reglas de aportación (CGP, art. 245).

Frente a esta autorizada opinión doctrinaria hay que estar de acuerdo en que es cierto que la prueba de informes no tiene el carácter de testimonio de tercero, ni de prueba pericial. Pero en cuanto a la distinción con el documento el argumento es insostenible ya que la circunstancia de que la legislación le consagre unos condicionamientos de validez específicos

no le quita el carácter de documento. Por tanto, con la prueba de informes se está ante una subespecie de documento, con unos condicionamientos de eficacia probatoria especiales, ya que lo que prueba es una cosa material, realizada por un ser humano y con signos lingüísticos que representan hechos o actos<sup>282</sup>.

Ahora bien, el tema que no aborda Álvarez Gómez es cómo apreciar la prueba de informes. Es obvio que hay que acudir a las reglas del documento, esto es, debe valorarse la autenticidad y la veracidad. En cuanto a la autenticidad, se trata de documentos en los que la discusión sobre la autoría de los mismos sería excepcional, pero teóricamente puede ser objeto de controversia que quien aparece como suscriptor no fue en realidad quien lo suscribió, o debatir sobre la capacidad legal para representar a la persona jurídica. Además, lo que si puede ser más usual es controvertir la veracidad de las afirmaciones, como ocurre con cualquier documento.

Sin duda, el legislador lo que busca con la prueba de informes es la eficiencia procesal evitando que los jueces o las partes hagan uso de formas procesales innecesarias para este tipo de documentos que resulten dificultando la concentración procesal. No obstante, es evidente que la forma de contradicción de la prueba por informes del CGP (art. 277), resulta deficiente constitucionalmente ya que se refiere solo a «la aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados». Así, desde el derecho a la prueba, también se tiene el derecho a solicitar la tacha, o cualquier contraprueba de la autenticidad o veracidad de los mismos; incluyendo la ratificación por el autor de los contenidos de las afirmaciones contenidas en el documento, cuando se discute la veracidad. Por tal razón, la prueba por informes es un *submedio* de prueba documental, que, desde la perspectiva del derecho a la prueba, debió regularse como una modalidad de preconstitución probatoria (aseguramiento de prueba).

Cabe anotar que cuando el informe consiste en una experticia o un examen sobre personas, cosas o conceptuar sobre el nexo de causalidad o implican juicios especializados, técnicos o científicos se está concretamente ante una prueba pericial. Mediante este mecanismo no sería posible ordenar pruebas periciales, porque estas tienen su propio régimen de producción.

---

<sup>282</sup> Al efecto, Devis Echandía (1981, Vol. II: 526-527) en su caracterización de los requisitos de existencia, validez y eficacia del documento, señala como de existencia los siguientes: que se trate de un «objeto, con aptitud representativa, formado mediante un acto humano (...) que represente un hecho cualquiera».

## 2.2. La actividad probatoria y los medios de prueba

(...) el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición, límites todos ellos que serán objeto de análisis posteriormente. En segundo lugar, supone que el medio probatorio admitido sea practicado pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. Ciertamente, no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido. (Picó i Junoy, 2006: 21-22)

Asimismo, Picó i Junoy (2006: 22) advierte que se tiene el derecho a intervenir en la práctica de los diversos medios probatorios, «independientemente de quien los haya solicitado, e incluso en los realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional, constituye una manifestación del genérico derecho a la prueba».

Tal cual se menciona al principio de este capítulo, la configuración del derecho a la prueba implica una actuación positiva del legislador que busca hacerlo funcional, posibilitar su realización, trazar los procedimientos y las condiciones necesarias para su ejercicio. Precisamente, las fases de la actividad probatoria son las que cumplen estrictamente hablando con darle funcionalidad al derecho a la prueba mediante diversos condicionamientos o procedimientos que buscan su ejercicio. Cuando se habla de condicionamientos o procedimientos o de requisitos para el ejercicio de un derecho se hace difícil diferenciar entre aquello que le da forma y lo que lo limita o restringe; en realidad condicionar un acto jurídico tiene un doble efecto, lo configura y lo limita al mismo tiempo.

Se trata, entonces, de un estudio sobre la efectividad del mencionado «derecho al testigo y a otros medios de prueba» (véase apartado 1.3.3.2.); derecho que para emprender su análisis es necesario abordar los condicionamientos procesales de los actos de proposición, práctica probatoria y los medios probatorios; asimismo, en el aparte sobre los límites de derecho a la prueba (capítulo 3) se tratan los juicios que realizan sobre tales actos, como los de pertinencia, utilidad, legalidad, licitud y conducencia.

En la configuración del derecho a la prueba, como se ha visto en este estudio, son esenciales los mecanismos que lo hacen efectivo, bien porque permitan su aseguramiento para futura memoria como también los mecanismos coercitivos que operan durante el proceso y en la sentencia que ponen en funcionamiento a las partes con el fin de que colaboren activamente con la prueba para el proceso. Ahora, se analizan las formas procesales generales para actividad probatoria en sus fases, y las específicas de los medios

probatorios, a fin de que puedan conformar el acervo probatorio de la sentencia; en especial, las fases en que se desenvuelve la actividad probatoria. Por último, se describen los recursos que operan durante el procedimiento probatorio que buscan la efectividad del derecho a probar.

### **2.2.1. Condicionamientos generales de la proposición y la práctica de la prueba**

La proposición de la prueba tiene requisitos o límites genéricos y específicos; los genéricos tienen aplicación para cualquier prueba, y los específicos son propios de cada medio probatorio. Entre los genéricos se tienen los requisitos de legitimación, referentes a la persona que puede solicitar la actividad probatoria, y los requisitos temporales, relativos al momento procesal en que se realiza la actividad (Picó i Junoy, 2006: 63).

#### **2.2.1.1. La legitimación para la actividad probatoria.**

Esta legitimación la tiene toda persona que es parte del proceso desde el comienzo del mismo; también se adquiere esta cualidad con posterioridad, esto es, el sucesor y el interviniente procesal. Desde el CGP la categoría de parte la tienen los sujetos de la pretensión, por activa o pasiva. Asimismo, tienen esta calidad de partes otros sujetos como el interviniente excluyente (art. 63), el llamamiento al poseedor y al tenedor (art. 67), el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito (arts. 64-66)<sup>283</sup>. Ahora bien, es importante dilucidar bajo qué condición actúan las personas que se incorporan al proceso luego de concluido el período probatorio de primera instancia. Acá el criterio a tener en cuenta es que el sucesor o el interviniente deben aceptar el proceso *in statu terminis*<sup>284</sup>. En este sentido, el CGP (art. 70) se refiere a la irreversibilidad del proceso a fin de prescribir que los sucesores e intervinientes lo toman en el estado en que se halle al momento de su ingreso; no obstante, como se estudia luego, excepcionalmente, también existen oportunidades probatorias en segunda instancia.

Ahora bien, desde el punto de vista de lo que significa un derecho constitucional, no puede reducirse el derecho a la prueba a quién tiene derecho de postulación en el ámbito legal: la parte procesal o material que tiene el conflicto objeto del litigio es quien, por preeminencia,

---

<sup>283</sup> El CGP le da el carácter de terceros a quienes actúan en coadyuvancia o intervención adhesiva (art. 71), y el llamamiento de oficio (art. 72).

<sup>284</sup> Véase Picó i Junoy, 2006: 63.



tiene el derecho fundamental a la prueba; aunque por configuración del CGP<sup>285</sup>, formalmente puede hacerlo quien tenga derecho de postulación. No obstante, desde el derecho constitucional a la prueba, el CGP incurre en un formalismo excesivo al restringir la proposición de prueba solo a quien tenga derecho de postulación. En las audiencias o diligencias (en una inspección judicial), por aplicación directa de la CP, la parte procesal tiene la posibilidad, así sea residual, de proponer pruebas; y el juez tiene la obligación de decretarlas si resultan necesarias para la decisión.

### **2.2.1.2. Requisitos temporales.**

Las oportunidades procesales para la prueba judicial tienen unos momentos que se constituyen en condición de validez de la misma. Los actos procesales deben realizarse dentro de unos términos establecidos a fin de garantizar un plazo razonable para la tutela de los derechos<sup>286</sup>. Asimismo, se trata de garantizar el principio constitucional de un debido proceso sin dilaciones injustificadas.

El CGP (art. 173) establece que las pruebas deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro los términos y oportunidades señaladas expresamente. La proposición de prueba puede tratarse de aportación de prueba o de petición; las pruebas se aportan en el caso de las recaudadas por las partes con los mecanismos de aseguramiento probatorio; esto es, las pruebas extraprocesales y las preconstituidas. Las que solicitan a fin de que se produzcan dentro del proceso son básicamente los interrogatorios de partes, testigos y peritos. El demandante propone sus pruebas principalmente en la demanda (CGP, arts. 82.6, 84 y 85) y en el traslado de las excepciones que formule el demandado (CGP, arts. 370 y 443.1). Por su lado, el demandado lo puede hacer en la contestación de la demanda (CGP, art. 96.4), en el escrito de excepciones (CGP, art. 442-1) y en la reconvencción (CGP, art. 371). Ahora, quien promueva un incidente puede hacerlo en el acto de su iniciación (CGP, art. 129.1) y su adversario en el término de traslado del mismo (CGP, art. 129.3).

---

<sup>285</sup> En materia procesal penal se diferencia entre defensa material (el acusado) y técnica (el abogado); y ambos tienen posibilidad de presentar, solicitar y contradecir la prueba, pues el CPP (arts. 8. y 130) disponen que la acusación y defensa tienen similares derechos; y en concreto, el imputado o acusado tiene con respecto a la defensa técnica «(...) las mismas atribuciones (...) compatibles con su condición».

<sup>286</sup> En este sentido, Picó i Junoy (2006: 64).

El CGP (art. 238.3) permite la incorporación al proceso, de oficio o a petición de parte, de pruebas nuevas en el trámite de una inspección judicial que se relacionen con los hechos materia de la misma; oportunidad frecuente en el caso de documentos o testigos.

Ahora bien, el CGP (art. 78.10) prohíbe a los apoderados solicitarle al juez la obtención de pruebas que ellos mismos pueden conseguir, en el ámbito extraproceso, directamente o mediante el derecho de petición. Esta regla es complementada por el art. 173.2 (CGP) al exigir, como condición de admisibilidad de peticiones de documentos o pruebas que el mismo justiciable pueda recaudar de forma directa o mediante el derecho de petición, que demuestre, con prueba sumaria, la fallida gestión para el logro de las mismas. Luego, en el caso concreto de los documentos que acreditan la existencia, representación o calidad en que actúan las partes, el art. 85.1 (CGP) repite la misma regla ya que condiciona a que el juez libre oficio para obtener la prueba, a que la parte acredite que ha realizado la respectiva gestión para su consecución mediante el derecho de petición y que no le fue atendida.

Desde luego, estas reglas que compelen a las partes a aportar los documentos u otras pruebas que puedan obtenerse de manera directa o con el uso del derecho de petición tienen el mérito de favorecer la concentración y la eficiencia procesal, en la medida en que permiten que el proceso se realice con menos recursos de tiempo y de actuaciones procesales. Ahora bien, el problema con este tipo de restricciones de petición de prueba es en los casos en que existe un nivel considerable de complejidad del proceso y cortos términos de caducidad. Situaciones en las que el juez tendrá que atender este otro tipo de razones y no apearse solo a la prueba sumaria de la gestión para la consecución probatoria. Si el juez no atiende a ese otro tipo de consideraciones, resultará afectando el derecho constitucional a la prueba.

Las pruebas solicitadas, o aportadas por las partes, son luego objeto del juicio de admisibilidad (CGP, arts. 168 y 173.2), momento en que el juez decide si se incorporan al proceso las pruebas presentadas, y si se ordena la práctica de las solicitadas; o, por el contrario, se rechazan las pruebas propuestas. Los juicios que realiza el juez de rechazo probatorio se estudian luego como límites del derecho a probar. La admisión de la prueba se refiere en términos generales al derecho que tienen las partes a que las pruebas que le soliciten o le presenten al juez tanto en el ejercicio de su derecho de acción, activando la pretensión procesal, como también en el de resistencia o defensa, entablando la oposición, en efecto ingresen al proceso. Esta decisión de ingreso de la prueba al proceso implica por el juez una

evaluación sobre el cumplimiento de las reglas de la pertinencia, la conducencia, la utilidad, la licitud y la legalidad de la prueba. El no cumplimiento de los condicionamientos que para la prueba contienen estas reglas conlleva a la inadmisión o rechazo de la misma.

Lo relacionado con la práctica de la prueba constituye un asunto propiamente de configuración legal de los medios de prueba. La ley regula los condicionamientos de tiempo, modo, lugar y órganos que deben cumplir los medios de prueba para que en la sentencia el juez pueda valorarlos en su fuerza demostrativa. Estos condicionamientos son propiamente de validez de la prueba y se dividen en generales, por ser comunes a todos los medios de prueba, y en específicos, por ser los propios de cada medio de prueba en particular. Como se trata de la configuración legal de un derecho fundamental, la interpretación de estos condicionamientos de admisión de prueba debe hacerse con un criterio amplio de tal suerte que permita la mayor eficacia de este derecho fundamental.

El derecho a la prueba implica la efectiva práctica del medio de convicción previamente admitido; pues solo mediante su práctica se introducen los hechos al proceso y forman parte del acervo probatorio que valora el juez para emitir una sentencia.

Lo que no se le permite al juez, a la luz de los postulados constitucionales, es admitir las pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio<sup>287</sup>.

Finalmente, *la prueba en segunda instancia*, de conformidad con el CGP (art. 327) es posible actividad probatoria de oficio en sede de apelación, lo mismo que en las siguientes situaciones: por solicitud de acuerdo entre las partes; cuando las pruebas fueron decretadas en primera instancias pero se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; asimismo, en el caso del hecho nuevo, el que ocurre después de transcurrida la oportunidad probatoria en primera instancia, pero solo para demostrarlos o desvirtuarlos. En cuanto a los documentos, si no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito

---

<sup>287</sup> Véase CCC, sentencia SU-087 de 1999 (M.P. Hernández Galindo, cons. III, 3). De acuerdo con la CSJ (Sala de Casación Penal. M.P. Ricardo Calvete Rangel, agosto 28 de 1997): «El deber del funcionario judicial no se agota en decretar la práctica de las diligencias pedidas, o de las que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, además debe hacer todo lo que esté a su alcance para que se puedan practicar, pues tan arbitrario es negarlas siendo conducentes, como ordenarlas pero no hacer nada para que efectivamente se recauden». En este mismo sentido, véase sentencia C-555 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo, cons. III, 2).

o por obra de la parte contraria. Finalmente, pruebas que persiguen desvirtuar los anteriores documentos.

Sin duda, el desiderátum de la completitud probatoria se ve ampliamente favorecido con las posibilidades probatorias en la segunda instancia. El hecho nuevo permite resolver situaciones como las de los sucesores en el litigio que se vinculan al proceso luego de terminado el período probatorio; así tienen la oportunidad de acreditar las nuevas condiciones en que se encuentre, por ejemplo, la empresa en liquidación, o el objeto del derecho litigioso. El interviniente *ad excludendum* que alega tener mejor título que los litigantes iniciales, podría aportar documentos ante la imposibilidad de hacerlo con anterioridad.

La prueba de oficio en segunda instancia es importante para la efectividad del derecho a la prueba, pues con su carácter de obligatoria, permite resolver diversas situaciones que en razón del trámite concentrado y limitado en tipo de primera instancia dificulta que se logre la actividad probatoria completa. Por ejemplo, la posibilidad de que los despachos comisorios (dentro o fuera del país) en el momento en que se integren a la actuación, en la misma segunda instancia, debe darse la posibilidad de la contradicción probatoria. Asimismo, las pruebas de oficio que decreta el magistrado sustanciador en segunda instancia también deben brindarles a las partes la posibilidad para que ejerzan su contradicción probatoria.

Al respecto, es bueno mencionar que esta oportunidad excepcional de prueba también existe en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 83, Decreto 2158/48, modificado por la Ley 712/01) consistente en que el tribunal puede ordenar las pruebas que se hayan decretado en primera instancia y se dejaron de practicar en primera instancia sin culpa de la parte interesada; asimismo, cuando se consideren necesarias para resolver el recurso. Sin duda, esta última es una cláusula abierta de pruebas en segunda instancia que opera tanto de oficio como a petición de parte. La CCC (sentencia C-1270/00, cons. 3.4.) determinó la constitucionalidad de esta norma en consideración a que, con respecto a las partes «redunda en asegurar su derecho de defensa» y también proteger «la realidad histórica»; y en el caso concreto de la facultad oficiosa, por «aproximarse a la realidad histórica de la controversia planteada».

Existen situaciones que, de cara al derecho fundamental a la prueba, con su carácter de derecho público subjetivo, no encuentran una solución, como ocurre con los documentos y otros medios de prueba que el abogado negligente no aporta ni solicita en las oportunidades

legales establecidas. Se cuestiona en estos casos si es razonable la prueba de oficio. La propuesta en este estudio sobre esta problemática es que, en protección de los valores del conocimiento y la justicia, debe permitirse el ingreso de tales pruebas; pues como se ha visto ampliamente, el derecho a la prueba no puede librarse a los avatares o la suerte de los litigantes o de sus representantes; este derecho debe protegerse independiente del capricho o desidia del litigante. Esta propuesta tiene el grave riesgo del abuso procesal; por eso, para contrarrestar este perjuicio, cada vez que el juez acuda a la prueba de oficio deben asignársele consecuencias disciplinarias al abogado; la necesidad de prueba de oficio es suficiente para establecer indicio grave de negligencia abogadil; desde luego, el juez debe apreciar situaciones especiales del abogado con respecto a la prueba en cuestión.

A continuación, desde el derecho a la prueba, se analizan los condicionamientos espacio-temporales y modales más relevantes de los medios de prueba configurados en el CGP.

### **2.2.2. Condiciones especiales de los medios de prueba**

Tal cual lo señala Montero, los medios de prueba resuelven la cuestión con qué se debe probar (2011: 143). El CGP (art. 165) establece los instrumentos con los que se pueden probar los hechos:

Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

El CGP, con respecto al CPC/70, prescribe dos medios más, la declaración de parte y los informes. Asimismo, con el fin de garantizar de mejor manera los instrumentos para probar los hechos, el CGP consagra un *numerus apertus* de medios de prueba porque además de los previstos expresamente también es posible hacer uso de «otros medios que sean útiles», autoriza a que el juez practique «pruebas no previstas (...) de acuerdo a las disposiciones que regulen medios semejantes y según su prudente juicio». Sin duda, en cuanto a los instrumentos de prueba el CGP es suficientemente garantista del derecho a probar, porque no habría ningún inconveniente en incluir mecanismos de prueba que pudieran surgir con las nuevas tecnologías o con desarrollos teóricos que se hagan, por ejemplo, desde la epistemología. No obstante, hay que decirlo, difícilmente puede hablarse de nuevos

instrumentos para probar los hechos que no puedan reconducirse a los medios que tradicionalmente han existido. Incluso, desde lo epistemológico puede decirse que existe un importante desarrollo del testigo, como fuente de conocimiento genérico a tal punto que las distinciones entre declaración de parte, testimonio de tercero, confesión y prueba pericial no tienen suficiente fundamentación teórica; así, estas caracterizaciones solo operan por autoridad del legislador. En igual sentido debe mencionarse que no tiene justificación teórica alguna seguir sosteniendo (como ocurría también el CPC/70, art. 165), como *medio de prueba*, al indicio; tampoco la denominada *prueba de informe* es medio de prueba, sino un mecanismo de aseguramiento, como ya se estudió.

A continuación se analizan los condicionamientos de los medios de prueba, teniendo como perspectiva de estudio el rol que juegan como garantía del derecho a la prueba y, desde luego, en la efectividad del valor del conocimiento.

#### ***2.2.2.1. La declaración de parte y la confesión.***

Se denomina declaración de parte al testimonio rendido por el mismo sujeto procesal que tiene el carácter de parte, de imputado o sindicado en los diversos procesos judiciales. Además de tratarse de un sujeto de derechos procesales, la parte procesal adquiere el carácter de órgano de prueba; y cumple la función de servir de instrumento de conocimiento en la conformación del acervo probatorio de la sentencia. En los eventos en que la declaración sirve de prueba contra sí mismo se habla de confesión o admisión de los hechos; y cuando sirve contra otros se habla de testimonio en sentido estricto o de terceros.

La posibilidad de que el sujeto procesal sirva de instrumento de prueba favorece el derecho a la prueba de la parte contrincante y, por ende, facilita la consecución de la verdad en los procesos jurisdiccionales; sin embargo, potencialmente puede afectar derechos constitucionales como la dignidad humana en el sentido que se utiliza la persona como instrumento de obtención de un conocimiento que puede redundar en detrimento de su condición vital en un momento determinado. Poniéndose ésta como instrumento de su propio infortunio. Cuando el legislador decide configurar en los códigos procesales la declaración de parte toma una posición política de honda repercusión en la vida de las personas, porque estas son compelidas mediante diversos mecanismos para que sirvan de instrumentos contra sus propias causas.

Cabe anotar que el CGP enlista la confesión como medio de prueba y le da una configuración mediante unos condicionamientos que buscan darle autonomía con respecto a otros medios probatorios. Precisamente en el capítulo III (del título de pruebas, arts. 191-206) se denomina «declaración de parte y confesión» y conserva en su contenido, en esencia, la regulación que tenía el CPC/70 (arts. 194 y ss.); establece los requisitos de la confesión, la confesión espontánea, la provocada, la expresa, la presunta, reglas como la indivisibilidad, la *infirmación*, la confesión propia o la que realiza el representante o el apoderado. Pese a la insistencia del legislador colombiano en regular la confesión como medio de prueba, es pertinente tener presente la advertencia que aparece en la exposición de motivos (apartado XI) de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 española, donde se explica que la confesión se sustituye por la declaración de las partes en consideración a que es «en exceso tributaria de sus orígenes históricos, en gran medida superados».

Ahora bien, la confesión como medio de prueba autónomo con respecto al testimonio o declaración de parte tiene sentido si el legislador le concediera el histórico valor legal de certeza probatoria<sup>288</sup>. Este fenómeno no se presenta en la actual regulación del CGP, ni tampoco se contempla en el CPC/70; pues precisamente el art. 698 de este último código derogó el decimonónico art. 1768 del Código Civil colombiano que le concedía el carácter de plena prueba a la confesión<sup>289</sup>. En otras palabras, la expresión confesión del CGP no le añade nada de relevancia a lo que es una declaración o testimonio de parte.

Precisamente, la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (apartado XI) explica:

En cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como

---

<sup>288</sup> Explica Montero Aroca (2011: 239) que la verdadera confesión era la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 es la combinación con el juramento decisorio, que solo perjudica al confesante, y hacía prueba legal solo para el confesante. «Esta confesión sí era medio de prueba, en cuanto servía para establecer la certeza sobre los hechos controvertidos». En igual sentido, la advertencia de Battistuzzi (2006: 409) cuando explica que la confesión se encuentra en conexión con la regulación tasada que tenía de certeza probatoria, cuando cumplía con los requisitos legales.

<sup>289</sup> El derogado art. 1769 (Código Civil colombiano), decía: «La confesión que alguno hiciere en juicio por sí o por medio de apoderado, relativa a un hecho personal de la misma parte, produce plena fe contra ella, y no se admitirá prueba contra tal confesión sino en el caso de que se justifique debidamente que la parte que la rindió sufrió un error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus sentidos al tiempo de rendirla».

en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen.

Sobre el valor de la confesión, el CGP no tiene una regla expresa, no obstante, en el art. 191 al referirse a los requisitos de la confesión enumera los siguientes:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho (...).
  2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria (...).
  3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
  4. Que sea expresa, consciente y libre.
  5. Que verse sobre hechos personales del confesante (...).
  6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.
- La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

De estos condicionamientos puede interpretarse que el legislador busca caracterizar la confesión como medio de prueba autónomo con respecto a la declaración de parte; debe decirse que si no se cumplen tales condicionamientos se está ante una declaración de parte, la cual tiene valor «de acuerdo con las reglas generales de la apreciación de las pruebas». Aunque también esta normatividad, con tales requisitos, cumple la función de ponerle al juez unos criterios de valoración, de tal suerte que si se cumplen, el juez, a la luz de sana crítica, sabe que si una persona acepta hechos desfavorables o que favorezcan la situación de su contraparte es porque dice la verdad; pero el juez también conoce por experiencia que a veces se aceptan los hechos desfavorables de manera simulada o porque se quieren ocultar otros. Por tanto, tales condicionamientos son más trascendentes como reglas de valoración que condiciones de validez de prueba. Como regla de valoración condiciona al juez a considerar la confesión de mejor calidad que la declaración de parte, y como reglas de validez son inútiles, porque, bien se traten como confesión o declaración de parte, de todas formas se someten a la libre valoración del juez.

Ahora bien, cuando el CGP (art. 196) instituye que la «indivisibilidad de la confesión y la divisibilidad de la declaración de parte» establece que «la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe». También el CGP (art. 197) se refiere a la *infirmación de la confesión* para prescribir que «admite prueba en contrario». Cabe advertir que los condicionamientos de configuración legal de la confesión de manera alguna inciden en la distribución del riesgo probatorio; por ello, la regla de autorizar la *infirmación* o la contraprueba a la confesión es completamente inútil, pues la misma es un derecho



constitucional que no puede restringir el legislador. Al no tener regla tasada, se torna de muy poca utilidad la enorme y confusa discusión sobre la extensión de la confesión; esto es, determinar qué tipo de hechos comprende o cuáles no (indivisibilidad), para asignarle los mismos efectos de ella. Resulta una tarea estéril hacer tales disquisiciones pues, al fin y al cabo, el valor de la confesión está dado por la sana crítica, no por la autoridad de ley.

Con respecto a la apreciación de la confesión en el CGP se pronuncia Álvarez Gómez (2017, Vol. III: 56-57) considerando que ésta se valora de conformidad con las reglas de la sana crítica, y se debe tener presente que el «sentido común» enseña que lo que se confiesa «constituye un hecho cierto». Dice además: «De ahí que la confesión le abra paso a una inversión de la carga de la prueba, porque, en principio, es al confesante al que más fácil le queda probar que, pese a su propio dicho, el hecho no es cierto» (Álvarez Gómez, 2017, Vol. III: 56-57). Sin duda, Álvarez Gómez tiene razón en cuanto a que en la confesión opera la libre apreciación probatoria; pero en lo que no estamos de acuerdo es que a partir del sentido común (o de las máximas de experiencia) se pueda establecer una *presunción de hecho cierto*, ya que esto implica un valor tasado para la confesión sin que exista ley que así lo autorice<sup>290</sup>; ni mucho menos implica un inversión probatoria. Distinta es la situación que el juez, en un caso concreto, considere que la confesión es suficientemente fiable para la prueba del hecho.

Por su parte, en lo relacionado con la indivisibilidad de la confesión, Devis Echandía (1981: 702-706) trae como ejemplos, aplicables al CGP por tener el mismo contenido del derogado CPC/70: el demandado acepta que recibió dinero, pero no a título de mutuo sino de donación; acepta que tiene la cosa mueble, pero como dueño y no a nombre del demandante; acepta que se obligó a entregar solamente cien cargas de café y no quinientas; admite que recibió el vehículo pero a título de préstamo, pero no en alquiler. Cita como ejemplos de confesión divisible, los siguientes: el demandado acepta la deuda pero alega haberle prestado servicio al demandante; admite que adquirió la obligación contractual, pero alega que exigió novación o remisión, compensación, o una condición resolutoria, u otro modo de extinguir la obligación, distintos al pago o cumplimiento.

---

<sup>290</sup> En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 316.1), que como se ha dicho no contiene la expresión *confesión*, pero al interrogatorio de parte le asigna valor legal como *hecho cierto* cuando en el interrogatorio la parte reconoce hechos en los que intervino personalmente y le son totalmente desfavorables. Al efecto, ver la opinión doctrinaria de Abel Lluch (2014: 54).

A veces la doctrina y la jurisprudencia incurren en *esencialismo* al tratar el valor de la confesión, en el sentido de concebir que ella por esencia es indicativa de la verdad; pero el problema de esta concepción en asignarle efectos, aunque jurídicamente inexistentes, de plena prueba, entre ellos, la distribución del riesgo probatorio. En los ejemplos vistos se le atribuye a la confesión el efecto de distribuir el riesgo probatorio: cuando es indivisible, prueba la cualificación del hecho, y a la contraparte le corresponde contraprobarlo; y cuando es divisible, al confesante le incumbe probar el hecho añadido. En realidad los mismos ejemplos pueden resolverse sin la institución *confesión*; y encuentran adecuada respuesta con los conceptos de pretensión, excepción de fondo, la simple oposición, derecho a la contradicción probatoria, la regla general del riesgo probatorio (según quien persiga el efecto jurídico-sustancial) o con las reglas especiales que lo pueden afectar (presunciones, cargas procesales y demás). En el CGP, la confesión no tiene regla alguna de carácter sustancial o procesal que implique cambio en la distribución probatoria, ni de alterar los contenidos de los supuestos fácticos normativos en el *thema probandum*<sup>291</sup>.

En cuanto a la utilidad de la confesión como eximente probatorio, debe decirse que en consideración a que no tiene regla tasada, tampoco existe efecto indirecto en la distribución probatoria, ni afecta el *thema probandum* y, en consecuencia, realmente no exime de prueba<sup>292</sup>. Además, el CGP con sus herramientas de la oralidad, la inmediación y la concentración también prescribe la denominada *fijación del litigio*. Este mecanismo, junto con los interrogatorios libres del juez y en el diálogo directo del juez con las partes, en la fase inicial de las audiencias, permite que pueda establecerse en cada caso cuáles hechos hay que

---

<sup>291</sup> Algo similar ocurre en el caso de la jurisprudencia de la CSJ, Sala de Casación de Civil –sentencia 24 de junio de 1983– (como se citó en Parra Quijano (2011: 396) de la mujer que demanda a su cónyuge porque «resolvió dormir en habitación separada», y el demandado contestó «que no compartía habitación con la señora X, porque ella se negaba a cohabitar con él, y esta conducta lo obligaba a tomar tal actitud». El marido en este caso acepta que no comparte el lecho con su mujer, pero explica que esto ocurre es por voluntad de su mujer.

En este caso, la confesión no cumple ninguna función en la distribución del riesgo probatorio, pues éste sigue en manos de la demandante por la regla general en razón al efecto jurídico que busca. Por eso, es inútil o innecesario que tal jurisprudencia concluya: «En el proceso no existe prueba que desvirtúe la confesión del demandado. De tal manera que la confesión se le acepta, tal como la contempla el art. 200 del C. de P.C.».

<sup>292</sup> Fuera de lo anterior, Picó i Junoy (2006:) demuestra que la confesión solo logra apreciarse adecuadamente al momento de la sentencia, ya que en más de las veces, la aceptación del hecho perjudicial para la parte o del hecho que favorece a la contraparte se aprecia en la valoración probatoria, momento en el que es posible examinar en conjunto la prueba, incluyendo las afirmaciones de las partes en los interrogatorios y en sus escritos procesales.

probar en el proceso y cuáles no deben probarse porque se asumen como admitidos por las partes.

Así, puede decirse que con la herramienta procedimental de la fijación de los hechos y los interrogatorios de parte por el juez, la autonomía de la confesión (si es que realmente la haya tenido, desde que dejó de estar tasada) pierde su importancia en la configuración de los procedimientos orales actuales. La ausencia de regulación expresa sobre el efecto eximente de prueba de la confesión<sup>293</sup> puede generar que en la práctica la parte que admite hechos en alguna de las actuaciones, luego al momento de la fijación de los hechos se oponga a darlos por probados. De hecho, ante la indefinición en el CGP del concepto y alcance de la fijación del litigio, hay que interpretar que es una actividad concertada entre las partes, y luego aprobada por el juez. Es decir, la fijación del litigio quedó como un típico negocio procesal, sin poderes para el juez tomar determinaciones frente a los caprichos de las partes; ni herramientas para conjurar el abuso procesal.

Ante la ausencia de reglas jurídicas de efectividad para la confesión, puede decirse que el único remedo de confesión que queda es la ya mencionada confesión en el interrogatorio de parte extraprocesal con el carácter de suficiencia probatoria como título ejecutivo; pero esto constituye un asunto muy puntual y excepcional para el procedimiento ejecutivo. Las demás confesiones no tienen por sí mismas la suficiencia probatoria para probar los hechos. Al efecto, hay que tener presente que la denominada *confesión presunta* (CGP, art. 205) aunque tiene las exigencias formales como las preguntas asertivas, se trate de hechos personales, o que el litigio verse sobre derechos disponibles y demás; no es confesión en estricto, tampoco es presunción, sino más bien una carga procesal de conducta procesal que afecta la valoración de la prueba, con incidencia en el peso probatorio de los hechos; y que por establecer una

---

<sup>293</sup> En contraste, en el nuevo *Código de Processo Civil* (Ley 13.105 de 2015) de Brasil expresamente prescribe como hechos no sujetos a prueba los afirmados por una parte y confesados por la contraria, además de los notorios, los admitidos en el proceso como incontrovertidos y en los que hay presunción legal de existencia o veracidad. Al respecto, véase la opinión doctrinaria del jurista brasileño Guimarães Ribeiro (2015: 30 y ss.) quien le da el carácter de pruebas atípicas a estos fenómenos de exención probatoria y busca clarificar el contenido de las mismas para mejorar su aplicabilidad por los jueces en el caso concreto.

Puede verse una notoria diferencia entre la regulación brasileña y la colombiana, pues en aquélla la ley expresamente ordena que el hecho confesado no está sujeto a prueba; regla inexistente en el CGP, la que por tratarse de norma restrictiva debe estar expresamente contemplada en la ley.

*verdad* interina tiene un efecto indirecto en la distribución del riesgo probatorio, como lo hacen otras reglas que tienen ese mismo carácter.

En cuanto al interrogatorio de las partes, puede realizarse bien por iniciativa del juez o a petición de las partes. El juez puede hacerlo de oficio (art. 198), hasta antes de la sentencia. El CGP ordena al juez realizar el interrogatorio de partes en muchos momentos del proceso, por ejemplo: establece para las audiencias del proceso verbal (art. 372), el verbal sumario (art. 382), proceso de disolución, nulidad y liquidación de sociedades (art. 528), «cuando se trata de incidentes y de diligencias de entrega o secuestro de bienes» (art. 198); asimismo, en la diligencia de oposición por terceros al secuestro de bienes, el juez puede citarlos si lo considera necesario, y en caso de que no comparezcan tendrá por cierto que no es poseedor (art. 198).

Debe entenderse que estos interrogatorios operan tanto para las partes originales o iniciales del proceso como para las que se vinculan con posterioridad (litisconsortes, llamados en garantías, el excluyente y demás). Asimismo, puede darse que un colitigante solicite el interrogatorio del otro (CGP art. 203-2), pues a veces sucede que si bien comparten una misma posición de parte, pueden ostentar intereses contrapuestos entre ellos a decidir en el proceso.

Esta amplitud de los interrogatorios de parte y otros sujetos potencialmente afectados con el proceso constituye una herramienta de efectividad del derecho a probar de gran importancia, y se compagina muy bien con el sistema de oralidad con inmediación y concentración, dado que las partes de manera directa le dan información necesaria e importante para tomar su decisión. Incluso, el careo entre las partes, colitigantes y otros intervinientes también se constituye en importante mecanismo que permite contextualizar mejor la problemática que se enfrenta. Con estos interrogatorios en sentido amplio el proceso deja de ser un asunto exclusivo de la voz de los letrados o jurisconsultos y se le permite al juez que afronte de manera más directa a los sujetos del conflicto. Estos mecanismos, si bien no le garantizan al juez llegar a la verdad en la sentencia, le facilitan un conocimiento de los hechos de mejor calidad y más inmediato.

Otra reforma importante en el CGP (art. 199), consecuente con la oralidad y la inmediación procesal es que no contempla la figura de la declaración mediante certificación jurada de ciertos funcionarios públicos en razón de la dignidad del cargo que contenía el derogado

CPC/70 (arts. 222-223). Ahora, todas las personas deben acudir ante el juez para la realización del interrogatorio, a excepción del presidente o vicepresidente de la República en cuyos casos el juez debe acudir a sus despachos. Con esta regulación del CGP, sin duda, se protege mejor el derecho a la prueba en la medida en que es posible la realización del conainterrogatorio por la contraparte. En el caso de las personas enfermas, el juez y las partes pueden dirigirse al lugar en que se encuentre o hacer uso de los medios técnicos (CGP, art. 199, párrafo). De la normatividad (CGP, arts. 201 y 224) se puede deducir que tanto la declaración de parte como el testimonio de tercero también se pueden usar las tecnologías de la información cuando el declarante se encuentra fuera de la sede del juez competente.

Se ha estudiado qué otros requisitos de los interrogatorios como realizar el cuestionario por escrito o las preguntas asertivas, o que éstas versen sobre derechos disponibles son opcionales en caso de que se busque la denominada *confesión* presunta en la contraparte (CGP, art. 205).

Asimismo, el CGP (arts. 193 y 372-2) prescribe la denominada *confesión por el apoderado judicial*, la que se realiza espontáneamente en los escritos de demanda, excepciones, en las correspondientes contestaciones y en la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario<sup>294</sup>. Esta facultad confesional para el abogado debe entenderse solo para las actuaciones que se realicen en esta audiencia como las relacionadas con la conciliación o la fijación del litigio; esto es, para aceptar y, por ende, eximir de prueba hechos de los escritos de la demanda, excepciones o de la contestación que pudieran resultar perjudiciales para la parte o favoreciendo a la contraparte. Pero de ninguna manera puede entenderse que el abogado pueda ser objeto de interrogatorio de parte de manera libre y con todas las consecuencias que se le asignan (como la confesión presunta); pues no hay norma expresa que así lo autorice, y además, puede afectar el derecho constitucional al secreto profesional.

También el CGP (art. 194) prevé como excepciones a las exigencias de la confesión la que se realiza por el representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona. Se entiende que en estos casos la confesión se da de manera provocada

---

<sup>294</sup> La ccc (sentencia C-551/16) declara la constitucionalidad de la confesión mediante apoderado (CGP art. 193) considerando que la norma persigue fines legítimos y constitucionalmente importantes mayor eficiencia en la administración de justicia; la norma crea un compromiso con la veracidad lo cual es consecuente con la responsabilidad con la administración de la justicia que conlleva el mandato y un corolario del deber de colaborar con la justicia el deber de veracidad

(mediante declaración ordenada por el juez) o espontánea en los casos en que pudiera actuar directamente en el proceso con los escritos de demanda, excepciones, contestación, o admite hechos en la diligencia de fijación del litigio. Prescribe el art. 198 (CGP) que cuando concurra el representante o mandatario general a un interrogatorio de parte no puede «invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no esté dentro de sus competencias, funciones o atribuciones». En el caso de los representantes de personas jurídicas de derecho público el CGP (art. 195) establece una prohibición de valor probatorio a su confesión; no obstante, sí es posible solicitarle informe escrito juramentado sobre los hechos debatidos que conciernan a la entidad; en caso de omisión de emitir el informe se prevé sanción de multa.

De lo dicho antes, puede extraerse que el CGP conserva la figura de la confesión aunque la misma ha perdido su componente más característico con respecto a otro tipo de testimonios: la plena prueba de la admisión de los hechos que puedan perjudicar al confesante o que al menos favorezcan a la contraparte, cuando el litigio verse sobre derechos disponibles. La expresión *confesión* en la época actual resulta insuficiente para comprender muchas situaciones de la vida real; por ejemplo, parece más adecuado, regular los actos procesales de las partes a la manera de cargas procesales; de hecho si desapareciera el término confesión para las actuaciones de las partes, de todas maneras debe entenderse que la admisión de los hechos en los mismos tiene importante fuerza probatoria a partir de la sana crítica.

Desde el punto de vista teórico, la denominación *confesión del apoderado judicial* resulta demasiado extraña y confusa porque los abogados tienen como función social representar a las personas en los procesos judiciales, tienen obligaciones de reserva y secreto con sus clientes; por tanto, desde el derecho constitucional a la prueba, por definición, los abogados no confiesan en los procesos judiciales en los que actúan como tales, más bien tienen cargas, deberes y prohibiciones con la actividad probatoria. La expresión *confesión* para referirse a los representantes legales de entidades públicas o privadas también resulta extraña y muy estrecha para regular la compleja situación en que se encuentran; la mayoría de las veces los hechos en litigio no son de su conocimiento personal; el legislador en vez de crear una prohibición de confesión, debería establecer la declaración o el testimonio para valorarse libremente; es mejor una declaración en estos términos que el informe escrito, porque con éste se pierde la posibilidad de interrogar y contrainterrogar. De acuerdo con las máximas de

experiencia, resulta obvio que la admisión de hechos en el ámbito público y donde no hay control del declarante sobre los mismos no tendrá el mismo peso que en el ámbito privado. Sería más simple para la legislación hablar de declaración o testimonio de parte que se valora con la sana crítica, y al mismo tiempo establecer las cargas, los deberes y las prohibiciones según las situaciones más relevantes.

#### **2.2.2.2. Declaración de terceros.**

Con el CGP se han eliminado algunas restricciones al derecho a probar que contenía el CPC/70: se deroga el límite de edad de doce años para declarar. Las inhabilidades que contiene el CGP (art. 210) son para las personas que se «hallen bajo interdicción por causa de discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender». Pero también esta norma establece un *numerus apertus* de inhabilidades, con base en las reglas de la sana crítica, ya que enuncia los casos en que el juez puede decidir, en el momento de la declaración, quiénes se encuentran inhábiles para declarar porque:

(...) sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Estos motivos abiertos de inhabilidad testimonial son similares a los que contenía el CPC/70 (art. 216) y que fueron objeto de demanda ante la CCC con el argumento de que la sana crítica daba margen a la arbitrariedad del juez, quebrantado por efecto la dignidad humana del testigo y las garantías procesales. La CCC (sentencia C-205/05, apartado 6º, M.P. Araujo Rentería) declaró la constitucionalidad de la norma en consideración a que la sana crítica de ninguna manera autoriza al juez a actuar de manera arbitraria;

(...) por el contrario, exige que dicha decisión sea motivada en forma razonada o crítica, de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en todo caso mediante la exposición de los motivos concretos o específicos que originan su decisión

Por consiguiente, para establecer si una persona se encuentra inhabilitada para declarar en virtud de su estado mental el juez puede recurrir a las máximas de experiencia, o a la ciencia; es posible que el juez, con su sentido común pueda dilucidar fácilmente tal capacidad para declarar, pero también podría decretar prueba pericial para tener mejores elementos para su decisión. Obviamente, en caso de que el juez declare la inhabilidad se estaría ante un rechazo de prueba y es posible interponer los recursos de reposición y apelación, según el caso. Si existe duda sobre el estado mental de una persona, o su madurez psicológica en razón a su

edad, u otras circunstancias para declarar, el juez debe admitir la declaración, y decidir, en la sentencia (CGP, art. 211), si existen o no motivos que afecten la credibilidad o imparcialidad del testigo.

En el caso de los menores, le corresponde al juez adoptar las medidas necesarias para recibir el testimonio; entre estas medidas, no se permite el juramento, sino solo la exhortación para decir la verdad (CGP, art. 220). Tal como lo propone Álvarez Gómez (2017, Vol. III: 110 y 111) es razonable que entre las precauciones para la declaración de los menores debe estar que se haga con la presencia de su representante legal, y en lo posible en recintos adecuados.

En cuanto a la práctica del testimonio, se resalta que se ha eliminado la figura del interrogatorio por certificación jurada, como se ha visto para la declaración de parte (apartado 2.2.2.1). Asimismo, el CGP (art. 221.4) establece para la declaración testimonial, como una de sus novedades, el interrogatorio y el contrainterrogatorio y, luego de que se agoten éstos, prescribe la posibilidad de «interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación». Pero se advierte que simultánea a esta novedad, el CGP conservó la tradición del CPC/70 del protagonismo del juez en los interrogatorios. En efecto, de conformidad con el art. 421 es el juez quien inicia los interrogatorios, luego le da oportunidad a las partes, y en cualquier momento de la diligencia el juez puede intervenir interrogando.

En la regulación del CGP, después del interrogatorio del juez, viene el interrogatorio de la parte postulante (o interrogatorio directo), luego el contrainterrogatorio de la contraparte; y, finalmente, una segunda ronda de preguntas con la finalidad de aclaración y refutación. Así, las partes tienen una primera ronda: interrogatorio de la parte postulante (o *directo*) y contrainterrogatorio de la otra parte; luego, en la segunda ronda, un nuevo interrogatorio (denominado *redirecto*) por la parte postulante y el *recontrainterrogatorio* por la contraparte<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> Es novedad en el CGP que se use la expresión contrainterrogatorio y que se regule una segunda ronda de preguntas para el postulante de la declaración como para la contraparte; también es novedad que se hable de refutación. Estas figuras en alguna medida, son de inspiración del CPP, el cual a su vez las tomó del sistema angloamericano del interrogatorio cruzado (*cross examination*). Pero existe una importante diferencia entre ambos códigos, consistente en que en el CPP (art. 391) se da un sistema de encadenamiento temático del interrogatorio y el contrainterrogatorio, ya que éste se limita a los temas que aborde aquél. Además, en el CPP se permite la pregunta sugestiva para el contrainterrogatorio; la cual tiene como finalidad que el interrogador realice una *prueba (test)* de cara a la veracidad y credibilidad del declarante (Decastro, 2005: 141).



Esta técnica de los interrogatorios es una aproximación a la *cross examination*, es un mecanismo propio de los sistemas adversariales y de la oralidad porque a las partes se les concede, de manera concentrada, la posibilidad de presentar sus testigos al tiempo que se da la refutación o confrontación a los mismos. Desde luego, no puede decirse que se trate de la misma técnica de la *cross examination* porque cuando el CGP mantiene el protagonismo del juez en los interrogatorios desnaturaliza el seguimiento de la técnica del interrogatorio cruzado; y además, se prohíbe la pregunta sugestiva.

Sobre esta temática es pertinente tener presente los avances que desde la psicología se han realizado sobre la precisión y la calidad de las declaraciones. Al respecto, en la doctrina se hace referencia a la *narración libre* (Contreras Rojas, 2015: 192-194); en la cual se busca que el declarante cuente con sus propias palabras a su ritmo, en la forma y en el orden que desee, todo lo que recuerda de los acontecimientos; al mismo tiempo el entrevistador debe abstenerse de realizar sugerencias o comentarios, así como debe abstenerse de interrumpir o perturbar (con gestos o palabras) al sujeto durante la declaración (Contreras Rojas: 192)<sup>296</sup>

También desde la psicología se propone la *entrevista conginitiva*, mediante la cual se trata de mejorar el recuerdo del declarante; técnica que fue desarrollada en Estados Unidos por Geiselman y Fischer como reacción a las formas de interrogatorios ante la policía. Esta técnica consiste básicamente en que el declarante recree el contexto ambiental y personal de los acontecimientos; explicando los hechos (espacio, tiempo y modo), y al mismo tiempo el efecto que personalmente le producía el hecho (pensamientos, emociones etc.)<sup>297</sup>. También se debe invitar al declarante para que exprese todo lo que recuerda, incluyendo la información tenga de manera parcial o vaga, así como los detalles que le parezcan irrelevantes. Asimismo, se le pide al declarante recordar los acontecimientos en orden distinto, por lo que le pide que narre los hechos en diversos órdenes en el tiempo (hacia atrás y hacia adelante) con el fin de que pueda recordar detalles que haya omitido (Contreras Rojas, 2015: 196-197).

En fin, la entrevista cognitiva se considera que es una técnica que permite detectar la mentira con facilidad, ya que con la narración de los hechos desde diversas secuencias de tiempo o perspectivas, y explicando los aspectos emocionales se tiene mejor posibilidad que

---

<sup>296</sup> En este mismo sentido, Nieva Fenoll (2010: 234-235) habla de *técnica narrativa*.

<sup>297</sup> Véase Nieva Fenoll (2010: 226).

el testigo falso no pueda declarar coherentemente (Contreras Rojas, 2015: 197). El CGP sin duda favorece la entrevista cognitiva ya que el juez, si está suficientemente preparado, puede iniciar con preguntas amplias para el declarante, tratando de que este exprese libremente los hechos y se le facilite el recuerdo de los hechos, sin contaminar su memoria con afirmaciones de los hechos que tengan otro origen. La parte postulante del testimonio también debe evitar contaminar al testigo con otras narraciones y evitar presionarlo de cualquier manera. La contraparte, tiene la posibilidad de la refutar el testimonio, pero el juez debe vigilar que el testigo no sea objeto de presiones o de confusión.

Finalmente, es interesante la propuesta de mejorar de la técnica de la entrevista cognitiva, incluyendo al final de la misma que el entrevistador realice una recopilación o resumen de lo que ha informado el entrevistado a fin de que este aclare malas interpretaciones de su relato (Contreras Rojas, 2015: 199).

### **2.2.2.3. La prueba documental.**

Sobre el documento dice Abel Lluch (2014: 63):

Siguiendo Carnelutti entendemos por documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso), pudiéndose recoger el objeto en cualquier soporte, incluso los distintos al papel, y en cualquier grafía, incluso la no escrita, de suerte que también se incluyen dentro del concepto de documentos los llamados «electrónicos». Los documentos cumplen una triple función, de perpetuación, en cuanto permiten perpetuar actos, hechos y declaraciones de voluntad; de garantía, en cuanto permiten su atribución a un autor o autores determinados; y probatoria, en cuanto permiten acreditar un acto, hecho, o negocio jurídico. Además, y frente a la mayor vivacidad y flexibilidad de una declaración personal, sus ventajas se han resumido en su fijeza, siendo fácil comprobar cualquier modificación, su permanencia en el tiempo y su inequívocidad.

En la prueba documental juega un papel primordial la autenticidad, aunque se trata de una formalidad legal, no se relaciona con la validez de la prueba, sino con la eficacia o capacidad demostrativa de la prueba (Devis Echandía, 1981, Vol. II: 535-541). Al respecto, el CGP (art. 244) establece que «es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento». Así, la falta de autenticidad del documento trae como consecuencia la ausencia de capacidad demostrativa de la prueba en razón de la ausencia de la prueba sobre la autoría del documento. Por su lado, la *presunción* de autenticidad es una forma de proteger la prueba de ciertos actos materiales que son importantes para la vida pública, económica, las relaciones de familia y con el estado civil de las personas (Devis Echandía, 1981, Vol. II: 509-510). La *presunción* de autenticidad, como se ha visto, más que una presunción en

estricto, se constituye en una auténtica carga procesal, dado que tiene como efecto una distribución del riesgo probatorio, asignándole a la parte contra la cual se aduce el documento en el proceso, la autorresponsabilidad de contraprobar.

La novedad del CGP sobre la problemática de la autenticidad consiste en crear una *verdad* interina de autenticidad del documento, como desarrollo del principio constitucional de la buena fe; y, a la vez, prescribe diversas opciones de resistencia u oposición por la contraparte (distribución del riesgo probatorio), según las características del documento en cuestión. En efecto, dice el art. 244 (CGP):

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

Sin duda, para la efectividad del derecho a la prueba resulta beneficioso que se parta de la *verdad* interina de la autenticidad en el marco del proceso judicial. Es diferente la situación de los documentos por fuera del proceso judicial, porque no existen los mecanismos de la contraprueba o la refutación del documento. En el ámbito del proceso cuando de entrada se asume la autenticidad del documento la contraparte tiene la posibilidad de ejercer su derecho a las contrapruebas o al desconocimiento del mismo. En consecuencia, lo más importante de la regulación del CGP se relaciona con el valor de los documentos dentro del proceso judicial. Se advierte que el CGP recoge de la Ley 446/98 (en especial, el art. 11) la idea de *presumir* la autenticidad de los documentos por el hecho que una parte los presente contra la otra en el ámbito del proceso; no obstante, el CGP tiene el mérito de precisar mejor el funcionamiento de esta *verdad* interina y la formas de oposición o defensa posibles.

Aunque el CGP no lo mencione expresamente, en la regulación de la autenticidad dentro del proceso juega un papel importante lo que Parra Quijano (2011: 514-515) denomina la *manifestación o el signo de individualidad* de su autor, y se entiende como:

(...) una impronta, marca, o cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del autor (...) El signo de individualidad, es el “viático”, que permite imputar autoría y es el que permite ejercer la contradicción, sin él, los anónimos harían su reinado» (Parra Quijano, 2011: 516).

Precisamente, el texto legal se refiere a documentos «elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen». Este dispositivo confiere apertura al interprete porque se refiere en términos ejemplificativos, y no taxativos. Se anota que el término *signo de individualidad* es intercambiable por el de *rastro de autoría* que propone el jurista Álvarez Gómez (2017: 199-202); siendo el último más preciso para

designar la temática en cuestión. El concepto *rastros de autoría* no se encuentra de *lege lata* en la normatividad del CGP; pero si es un término que proviene de la interpretación sistemática de la doctrina jurídica. Ciertamente, una de las manifestaciones de la interpretación sistemática es analizar las disposiciones normativas en el contexto el que se ubican<sup>298</sup>; en este caso se trata de diversos artículos, o partes de normas que se usan expresiones que analíticamente son ubicables en la categoría *rastros de autoría*. Así, los términos que utiliza el CGP (arts. 244, 269, 270, 272 y 273) como *elaborados*, *firmados* o *manuscritos*, la *voz*, la *imagen* analíticamente se subsumen en una categoría más amplia como *signo de individualidad*. En consecuencia, aunque el CGP no use tal categoría, hay que sobreentenderla porque en el contexto normativo comprende las expresiones que se encuentran en los dispositivos normativos en cuestión<sup>299</sup>.

Al efecto, si el documento tiene signos de individualidad que permitan imputar o asignar el documento a la contraparte la carga procesal que asume ésta es la de contraprobar tal signo, y para ello utiliza la tacha por falsedad (CGP, art. 269 y apartado final del art. 272). Por consiguiente, si el documento que se afirma en la demanda fue elaborado, suscrito, manuscrito, o la voz o imagen corresponden a la contraparte, le incumbe a ésta tacharlo de falso, procediendo a probar que el signo o manifestación que se le imputan es falso.

Por su lado, cuando el documento no tenga *rastros de autoría* basta a la contraparte manifestar el desconocimiento del mismo «expresando los motivos» para ello (CGP, art. 272). Si la parte que tiene la carga de desconocer el documento no lo hace en la contestación de la demanda, precluye la oportunidad de hacerlo. No obstante, el CGP (272.4) permite que la verificación de la autenticidad también proceda de oficio cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión. La implicación más importante de la carga procesal del desconocimiento del documento es que su cumplimiento significa que a la parte

---

<sup>298</sup> Sobre la interpretación sistemática, ver Guastini (1999: 228)

<sup>299</sup> En la doctrina, así exista discusión sobre la terminología a usar, la categoría *signo de individualidad* o *rastros de autoría* son esenciales en la caracterización del documento (Álvarez Gómez (2017: 201 y 202; Parra Quijano, 2011: 516). En este mismo sentido, Tirado Hernández (2015: 519-520) toma el término *signo de individualidad*.

que lo presentó en el proceso le incumbe probar su autenticidad, y el incumplimiento conlleva a que el juez en la sentencia dé por reconocido el documento (reconocimiento tácito)<sup>300</sup>.

Debe entenderse que las actividades de tacha por falsedad o el desconocimiento del documento también lo pueden realizar los colitigantes, según las circunstancias del caso; y, desde luego, también pueden ejercer su derecho a la contraprueba o a la refutación contra el otro, sobre el documento que eventualmente pudiera perjudicar su situación de cara a la sentencia. Es decir, en aplicación del derecho constitucional a la prueba, la posibilidad de la contradicción no solo la puede ejercer la contraparte en estricto, sino también un colitigante contra el otro pese a ocupar una misma posición de parte.

Otro aspecto a resaltar en el CGP (art. 247) es que reconoce valor a los mensajes de datos, cuando prescribe: «serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud». Luego la norma establece que «la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos». Hay que observar que de las reglas que se desprenden de esta norma, no puede decirse que establezca un peso probatorio de «pleno valor»<sup>301</sup> para los mensajes de datos que cumplen con la condición de la forma de su presentación al proceso (que se aporten en el mismo formato o alguno que lo reproduzca con exactitud).

Este dispositivo se refiere a la valoración del documento que se emite vía mensaje de datos; prescribiendo que tienen tal carácter de *mensajes de datos* si cumplen la condición del formato. Por lo tanto, si no se cumple con la condición del formato (mismo formato o alguno que lo reproduzca con exactitud) el documento no puede ser valorado como mensaje de datos. Precisamente, un ejemplo de pérdida del formato es el impreso. En ambos casos del art. 247 (CGP) hay libre apreciación para la valoración del documento, pero la diferencia se encuentra en que cuando se conserva el formato original (o el equivalente) se tiene un *rastros de autoría*; mientras que si el documento se imprime (con el consecuente cambio de formato) el documento pierde tal signo.

---

<sup>300</sup> Sobre la temática de la presunción de autenticidad en los documentos y las formas de defensa en el CGP, véase Álvarez Gómez (2017: 199-202); asimismo, Tirado Hernández (2015: 519-520) y Rojas Gómez (2015, Vol. III: 417-422).

<sup>301</sup> Diversa posición interpreta Canosa Sánchez (2012: 57) ya que considera que a partir del 247 (CGP) se «fortalece el pleno valor de los mensajes de datos».

Se advierte que si se toma en serio la advertencia de Parra Quijano sobre lo que implica el *signo de individualidad*, el mensaje de datos, debidamente llevado al proceso, como lo indica este art. 247 (CGP), también tendrá a la entrada del proceso la *verdad* interina (*presunción*) de auténtico, pues los mensajes de datos como los que se producen en los servicios de correo electrónico, o en las redes sociales como *Facebook*, *WhatsApp*, *Twitter*, o los datos que se publican en las páginas *web* que contienen publicidad, o información de entidades públicas o privadas de servicios de salud, o educación, entre otras, pueden identificarse signos de individualidad de la autoría del documento; al mismo tiempo permiten un adecuado margen de contradicción probatoria a la contraparte para negar que el mensaje haya tenido origen en su cuenta, o que él mismo lo haya elaborado y remitido. Existen signos de individualidad de autoría en el campo informático que pueden rastrearse, y discutir sobre su verdadero origen.

Se precisa, como lo pone de presente Abel Lluch (2014: 64) que los documentos electrónicos presentan una problemática particular en cuanto a su autenticidad y la conservación de su integridad o exactitud, la cual consiste en lo siguiente:

(...) mientras en el documento escrito la autoría puede acreditarse mediante la firma manuscrita, en el documento electrónico puede identificarse el ordenador del que se envía, pero no quien es su remitente. En cuanto a su exactitud, y a diferencia de un documento escrito que precisa de una prueba pericial o cotejo de letras, las alteraciones de un documento electrónico se detectan a través de una prueba pericial informática, algo más compleja, y llevada a cabo por peritos informáticos.

Por ello, asumir que el documento informático tenga *pleno valor* es afectar gravemente la posibilidad de la contradicción probatoria a la contraparte; pues habitualmente podrá discutirse sobre la verdad de la autoría del documento informático, máxime si el *rastreo de autoría* puede resultar más impreciso que en los documentos en papel. Ahora bien, en caso de que el documento informático se presente al proceso sin los requisitos de su formato (como en el caso del simple impreso), basta con que la parte contra quien se aduzca lo desconozca, generando para el postulante la carga procesal de probar su autenticidad.

En cuanto a la apreciación de los documentos declarativos emanados de terceros se establece como regla que se valorarán por el juez «sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación» (CGP, art. 262). Ratificación que se realiza citando al autor como testigo al proceso a fin de que declare sobre el contenido del documento, esto es, sobre la veracidad del mismo. La cuestión estriba en dilucidar si tal ratificación constituye una exigencia de validez o de eficacia. Poner la ratificación como

condición de validez significa que cada vez que el documento ingrese al proceso, si la parte contra la cual se aduce así lo solicita, y por diversas circunstancias no se logre realizar se incurriría en una prohibición de valoración. Una posición como ésta tiene el inconveniente de que dejaría a la voluntad, o al capricho de ese tercero el valor legal del documento, lo cual constituye una vulneración del derecho a la prueba. En efecto, pueden presentarse situaciones como que el tercero no pudo ser localizado, o simplemente elude concurrir a la declaración, haciendo imposible practicar la ratificación.

La interpretación que debe asumirse sobre la ratificación del documento emanado de terceros, es que se trata de una exigencia legal que tiene incidencia en la valoración probatoria en el sentido que debe procurarse la declaración del autor del documento a fin de que explique la veracidad de las manifestaciones contenidas en él. En caso de que el autor del documento no sea localizable, o por alguna razón no concurra a la declaración, el juez puede valorar libremente, en el conjunto probatorio, si se tiene o no prueba de acreditación sobre la veracidad de los contenidos del documento; teniendo en cuenta las reglas de la valoración de los documentos, entre ellas: «el reconocimiento de la autoría del documento hará presumir cierto el contenido» (CGP, art. 185.4). En otras palabras, mientras haya libertad de prueba para la acreditación de un documento, el juez no puede exigir que solo mediante la declaración del autor se establezca la autenticidad o la veracidad del mismo; ni mucho menos establecer una prohibición para otras pruebas. El derecho a probar en este caso tiene plena aplicación en el ámbito legal permitiendo una interpretación a favor de la libertad probatoria.

Asimismo, es pertinente anotar que la ratificación del documento mediante declaración del autor es un mecanismo muy acorde con el sistema procesal de la oralidad, y en lo epistemológico es el reconocimiento del legislador de que los documentos hay que concebirlas como creaciones de las personas, y son éstas las que les conceden valor; lo cual significa, al mismo tiempo, retirarles al documento el sustancialismo que le impregnan algunas formalidades del reconocimiento de los documentos. Pero esto no debe llevar al extremo de ciertas interpretaciones, como ha ocurrido en el CPP, de exigir que en todo tipo de documento para efectos de su validez probatoria, so pena de exclusión, tenga que comparecer el testigo de acreditación<sup>302</sup>. La ratificación testimonial del documento solo debe

---

<sup>302</sup> La Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) se ha debatido entre dos tesis sobre la necesidad de testigo de acreditación para los documentos: de un lado, se interpretado que todo documento requiere de testigo

operar en situaciones en que se tengan razones para cuestionar la autenticidad o la veracidad del documento. Por ello, la regla general no debe ser la ratificación del documento, sino que debe operar de manera rogada y sustentando la necesidad de la misma.

Finalmente, el CGP (art. 85) exime a la parte de la aportación de la «prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas de derecho privado» cuando dicha información conste en las bases de datos de las entidades públicas y privadas que tengan a su cargo el deber de certificarla. Regla que resulta razonable por el carácter público de tales documentos, y la facilidad de su recolección por cualquier persona en las respectivas bases de datos en línea.

#### **2.2.2.4. La prueba pericial.**

El CGP (art. 226-227) establece el sistema prueba pericial de parte<sup>303</sup> propio del adversarialismo, en el sentido de que a cada parte le incumbe aportar al proceso el dictamen pericial sobre la materia que considere que lo requiera; pero restringe a un solo dictamen por hecho o materia, y a un solo perito por dictamen. Esta restricción no siempre tiene justificación razonable, dado que puede haber materias con cierto grado de complejidad en las que se requieran de más de un experto; como cuando los peritos dividen sus responsabilidades según las subespecialidades involucradas. De *lege ferenda*, deben ser las partes las que decidan lo más conveniente en cuanto al número de peritos para asumir el riesgo probatorio que les corresponda con el proceso. En todo caso, la infracción a esta regla no vicia de invalidez el proceso, sería una irregularidad intranscendente; además, desde el derecho constitucional a la prueba puede justificarse perfectamente la necesidad de la parte de otros peritos al respecto.

Ahora bien, los inconvenientes de un sistema de prueba pericial de parte se pueden describir con los denominados sesgos adversariales que describen Kaye *et al.* (2011: 17-18), los cuales consisten en la tendencia de los peritos de promover la causa de una de las partes

---

de acreditación (por ejemplo, sentencia rad. 31001 del 21 oct. 2009, cons. 1.3. M.P. Zapata Ortiz); del otro, el más reciente cambio jurisprudencial en el que se considera que si el documento tiene presunción de autenticidad no es necesario la práctica de prueba testimonial de acreditación; así, el documento auténtico puede ingresarse al proceso directamente por la parte interesada (por ejemplo, sentencia rad. 46278 del 1 de junio de 2017, M.P. Hernández Barbosa).

<sup>303</sup> Sobre la prueba pericial de parte, véase Vázquez Rojas (2015: 149-156).



y se manifiestan de manera consciente, inconsciente o por selección. El sesgo consciente se produce con el pago que hacen las partes y genera en los peritos la tendencia a adaptar sus dictámenes a las necesidades del abogado que los contrata; en este sentido, los peritos son vistos como «mercenarios, prostitutas, o pistoleros a sueldo, testigos carentes de principios que venden su opinión al mejor postor»<sup>304</sup>. El sesgo inconsciente lo describió sir George Jessel (como se cita en Kaye *et al*, 2011: 23-24) hace más de un siglo: «existe un sesgo natural para hacer algo útil por los que te emplean y remuneran adecuadamente». En este mismo sentido, dicen Kaye *et al*. (2011: 25) que a menudo, los abogados convierten a los expertos en una parte integral del equipo; es un proceso que se ha denominado «cultivo», consistente en que:

A medida que el perito prepara el caso y se compenetra en éste, él se inclinará cada vez más, aunque inconscientemente, hacia la parte que lo contrató, perderá un cierto grado de objetividad, e inclinará su testimonio a favor de esa parte.

Por su parte, el sesgo de selección –observan Kaye *et al* (2011: 24-28)– consiste en la tendencia de los expertos honestos e imparciales a abandonar el litigio en mayor medida que los peritos con menos escrúpulos; esta auto-selección sesga la fuente de posibles peritos. Los abogados eligen a los peritos tanto por su conducta persuasiva y eficaz como por sus habilidades y conocimiento en el área de pericia en cuestión. Así la tendencia manifiesta es a seleccionar peritos que tengan un carácter más de defensores de parte que de educadores del juez. Dado este sistema de selección, lo usual en los procesos judiciales es que el conocimiento allegado por los peritos no es el de una «opinión profesional justa» sino, más bien, «una opinión excepcional» de cada una de las partes.

Frente a esta problemática, que potencialmente puede afectar el valor del conocimiento y, por ende, el derecho a la prueba, en cuanto que el conocimiento debe ser, en lo posible, basado en la razón, tendencialmente empírico y verdadero, puede decirse que el CGP tiene como mérito que, en gran medida, puede superar estos inconvenientes adversariales con dos

---

<sup>304</sup> Al respecto, dicen Kaye *et al* (2011: 21-23) que se documentan innumerables casos de peritos famosos por haber cometido perjurio en diversos procesos judiciales y se reportan varios casos de algunos laboratorios que fueron sancionados en muchos lugares de Estados Unidos por tener peritos incompetentes y señalados frecuentemente por tal delito.

remedios: de un lado, con el perito de juez<sup>305</sup> (prueba de oficio)<sup>306</sup>, y del otro, con unos condicionamientos de admisibilidad de la prueba que inciden en la valoración de la prueba pericial y que permiten al juez estar alerta a los sesgos mencionados.

En relación con la pericia de oficio cabe decir que pone a compaginar el sistema de perito de parte con el de juez. El perito de juez es el que ha estado presente históricamente en Colombia durante la mayor parte de la vigencia del CPC/70<sup>307</sup>; el inconveniente de esta clase de perito es el denominando sesgo cognitivo (Ruiz Jaramillo, 2015: 495), consistente en la posibilidad que tiene éste de limitarle el conocimiento que requiere la parte para apuntalar su pretensión; y, por ende, afectar el acceso mismo a la justicia a la parte interesada<sup>308</sup>. En los sistemas adversariales el perito del tribunal se constituye en una herramienta importante para el juez resolver situaciones complejas y contradicciones en los dictámenes presentados por las partes, o dificultades en la comprensión de la materia, dado que el juez puede tener mejores elementos al momento de resolver cuál de las hipótesis puede aceptar como verdadera.

De otro lado, el art. 226 del CGP tiene algunas reglas que pueden ayudar al juez a aminorar los efectos de los sesgos adversariales y que son aplicables tanto en el momento de decidir sobre la admisibilidad del perito como en la valoración. Algunas de estas reglas son la de exigirle al perito:

- «(...) la lista de publicaciones relacionadas con la materia del peritaje que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere» (ordinal 4.º).

---

<sup>305</sup> Sobre el perito de juez, véase Vázquez Rojas (2015: 211-226)

<sup>306</sup> En cuanto al perito nombrado por el juez es importante la regla 706 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses que prescribe la prueba pericial de oficio, dándole amplias posibilidades a las partes de sugerir el experto, lo mismo que de realizar la contradicción del dictamen. En contraste, para el caso colombiano existe una versión radical de adversarialismo que contiene una rotunda prohibición de la prueba de oficio (CPP, Art. 361).

<sup>307</sup> Con excepción de la Ley 794/03 (art. 3) que permite que las partes de consuno pudieran nombrar peritos, con muy poca incidencia en la realidad; luego la Ley 1395/10 (art. 116) establece el perito de parte como opcional.

<sup>308</sup> La regla 706 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses prescribe la prueba pericial de oficio, con la cual se morigerar en alguna medida el rigor del sistema adversarial.

En contraste, el CPP (art. 361) proscribió rotundamente la prueba de oficio (art. 361), estableciendo un sistema procesal radical en materia probatoria, en la fase del juicio oral.

- «La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años», incluido el juzgado o despacho en el que se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados y la materia sobre la cual versó el dictamen (ordinal 5.º).
- «Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado» (ordinal 6.º).
- «Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación» (ordinal 8.º).
- «Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación» (ordinal 9.º).

Sobre esta normatividad se puede decir lo siguiente:

Estas reglas permiten controlar la coherencia del perito de lo que declara en sus dictámenes con respecto a su pensamiento expresado en artículos de revistas o en otros procesos o con lo que hace habitualmente en el ejercicio de su profesión. Se puede controlar el tipo de relación que tiene el perito con el abogado y la parte misma. Aspectos estos que ayudan no solo en los interrogatorios sino también en la valoración de la fiabilidad de las técnicas o instrumentos utilizados por el perito, como también la confiabilidad que tenga como persona (Ruiz Jaramillo (2015: 497).

A pesar de la importancia de estas reglas, el CGP no establece una consecuencia jurídica sino se cumplen tales condicionamientos. No queda claro si estos condicionamientos son de admisibilidad probatoria, o si son de valoración libre al momento de la sentencia. Una posible interpretación de esta situación es que en consideración a que estas exigencias se constituyen en una carga procesal para la parte que presenta la prueba, el juez debería dar aplicación al art. 317, inadmitiendo condicionalmente la prueba ordenando que subsane, y en caso de no cumplirse rechazarla con fundamento en que la parte desiste tácitamente a la solicitud probatoria (art. 317, CGP). Si es un asunto que se deja a la libre valoración probatoria, se supedita al criterio del juez, a partir de las máximas de experiencia, de restarle valor probatorio al mismo; evento en el que tales condicionamientos se convierten en criterios de valoración probatoria, con el inconveniente de que no todos los jueces serán igualmente estrictos con el cumplimiento de los mismos.

La idea es que el juez tenga mejores mecanismos de efectividad sobre el conocimiento que ingresa al proceso en la realización de la justicia. Se propone que el dictamen pericial dentro del proceso se someta no solo a la iniciativa de las partes, a la práctica por ellas en la adquisición como fundamento de la sentencia, sino que el juez tenga la posibilidad de comprender adecuadamente el conocimiento experto, para lo cual es importante que él mismo pueda escoger ese experto y someter su experticia a las reglas procesales comunes. En palabras de Vázquez rojas (2015: 81-82): «el conocimiento experto que ingresa al proceso debe garantizar la «publicización» o «socialización» del proceso como función pública» para no dejar en manos de las partes de manera exclusiva la calidad de ese conocimiento.

No obstante, el CGP (art. 228) tiene como particularidad que el interrogatorio del perito se da en los casos en que la contraparte lo solicite o el juez considere necesario. «Si el perito citado, no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor».

También resulta novedoso que el CGP (art. 177), en el tema de la prueba de las normas jurídicas, prescriba como prueba pericial los conceptos que rindan personas o instituciones expertas «en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia». Se entiende en estos casos que se trata de normas jurídicas frente a las cuales no se aplica el principio del *iura novi curia*, porque su conocimiento no es obligación del juez y, por ello, se justifica que se permita la prueba pericial sobre el derecho extranjero. Igualmente, cabe la misma modalidad de prueba pericial, cuando se trata de establecer la costumbre mercantil de otro país (CGP, art. 179).

Por último, cabe resaltar que el CGP (art. 228, párrafo final) terminó con la larga tradición de la objeción al dictamen pericial por error grave; tradición que también coincide con la forma de contradicción del dictamen pericial en los sistemas escriturales, y en la modalidad de perito de juez. Se trata de una modalidad de pericia en la que es el juez (de oficio o por petición de parte) el que la ordena y escoge el perito; éste emite el dictamen por escrito; y luego, la parte que pretenda contradecirlo tiene la carga de argumentar el error grave a fin de que el juez autorice otro dictamen pericial<sup>309</sup>. En esta modalidad de dictamen pericial, éste

---

<sup>309</sup> Es de anotar que este sistema de contradicción del dictamen pericial se encuentra aún vigente en Colombia en el Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo (Ley 137/2011, art. 220.3), ya que el mismo combina el sistema de pericia de parte y la de juez; y en el caso concreto de la última, exige para su contradicción la formulación por la parte interesada de la «objeción por error grave». La explicación que cabe dar a la subsistencia de esta modalidad de prueba pericial es que el juez administrativo tiene mayores

tiene tan alto valor probatorio que lo hace, en la práctica, inexpugnable jurídicamente. Así, con la objeción del dictamen por error grave se tiende a partir de la idea de que la ciencia y la técnica son infalibles y se tiene una excesiva confianza en el experto. Este fenómeno ha sido denominado en la doctrina como *peritus in arte credendu* (la falacia de la autoridad)<sup>310</sup> y consiste en:

(...) el juez toma como indiscutible el juicio del perito en función de su reputación o posición social o institucional; se manifiesta entre otras cosas mediante un razonamiento inferencial invalido por el perito cuando el mismo llega a las conclusiones que el juez debió realizar; y, en última instancia, como realiza inferencias de carácter concluyente que actúan más motivados por razones de tipo institucional

Tal concepción de las ciencias y del experto en la época actual resulta insostenible, porque la prueba pericial es un ámbito práctico en el que los expertos aplican un conocimiento que se produce en los grandes centros de investigación científica. El perito requiere de su experiencia personal, de su conocimiento en el campo en que emite el dictamen y es habitual que pueda entrar en contradicción con otro experto que tenga una concepción científica diversa, y una experiencia distinta para la aplicación de su conocimiento al caso concreto<sup>311</sup>.

En otras palabras, para los fines prácticos del derecho, el conocimiento técnico-científico no es blanco o negro, sino que tiene muchos matices según las circunstancias y los paradigmas, la experiencia, las concepciones y la preparación de los expertos; no siempre en las ciencias que se aplican al caso hay una respuesta única, infalible o eterna; con frecuencia las explicaciones de los fenómenos a los que se aplican las teorías o las concepciones técnico-científicas cambian por la imposibilidad de controlar todos los factores que intervienen en la causación de los mismos. Para ilustrar la ciencia y su aplicación al caso basta con mirar lo que ocurre en la medicina: dos o más exámenes clínicos o paraclínicos, con sus respectivos análisis o interpretaciones, sobre un mismo objeto y condiciones, tienden a dar resultados a veces con diferencias de poca importancia, y otras con resultados realmente

---

posibilidades de proteger el interés del Estado, como demandado, frente al interés individual que encarna, por lo general, la parte demandante.

El sistema de prueba pericial de juez y su combinación con el procedimiento de contradicción mediante el error grave fue el sistema aplicado por el CPC/70 (art. 238).

<sup>310</sup> Véase Pérez Gil (2007: 27-29).

<sup>311</sup> Explica Pérez Gil (2010: 39) que los esfuerzos por diferenciar lo científico, lo técnico, lo artístico o lo práctico no se logran describir con base en cualidades de uno u otro saber porque lo usual es que la ciencia, en el proceso judicial, se manifieste en su vertiente aplicativa (la tecnología) y difícilmente se expresa mediante sus meras teorías; incluso, la prueba pericial es más una actividad fundamentalmente práctica en el sentido de que aplica teorías o técnicas a la realidad.

contradictorios<sup>312</sup>. Por todo esto, la eliminación de la contradicción por vía del error grave resulta adecuada de cara a la realidad del funcionamiento de las pruebas periciales. Es mejor el sistema que contiene el CGP consistente en darle libertad a las partes y a la decisión del juez con base en la actuación del proceso; facilitando así, el ejercicio del derecho a la prueba.

Finalmente, hay que mencionar que en el interrogatorio de los peritos se permite que en el conainterrogatorio se puedan realizar preguntas insinuas (CGP, art. 228); aparentemente, en consideración a que el perito tiene mayor grado de conocimiento que una persona del común se puede pensar que resiste de mejor manera los conainterrogatorios en los que el abogado le realiza preguntas insinuas sobre las posibles falencias de su experticia. No obstante, el mencionado sesgo de selección ha demostrado que los mejores peritos en cuanto a sus conocimientos técnicos y científicos tienden a abandonar el campo judicial por el trato inadecuado de que son objeto en los estrados judiciales; mientras que los expertos menos preparados científicamente o técnicamente sobreviven al sistema judicial porque saben sortear las técnicas abogadiles que tratan de inducir a la confusión.

Por lo anterior, el juez no debería permitir que en el conainterrogatorio se busque generar confusión al perito, y debería darle preferencia a las preguntas que efectivamente ayuden a aclarar los hechos que interesan al proceso.

#### ***2.2.2.5. La inspección judicial.***

En consonancia con un sistema procesal de tendencia adversarial y bajo la técnica de la oralidad, la inspección judicial se restringe considerablemente en el CGP (art. 236) a las situaciones en las que «sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación,

---

<sup>312</sup> Esta temática de la caracterización de lo científico se discute ampliamente en filosofía del conocimiento mediante lo que se ha denominado como el *problema de la demarcación*, con la cual se trata de discriminar los diferentes saberes. Frente a esto Haack (2005: 568) considera que lo científico es solo una extensión del sentido común mediante instrumentos, técnicas o herramientas, ni siquiera el método puede demarcar los saberes científicos de los técnicos o prácticos.

Precisamente, como lo explica Vázquez Rojas (2015: 86-89, 132-133), este problema de la científicidad ha sido debatido en los casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense identificada como la *trilogía Daubert* (que comprende los casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* de 1993, *General Electric Co. v. Joiner* de 1997 y *Kumho Tire Co. v. Carmichael* de 1999), en cuya evolución, en especial, la jurisprudencia más reciente, el caso *Kumho*, se dejaron atrás las diferenciaciones *a priori* entre los distintos saberes periciales; así, se considera que la fiabilidad es algo independiente del adjetivo que tenga el saber (científico, técnico o práctico), máxime porque va a depender de las circunstancias de cada caso en concreto.

Sobre la trilogía *Daubert*, véase, Ward (2015: 26 y ss.).

fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba». Aunque la inspección judicial es un tipo de prueba que, de acuerdo con lo que ocurre normalmente en la vida judicial, tiene un importante peso en las decisiones judiciales, esta prueba implica una importante inversión de tiempo para los despachos judiciales y considerables costos económicos para su realización, porque habitualmente se acompaña de dictamen pericial. En la época actual, con las tecnologías como los videos y ante un dictamen pericial se tiende a suplir esta prueba sin que haya perjuicio considerable para el ejercicio del derecho a la prueba de las partes.

#### **2.2.2.6. El juramento estimatorio.**

El juramento estimatorio es un medio de prueba mediante el cual, bajo juramento, quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o de los frutos o mejoras, debe estimarlo en dinero, razonadamente, en la demanda o petición correspondiente. El juramento en estas condiciones «hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada» por la parte contraria. La objeción, por su parte, tiene como condición para ser considerada, cuando especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación. Aun el caso en que no haya objeción, el juez de oficio debe decretar pruebas para tasar el valor pretendido, cuando considere que es notoriamente injusta, ilegal o sospeche de fraude, colusión u otra situación similar (CGP, art. 206).

El juramento estimatorio funciona entonces con cargas procesales, de tal manera que tiene unos condicionamientos para que opere la *verdad* interina sobre el monto de la pretensión; si tales condiciones no se cumplen el efecto es la imposición de una consecuencia jurídica sobre la misma pretensión, consistente en perder un porcentaje de la misma. La condición para que el juramento tenga el efecto de probar la cuantía de la pretensión es que la estimación se haga razonadamente; pues dicha estimación no se considerará razonada cuando exceda en un 50 % de lo que resulte probado con la objeción; en este caso, se tiene como sanción el pago del 10 % de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. Asimismo, se sanciona (con el 5 % sobre lo pretendido) cuando hay sentencia adversa contra la parte que juramenta, y este resultado adverso del proceso sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte (CGP, art. 206). Debe decirse que este tipo de sanciones resultan razonables porque, en gran medida,

sirven para contener el abuso procesal, y compelen a las partes a que en sus actos procesales actúen bajo la égida del conocimiento tendencialmente racional y veraz.

El juramento estimatorio no opera frente a la cuantificación de daños extrapatrimoniales, ni procede cuando quien reclame sea un incapaz. La restricción para el daño extrapatrimonial resulta razonable en la medida en que su estimación se efectúe más con criterios de equidad que con arreglo a algún baremo objetivo; pero en el caso de los incapaces, antes que favorecer la situación del incapaz con esta restricción, lo que hace es tornar la prueba de la cuantificación dineraria más compleja porque se tendría que realizar toda la actividad probatoria necesaria para establecer los perjuicios. Además, véase como el juez tiene el deber de vigilar cualquier acto abusivo o fraudulento con el juramento estimatorio. *De lege ferenda* es más adecuado, en el caso del incapaz, permitir el juramento estimatorio sin aplicar las sanciones por el exceso, o por la sentencia adversa.

### **2.3. Recursos que protegen el derecho a probar en la actividad probatoria**

#### **2.3.1. Los recursos ordinarios y extraordinarios**

Los recursos mediante los cuales es posible la protección del derecho a la prueba son la reposición, la apelación, la casación y la revisión; asimismo, concurre en esta protección la denominada *acción de tutela*. Los recursos tienen aplicación según las circunstancias del caso, las instancias judiciales y si hay o no cosa juzgada; incluso existen cambios de denominación según el tipo de juez, unipersonal o colegiado. Por regla general, en la instancia en la que se produce la actividad probatoria, caben los recursos de reposición y apelación ante la negativa de prueba. La casación se considera como un recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia. La revisión se puede entender como una acción que procede contra el proceso como tal, cuando es cosa juzgada. Y el recurso de amparo es una acción especial de protección de los derechos fundamentales que en el ámbito del proceso se ha configurado contra las providencias judiciales, en un proceso en curso o terminado.

El recurso de *reposición* tiene como finalidad que el juzgador reforme o revoque la decisión impugnada (CGP, art. 318); y en el caso de pruebas, opera ante la decisión desfavorable del auto que decide sobre la admisibilidad probatoria. Este recurso procede



contra autos emitidos por el juez, o por el magistrado sustanciador, cuando no sea susceptible de súplica o contra los autos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (CGP, art. 318). Cuando la actuación se surte en audiencia, la reposición se solicita de manera verbal e inmediatamente se resuelve por el juez en la audiencia, previo traslado a la contraparte (CGP, arts. 318.2 y 319). Por regla general, las actuaciones probatorias en el CGP (arts. 372, 392) se cumplen en audiencia, no obstante, el juez tiene la posibilidad de decretar pruebas en el mismo auto que convoca a la audiencia inicial si prevé que en esta audiencia sea posible y conveniente agotar la práctica probatoria y emitir sentencia. Por tratarse de decreto probatorio por fuera de audiencia, es viable interponer recurso de reposición o de apelación contra el mismo en caso de negación de prueba. El de reposición tendrá que interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto (CGP, art. 318.2).

Precisa mencionar que la reposición tiene operatividad en el trámite de la actividad probatoria con respecto a decisiones negativas de prueba; o en caso de que la prueba sea admitida, pero luego se omite su práctica. Pero este recurso no opera como medio de impugnación contra la sentencia y, por ende, no puede cuestionarse la valoración probatoria mediante el mismo<sup>313</sup>. Ahora bien, en relación con la impugnabilidad del auto que decreta la prueba, se presenta una doble situación: si se trata de prueba de oficio, existe norma expresa que no admite recurso alguno (CGP, art. 169); si es decreto de prueba por iniciativa de las partes, tendría entonces recurso de reposición, como es la regla general para los autos (art. 318).

La particularidad de la decisión de admisión de pruebas es que habitualmente puede considerarse que facilita el ejercicio del derecho a la prueba; incluso jurídicamente se aplica el principio *favor probationes*, que obliga al juez a decretar la prueba en caso de duda sobre sus condicionamientos de utilidad, pertinencia, licitud o legalidad. No obstante, puede ocurrir que surge con claridad que la prueba decretada es ilícita o se trata de una prueba inútil; lo cual puede afectar a derechos fundamentales de los sujetos procesales o de terceros. Como se estudia antes el derecho a la prueba también significa que la decisión sobre los hechos se base en pruebas lícitas, o regularmente obtenidas. Es decir, la admisión probatoria no es una decisión neutral, ni aséptica y potencialmente puede afectar los derechos constitucionales de

---

<sup>313</sup> El CGP (art. 285) expresamente prohíbe que el juez pueda reformar su sentencia.

las partes<sup>314</sup>; por ello, es una decisión sobre la que debe haber posibilidad de impugnación. De esta manera, si la prueba no es de oficio es susceptible de impugnación mediante la reposición; en todo caso, sea o no prueba de oficio, es viable la acción de tutela si la prueba afecta derechos fundamentales. Obviamente, los recursos que controlan la sentencia judicial, como la apelación y la casación, también pueden controlar estas situaciones de licitud o regularidad probatoria, aunque con efectos distintos.

Por su lado, el recurso de *apelación* «tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante» (CGP, art. 320); así, este recurso se limita exclusivamente al interés que manifieste la parte y el juez de segunda instancia se encuentra limitado por los contenidos que le propone la parte en la interposición y sustentación del recurso<sup>315</sup>. Pese a esta limitación, debe tenerse presente que el juez tiene el deber de la prueba de oficio, incluyendo la segunda instancia. Por ello, si la materia de la apelación es la negativa a la admisión o práctica de unas pruebas en concreto, el juez puede, de oficio, considerar otras. Pero si la apelación recae sobre tópicos diversos a la negativa o inadmisión probatoria, la prueba de oficio queda limitada a la necesidad de prueba sobre los mismos. De esta manera, la prueba de oficio no puede usarse como argumento o pretexto para el juez decidir sobre aspectos de la providencia del *a quo* que no fueron objeto de la impugnación.

El recurso de apelación tiene dos formas de realizarse, dependiendo si la negativa probatoria ocurre en la audiencia o fuera de ella. En la audiencia, de conformidad con el CGP (art. 321.3) procede apelación contra el auto de primera instancia «que niegue el decreto o la práctica de pruebas». En este evento, debe interponerse en forma verbal de inmediato después de pronunciada la providencia; luego, el juez decidirá, de manera acumulada, sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda (CGP, art. 322); así, el CGP establece un sistema de concentración de decisiones de impugnación en la audiencia. Cuando la providencia se emita

---

<sup>314</sup> Por ejemplo, en el CPP el auto que decreta pruebas tiene recurso de apelación.

<sup>315</sup> Quintero González (2015: 115-116) cuando analiza el carácter restringido de la apelación solo a los reparos concretos del apelante, considera que es un desatino de cara a la realización de la justicia pues se le da preeminencia al procedimiento sobre el derecho sustancial mismo. Propone que los jueces de segunda instancia, si el apelante omite alegar un error protuberante en la decisión impugnada, que apliquen la excepción de inconstitucionalidad de tal restricción en comentario y se repare el agravio.

fuera de audiencia, la apelación deber interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes a su notificación por estados (CGP, art. 322.1). Esta última situación es, por ejemplo, la prueba que decreta el juez con el auto que cita a la audiencia inicial.

Ahora bien, según el CGP (art. 330), si el superior revoca o reforma el auto que había negado el decreto o práctica de una prueba y el juez *a quo* no ha proferido sentencia, éste debe disponer su práctica en la audiencia de instrucción o juzgamiento, si aún no se hubiera realizado, o fijar audiencia con ese propósito. Si la sentencia fue emitida antes de resolverse la apelación y aquella también fue objeto de este recurso, el superior practicará las pruebas en la audiencia de sustentación y fallo. Finalmente, como lo pone de presente López Blanco (2016, Vol. I: 787), las decisiones del magistrado sustanciador en el trámite del recurso de apelación son susceptibles de impugnarse mediante el recurso de súplica ante la sala de decisión respectiva, en los mismos eventos en que en la primera instancia se autoriza el recurso de apelación. Por aplicación del derecho constitucional a la prueba, el tribunal o juez de la apelación tiene el deber de permitir contradicción probatoria en caso de la práctica en esa instancia.

De otra parte, con respecto al recurso *extraordinario de casación*, según el CGP (art. 333) tiene el siguiente propósito:

(...) defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida.

Puede verse que la casación además de los fines clásicos de defender la unidad del orden jurídico, unificar la jurisprudencia y reparar el agravio, también tiene como novedad ocuparse de proteger los derechos constitucionales y la defensa de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia. Pese a tan amplia finalidad, el recurso de casación sigue siendo restrictivo para las sentencias que en la realidad se pueden impugnar ante la CSJ (Sala de Casación Civil), porque tiene límites en cuanto a la materia (procesos declarativos, acciones de grupo de la justicia ordinaria, las que liquidan una condena en concreto, la impugnación o reclamación de estado civil y la declaración de uniones maritales de hecho) la cuantía (mil salarios mínimos mensuales para pretensiones económicas), las causales (violación a la norma sustancial de manera directa o indirecta, la consonancia procesal, y causales de

nulidad) y las formas estrictas que deben observarse. En efecto, la casación solo opera como mecanismo de impugnación contra sentencias que han surtido el recurso de apelación ante los Tribunales del Distrito Judicial (Sala Civil y de Familia).

Cabe señalar que la casación en el CGP (arts. 336 y 344.1.a) aún diferencia entre violación directa e indirecta de la norma sustancial; en la violación indirecta pueden alegarse errores de hecho o de derecho; y es necesario demostrar que estos errores son trascendentes frente a la sentencia. Debe entenderse, por la finalidad de la casación, que las normas de derecho convencional internacional y los derechos constitucionales también están incluidos como normas de derecho sustancial y normas de derecho probatorio sobre las que en forma directa o indirecta recae la protección del recurso. Incluso, el CGP (párrafo final del art. 336.5) contempla como causal de casación que la sentencia objeto del recurso, de manera ostensible, comprometa «(...) gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales»; causal que puede ser conocida de oficio por la Corte.

Como se menciona antes en este estudio (apartado 1.3.3.9), el recurso de casación se relaciona con el control de la valoración probatoria, aunque se hizo hincapié en el estado de la jurisprudencia en materia penal en razón a que es mejor modelo jurídico en cuanto a que es más completo, ya que contempla el control de la aplicación de las máximas de experiencia. En los demás aspectos, el control mediante el recurso de casación de la valoración probatoria es similar en materia penal y civil, pues en ambos se puede impugnar la sentencia por errores de derecho y de hecho; los de derecho por los denominados falsos juicios de convicción (en caso de prueba tasada) y de legalidad (prueba ilícita o ilegal).

En el de error de hecho hay similitud en cuanto al control argumentativo de la sentencia, aunque varía ligeramente la terminología; en penal se habla de falsos juicios de *existencia e identidad*. En casación civil se les denomina errores por *pretermisión* o por *suposición* de prueba o hechos; errores que en terminología de casación penal son reconducibles al falso juicio de existencia (por suposición o pretermisión). En casación civil se hace referencia a la distorsión de la prueba<sup>316</sup>, y en casación penal se habla de falso juicio de identidad (por tergiversación o distorsión). También en ambas salas de casación se hace un control de la

---

<sup>316</sup> Sobre el error de hecho en materia civil, ver CSJ, Sala de Casación Civil: sentencia del 16 de junio de 2008 (M.P. Díaz Rueda); sentencia del 15 de abril de 2009, M.P. Díaz Rueda); sentencia del 31 de julio de 2008 (M.P. Solarte Rodríguez); sentencia del 21 de marzo de 2007 (M.P. Villamil Portilla).

inferencia indiciaria (véase apartado 4.3.2.), aunque en Casación Penal se usa como causal para recurrir por vía indirecta por error de hecho por *falso racionio* en Casación Civil no se usa un término técnico, sino que se usa la terminología probatoria genérica<sup>317</sup>.

La CSJ, Sala de Casación Civil (SC9193-2017, cons. 1, M.P. Salazar Ramírez) se refiere al control mediante el recurso de casación del razonamiento inferencial a partir de las máximas de experiencia de la siguiente manera:

«las incoherencias en los argumentos probatorios; su falta de correspondencia con los hechos; sus errores inferenciales; su inconsistencia con el marco valorativo metajurídico presente en el lenguaje expresado en la sentencia; la ausencia de confirmación del significado o contenido de las pruebas a partir de los conceptos de la disciplina jurídica, de la ciencia no jurídica, o de las reglas de la experiencia que se derivan del conocimiento del hombre común; y la improbabilidad de las hipótesis probatorias a la luz del análisis contextual de la información contenida en el conjunto de los medios de prueba, constituyen la materia de la argumentación del recurso que se cimienta en errores sobre la conformación de las premisas fácticas».

A pesar de que la CSJ (Sala de Casación Civil) admite el control del razonamiento inferencial, es usual que esta misma corporación inadmita el recurso con argumento de que la sentencia de instancia tiene *presunción de acierto* en cuanto a las consideraciones jurídicas y en la apreciación de los hechos; explica además (véase sentencia 5058 del 18 de septiembre de 1998, M.P. Bechara Simancas):

Este [juzgador de instancia], como se sabe, goza de una "discreta autonomía" para valorar los diferentes elementos de convicción arrimados al plenario y, por ende, sus conclusiones al respecto tienen la especial característica de ser intangibles en casación, mientras el recurrente no logre demostrar con certeza que el *ad-quem* al efectuar el examen probatorio y jurídico cometió yerro notorio de hecho o uno de valoración, por cuanto la disímil apreciación que de la prueba haga el censor a través del aludido recurso no es suficiente por sí misma para aniquilar o anonadar la providencia impugnada, ni siquiera en el eventual caso en que la Corporación pueda separarse del estudio que haya hecho el juzgador para admitir como más razonable la conclusión objeto de ataque

En asuntos civiles es importante que el juez tenga en cuenta que en la aplicación de las máximas de experiencia o del conocimiento especializado no se debe actuar de manera arbitraria; asimismo, que es viable un control de ese razonamiento implicado en la aplicación de una generalización del conocimiento humano a fin de contribuir a la decisión sobre la fiabilidad de una prueba en concreto. A pesar de esto, el significado de la *notoriedad del error* que viabiliza el control en casación es el punto en el que existe gran incertidumbre ya que la corte lo define con conceptos ampliamente valorativos como:

---

<sup>317</sup> Llinás Silva (2011: 171), en su estudio sobre el error de hecho en el recurso de casación considera que las distinciones de control entre las materias civil, penal y laboral no tiene justificación alguna, y propende por la unificación de las causales de casación entre las diferentes salas de la CSJ.

"los que al conjuro de su sola enunciación se presentan al entendimiento con toda claridad sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico" Cas. Civ. de 21 de noviembre de 1971; 4 de noviembre de 1975 y 14 de diciembre de 1977 y 17 de marzo de 1994)

De otra parte, en casación es posible cuestionar la sentencia judicial en los eventos en que incurre en el denominado error de derecho, por *falso juicio de legalidad* o *falso juicio de convicción*. El *falso juicio de legalidad* es una causal que aplica la CSJ en las situaciones en las que las pruebas se producen en el ámbito extraprocesal o el intraprocesal violando las garantías constitucionales de las personas; es decir, se trata de un control sobre la licitud de la prueba. Por último, mediante el denominado *falso juicio de convicción*, la CSJ (Sala de Casación Civil) controla las normas que regulan las pruebas tasadas, como es el caso de los documentos que son requisitos *ad substantiam actus*.

Por último, el *recurso de revisión* es tratado en el CGP como un recurso extraordinario que procede contra sentencias ejecutoriadas, sin hacer diferencia en cuanto el juez o tribunal de origen. Se observa que las causales en gran medida tienen que ver con el derecho probatorio:

1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.
4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

Otras causales tienen incidencia en materia probatoria:

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.
7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

El trámite del recurso es de una auténtica acción, porque es necesario interponer una demanda, la misma es objeto de admisibilidad, luego se les da traslado a los demandados, se practican las pruebas solicitadas y se concede oportunidad de alegaciones y, por último, se emite sentencia acogiendo o rechazando la causal pretendida. Incluso, es viable que en el trámite puedan decretarse medidas cautelares. En caso de prosperar la demanda el resultado varía según el tipo de causal que prospere, en unos casos implica anular la sentencia revisada

y emitir la que corresponda en derecho; y en otros anular la sentencia y ordenar al juez o tribunal de origen para que emita la sentencia de nuevo. Por ejemplo, los documentos que se encuentren y que no pudieron aportarse al proceso original, el tribunal de la revisión los valorará y emitirá sentencia conforme a ellos. Similar solución se aplica en los casos de falsedad testimonial o documental declarada por un juez penal, el tribunal de revisión, valorará nuevamente la prueba teniendo presente tal situación de falsedad testimonial o documental y emitirá nueva sentencia. Lo mismo ocurrirá con el caso de ilícito penal que haya cometido el perito, pero con la particularidad que el tribunal de revisión ordenará un nuevo dictamen, y luego emitirá la sentencia respectiva.

La realidad de todo es que el legislador procesal sigue aún aferrado a la cosa juzgada en los términos del siglo XIX y principios del XX. Los recursos de casación y revisión hacen muy poco en relación con el postulado del derecho a la prueba según el cual deben darse amplias posibilidades de revisión de las decisiones probatorias, tal cual se expuso (apartado 1.3.3.10). Puede analizarse, por ejemplo, que la revisión se configura con condiciones muy cerradas para retirar la cosa juzgada: sentencia penal por falso testimonio, o falsedad documental, o por el delito que cometió el perito, o del cohecho o la violencia (constreñimiento) en el pronunciamiento de la sentencia recurrida. Asimismo, debe probarse la fuerza mayor o el caso fortuito, o la obra de contraparte para que no pudieran allegarse los documentos. Igualmente, deben aportarse las pruebas suficientes (aunque no requiere de sentencia penal) del fraude de las partes en el proceso. Por su lado, las situaciones de indebida representación, o falta de notificación, o emplazamiento, son también situaciones que rara vez se presentan en los procesos, máxime si tienen doble instancia.

En fin, las causales de revisión son realmente excepcionales y su ocurrencia es muy infrecuente. A continuación, se analiza cómo la *acción de tutela* (amparo constitucional) ante el denominado juez constitucional se ha abierto, en Colombia, de manera relevante con un amplio abanico de causales para intervenir en procesos en curso, o terminados, que, en el plano teórico, implican redefinir la cosa juzgada.

### **2.3.2. El recurso de amparo en la actividad probatoria**

Una de las razones por las cuales el derecho de probar se considera fundamental es que tiene protección mediante la acción de tutela. Debe anotarse que la CCC, aunque le da el

tratamiento de derecho fundamental a la prueba, en todo caso hace referencia a los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia como los violados cuando se trata de proteger la actividad probatoria. La CCC establece unos criterios para determinar los eventos en que esta acción cabe en materia probatoria. En la temática probatoria, la CCC establece los condicionamientos generales y específicos de procedencia del recurso de amparo; condicionamientos que en materia probatoria sería por defecto fáctico. A continuación, en sendos apartados, se describe la jurisprudencia de la CCC en la producción y en la valoración de la prueba.

En el presente estudio (apartado 1.1.2) ya se han concretado los contenidos del derecho probatorio que la CCC ha protegido mediante el recurso de amparo. En el actual apartado, con el lenguaje usado por la CCC, se expresan las subreglas que aparecen en la jurisprudencia constitucional.

#### *2.3.2.1. Reglas sobre la admisión y práctica probatoria.*

- El derecho a la prueba lo tienen los justiciables o litigantes. Aunque parece una afirmación innecesaria, es bueno aclarar que de las siguientes subreglas constitucionales se extrae que este derecho no se restringe a quien tiene el derecho de postulación en el proceso (representantes judiciales); esta conclusión se hace partir de las siguientes subreglas de la CCC: situaciones en las que el abogado omite solicitud de pruebas (sentencia T-654/98); o la negligencia del apoderado en interponer los recursos necesarios (sentencias T-531/92, T-329/96, T-125/12 y T-567/98); en estos casos la negligencia del apoderado no puede operar en contra del acusado. Incluso, la doctrina constitucional de la prueba de oficio muestra claramente la protección del justiciable de manera prioritaria, y no tanto a su abogado.

- La *omisión de la apertura de las actuaciones procesales* en las que se realiza la petición, decreto y práctica de la prueba; por ejemplo, pretermitir la fase de práctica probatoria en la audiencia del juicio oral en penal, o la omisión de la etapa de práctica probatoria en el proceso civil. Con mayor razón se afecta el debido proceso y el derecho a la prueba en los eventos en los que falta la notificación de la demanda<sup>318</sup>, el error en el trámite de declaración de persona ausente o la falta de defensa técnica, entre otros. En estos eventos se trata de una irregularidad

---

<sup>318</sup> Véase CCC, sentencia T-140/93, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



que afecta, por efecto reflejo, todo el proceso y, por ende, el derecho a probar en todas sus fases.

- la CCC (sentencia SU-087/99, M.P. Hernández Galindo, cons. 3) entiende que las partes tienen derecho a que las pruebas previamente decretadas con anterioridad en efecto se practiquen; por eso, no se le permite al juez pasar a otra etapa del proceso sin que se lleve a cabo esta actividad.

- El derecho a interrogar los testigos y a la comparecencia de otras personas como garantías del DIDH (sentencia T-589/99)<sup>319</sup>. A partir de este concepto, en este estudio, se establece el derecho al *testigo* y a otros medios de prueba como contenido del derecho a probar. Debe recordarse que la expresión *testigo* puede entenderse en su sentido genérico, en el sentido epistémico de acoger a los demás medios probatorios. Con la advertencia de que las llamadas pruebas materiales (evidencia física o elementos materiales probatorios) requieren de los *testigos* para su acreditación (presentación, contradicción, ratificación, y demás).

- El derecho a la admisión de la prueba pertinente ha tenido pronunciamientos por la doctrina constitucional en situaciones como: la omisión de respuesta frente a una proposición de prueba (sentencia T-055-94), o la omisión de práctica de una prueba admitida (sentencia T-747/09), o el rechazo de pruebas que son claramente pertinentes (sentencias T-393/94, T-006/95); el fundamento razonable o la debida motivación en el rechazo de la prueba (sentencias T-393/94 y T-006/95). La situación en las que se omite o dilata la práctica de pruebas (sentencia T-324/96).<sup>320</sup>

- La garantía de la prueba de oficio: en las diligencias preliminares en el proceso penal (sentencia C-396/07); como obligatoria en los procesos judiciales cuando sea necesaria para resolver el asunto en cuestión (sentencias T-654/09 y T-264/09).

---

<sup>319</sup> En la sentencia T-589/99 (CCC, M.P. Cifuentes Muñoz, apartado 5) prescribe que «(...) el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos».

<sup>320</sup> La CCC (sentencia T-694/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), dictamina que se presenta una vía de hecho en un caso en el que un fiscal al resolver la situación jurídica del procesado y al precluir la investigación penal sin que previamente hubiera resuelto las reiteradas solicitudes de la parte civil, destinadas a aportar elementos de prueba pertinentes para la correspondiente investigación.

- Pese a que el juez no está obligado a decretar todas las pruebas que se le soliciten, solo le es dado negarlas en los casos en que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos, o estén legalmente prohibidas, o sean ineficaces, o versen sobre hechos notoriamente impertinentes, o se las considere manifiestamente superfluas (sentencias T-055/94, T-393/94 y T-589-99).

- La actividad probatoria de las partes se encuentra limitada por las pruebas admisibles constitucionalmente (sentencia SU-159/02). Además, el rechazo o inadmisión probatoria debe estar debidamente motivado (sentencias T-393/94, T-006/95, SU-087-99, T-589-99).

#### *2.3.2.2. Las subreglas sobre la valoración probatoria.*

- El derecho a la verdad, como como garantía proveniente del DIDH para múltiples situaciones, lo prescribe la CCC en las siguientes sentencias: en el derecho a la información (la T-578/93); como publicidad de los actos procesales (T-752/98, M.P. Beltrán Sierra) o de las investigaciones de relevancia social (C-014/04); el derecho a la actividad probatoria en los casos de la víctimas en delitos penales (C-228/02, C-004/03, C-454/06, C-209/07, C-516/07, C-250/11 y C-839/13); en la prueba de oficio en los procesos civiles (T-264/09).

- El juez en la sentencia debe respetar la unidad de la prueba y, por ello, no debe omitir la valoración de las pruebas allegadas al proceso (sentencia T-171/06, T-078/10).

- La apreciación probatoria debe hacerse con criterios adecuados, so pena de anulabilidad mediante amparo constitucional, cuando se incurre en «valoración defectuosa de las pruebas testimoniales y periciales» (sentencia T-078/10).

- El derecho a la prueba incluye la «incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio» (sentencia T-555/99).

Ahora bien, la CCC, desde la sentencia C-590/05 (M.P. Córdoba Triviño), ha venido reiterando que para efectos de la procedencia del recurso de amparo deben darse dos tipos de condiciones, unas generales y otras específicas. Las generales, de carácter formal, pueden resumirse así: 1) versar sobre un asunto de relevancia constitucional; 2) agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios dispuestos por la legislación aplicable; 3) presentarse en un término oportuno y razonable; 4) si la alegación del defecto es por una irregularidad procesal, ésta debe ser de tal magnitud que impacte en el sentido de la decisión; 5) una especificación detallada de los hechos; y 6) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela (CCC, sentencia T-060/16).

Las causales o condiciones especiales, de carácter material, relacionadas con el derecho probatorio se relacionan con los siguientes:

1. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

2. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

3. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

Por su parte, según la CCC (sentencias SU-159/02 y T-102/06) el defecto fáctico tiene, a su vez, dos dimensiones: la dimensión positiva (acciones valorativas o acciones inadecuadas del juez) y la dimensión negativa (omisiones en el decreto, en la práctica o en la valoración de las pruebas).

Dimensión positiva tiene las siguientes causales:

1. Defecto fáctico por admisión de prueba inconstitucional; esto es por prueba inconstitucional o ilegal (CCC, sentencias T-453/05, T-916/08).

2. Defecto fáctico por dar como probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso (entre otras, la sentencia T-231/94), o porque se estudia de manera incompleta.

3. Defecto fáctico por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia (por ejemplo, CCC, sentencia T-1082/07).

La dimensión negativa del defecto fáctico tiene las siguientes causales:

1. Por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes para decidir; y en los eventos de omisión de apertura de la fase de práctica de pruebas en el proceso (por ejemplo, las sentencias T-814/99, T-889/03, T-171/06).

2. Por omitir la valoración de la prueba y dar, sin fundamento, por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente (entre otras, las sentencias T-039/05, T-902/05, T-814/99, T-450/01).

3. Por valoración defectuosa del material probatorio determinante para la decisión (así, CCC, sentencias T-621/02, T-235/04, T-902/05 y T-442/94).

4. Por desconocimiento de la sana crítica (entre otras, CCC, las sentencias T-442/94, C-150/93, T-336/95, T-055/97, T-073/97, T-439/97).

Fuera del defecto fáctico también tiene importancia para el derecho a la prueba la causal relacionada con el defecto de procedimiento denominada exceso ritual manifiesto, el cual consiste en que «(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia» (CCC, sentencia T-264/09). Según la CCC (sentencia T-1091/08) el exceso ritual manifiesto se exterioriza en las decisiones judiciales en las siguientes situaciones: 1) evade el carácter instrumental del derecho procesal, como medio para garantizar la realización de los derechos ciudadanos; 2) prescinde, de forma consciente, de la verdad jurídica objetiva, contrariando los elementos fácticos que fueron probados para el caso concreto; 3) privilegia la aplicación del derecho procesal aunque implique el desconocimiento de derechos fundamentales.

En lo relacionado con el derecho a la prueba, la doctrina constitucional sobre el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto ha tenido aplicación para fundamentar el deber de la prueba de oficio, por ejemplo, la sentencia T-264/09 se refiere a una situación en la que el juez emite sentencia absolutoria con fundamento en que la parte demandante no aportó los documentos que acreditaran la legitimación en la causa por activa, ni tampoco, los documentos que demostraren la calidad del demandado. La CCC anuló el fallo a fin de que el juez de manera oficiosa obtuviera los documentos en cuestión y emitiera nuevamente sentencia.

De este recorrido fácilmente puede apreciarse cómo el recurso de amparo al estilo colombiano comprende todos los demás recursos en cuanto a causales materiales se refiere, porque en los aspectos formales no interfieren entre sí. Por ejemplo, las omisiones de decreto o práctica se encuentran protegidos por los recursos de reposición y apelación. El auto que decreta una prueba inconstitucional o irregular puede ser controlado con recurso de reposición, pero no es posible la apelación. Situación diferente cuando la sentencia se basa en prueba inconstitucional, que puede ser controlada mediante la apelación. Las omisiones de valoración o la valoración que se hace defectuosa o desconociendo la sana crítica pueden

ser controladas con el recurso de apelación; pero, como se ha dicho, el recurso de casación no permite controlar los problemas de la sentencia en cuanto a la sana crítica probatoria. El asunto de la prueba falsa o fraudulenta puede ser controlado con el recurso de amparo mediante la causal de engaño al juzgador, y también puede impugnarse con los recursos de casación y de revisión. La doctrina del exceso ritual manifiesto no tiene ninguna aplicación en los recursos ordinarios y extraordinarios.

Existe una diferencia relevante entre la casación y la revisión con respecto al amparo constitucional consistente en que aquellos tienen un formato rígido, formal y requieren de especialistas para su interposición y el tiempo para su resolución es de años; en cambio, el recurso de amparo es informal, e incluso el mismo justiciable lo puede interponer y su resolución se cuenta por días o meses.

Sin duda alguna, el amparo constitucional en Colombia ha sido una herramienta más eficaz que cualquier otro mecanismo de impugnación para hacer realidad los derechos constitucionales, entre ellos el de la prueba.



*Habla un busto de Jano  
Nadie abriere o cerrare alguna puerta  
sin honrar la memoria del Bifronte,  
que las preside. Abarco el horizonte  
de inciertos mares y de tierra cierta.  
Mis dos caras divisan el pasado  
y el porvenir.*  
Borges, 1975 (1989, Vol. II: 99)

### Capítulo 3

#### De los límites del derecho a la prueba

##### 3.1. El concepto de limitación a los derechos fundamentales

Se parte de la diferencia entre configuración y limitación del derecho a la prueba. El término limitación se refiere expresamente a su exclusión o ineficacia; y se usa para aquellas circunstancias concretas que tienen como consecuencia la inadmisión, la ineficacia o la exclusión de la prueba<sup>321</sup>. La limitación del derecho fundamental a la prueba tiene la estructura de regla jurídica, porque cada vez que se presenta un supuesto en la actuación probatoria (por ejemplo, una omisión de notificación) la ley procesal le apareja una determinada consecuencia (por ejemplo, la nulidad). En este contexto, el supuesto consiste en una irregularidad probatoria de diversa índole y la consecuencia puede consistir en la inadmisión, la exclusión o la invalidez de la prueba, según las circunstancias.

Debe precisarse que los problemas relacionados con la veracidad, la licitud o la legalidad de la pruebas son un asunto propio de configuración del derecho a probar; en cambio, la consecuencia de la regla representa el límite propiamente dicho; la ineficacia o la nulidad de pleno derecho o la exclusión contempladas en la ley y en la Constitución para la prueba ilícita o ilegal son, propiamente hablando, la restricción al derecho a probar. Por ejemplo, la CP (art.

---

<sup>321</sup> Según Bernal Pulido (2003: 682) por limitación se entiende la supresión legislativa de algunos de los contenidos normativos de los derechos fundamentales.

En el derecho probatorio, por ejemplo, el párrafo 4 del art. 29 de la Constitución establece el derecho fundamental a la prueba, y luego en el párrafo final del mismo art. contempla como límite la nulidad de pleno derecho de la prueba por violación al debido proceso en la obtención de la prueba.

29, párrafo final) trae un caso claro de límite al derecho fundamental a la prueba en el sentido de que la prueba obtenida con violación al debido proceso tiene como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la misma. Precisamente, con el epígrafe se quiere significar el carácter de *cabeza de Jano*<sup>322</sup> que tiene el debido proceso probatorio pues se constituye en el criterio de ingreso de la prueba al proceso, pero al mismo tiempo regula su salida o su exclusión. El mito de Jano simboliza (Carreras Nadal, 1965:1-2):

«El paso de una cosa a otra, con su doble faz preside todo lo que se abre, bien sea puertas (...), la mañana que abre el día, el principio de año, etc. y a la vez que cierra, por eso vigila el paso de las calles y pasajes, las marchas y regresos, y de sus caras, una mira hacia adelante y otra hacia atrás, sonríe en una permanece serio en la otra»

El *debido proceso* es una expresión *cabeza de Jano* con respecto a la prueba judicial, pues es un concepto bifronte, sirve para enjuiciarla como *debida* pero también se usa, para retirarla del proceso; constituye un juicio para la prueba como *debida*, pero al mismo, es juicio del proceso como *debido* aún contra la prueba; es la figura que constituye en la puerta de entrada y salida de la prueba. El debido proceso con respecto a la prueba tiene una doble faz es la protección y al mismo tiempo la negación de la prueba. Como se estudia antes (apartado 1.3.1.) el debido proceso con sus mecanismos de efectividad se erige en un auténtico lastre para la prueba judicial, en la medida en que contiene el juicio que permite excluirla del proceso.

De otra parte, debe tenerse presente que en el Estado constitucional existen dos tipos de garantías: las *primarias* que establecen límites y vínculos normativos como prohibiciones y obligaciones, formales y sustanciales; y las *secundarias* que se refieren a las formas de reparación, como nulidades y responsabilidad de actos ilícitos subsiguientes a la violación de garantías primarias (Ferrajoli, 2000:132, 133). Tanto en el ámbito sustancial como en el procesal existen prohibiciones y obligaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales; asimismo, tanto en el ámbito sustancial como en el procesal se establecen consecuencias a las violaciones de los mismos. Respecto al derecho a la prueba se instituyen prohibiciones como las de afectar los derechos fundamentales en su obtención y se establece la obligación

---

<sup>322</sup> En lingüística se habla de expresión *cabeza de Jano*, según Carreras Nadal (1965:2) cuando «compagina muy bien en sí misma la afirmación y la negación de su propio contenido, aunque de una manera más amplia podemos llamar cabeza de Jano a toda paradoja de sentido en los elementos de una lengua, como cuando se dice «a lo mejor se accidentaron en el camino»; o en términos como *inapreciable*, *indecible informe*. En todas estas fórmulas lingüísticas la significación es ambigua, en direcciones opuestas; a veces, tienen un sentido peyorativo, pero al mismo tiempo tienen otro positivo.



para el juez de hacer respetar este derecho a las partes; como también la ley prevé las nulidades o las exclusiones probatorias para hacer efectivas las obligaciones y prohibiciones.

Dado el carácter fundamental del derecho a probar, los límites del mismo tienen las siguientes características:

1. El carácter de derecho fundamental de la prueba implica que la posición jurídica, presente o futura, de la parte o del interviniente debe tener la máxima eficacia posible con el propósito de llevarle al juez los medios de convicción que ayuden a establecer la verdad del interés material que pretende le sea declarado por éste en la sentencia. Por eso, solo por excepción debe limitarse este derecho.

2. La justificación de la limitación de la posición iusfundamental de la parte o interviniente solo puede argumentarse legítimamente a partir de los principios, valores y derechos constitucionales. Por ejemplo, resulta claro que cuando en la obtención de la prueba se conculcan otras posiciones iusfundamentales, como ocurre con los derechos a la vida, la intimidad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes se justifica que se limite el derecho a la admisión, práctica y valoración de prueba. Empero, cuando no se trata de derechos fundamentales como el derecho a la propiedad o al medio ambiente no siempre se justifica la limitación a la posición de la parte o interviniente.<sup>323</sup>

En el orden jurídico colombiano existen las siguientes reglas, con fundamento constitucional, que restringen el derecho fundamental a la prueba: la inadmisión o ineficacia de la prueba por impertinencia, inutilidad y la exclusión por ilicitud o ilegalidad<sup>324</sup>. En otras palabras, existen dos tipos de reglas: la inadmisión o ineficacia de la pruebas por razones de capacidad demostrativa de la prueba y la exclusión en consideración a la validez por violación del debido proceso bien sea formal o sustancial.

---

<sup>323</sup> En términos de Alexy (1993: 272): las restricciones de derechos fundamentales son normas que delimitan bienes jurídicamente protegidos y posiciones iusfundamentales *prima facie*; y estas restricciones solo pueden efectuarse mediante normas constitucionales que las autoricen.

Debe anotarse que de esta doctrina se sigue, para los efectos de este trabajo, la idea de la restringibilidad de los derechos fundamentales. No obstante, debe advertirse que en la práctica judicial resulta usual que se tome esta doctrina como el fundamento de un exagerado relativismo de los derechos fundamentales que lleva al extremo de hacer prácticamente innecesaria o inútil a la misma Constitución como referente de validez del orden jurídico.

<sup>324</sup> Devis Echandía (1981: 31) sistematizó esta idea de los límites del derecho a la prueba, aseverando que el derecho subjetivo de probar se limita en cada proceso por las nociones de pertinencia y utilidad de la prueba, lo mismo que por ciertas prohibiciones de investigar determinados hechos.

3. Por regla general, las irregularidades probatorias que no sean consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales sustantivos solo bajo ciertas circunstancias llevan a la exclusión de la prueba.

### **3.2. La inadmisión o ineficacia de la prueba impertinente, inútil o violatoria de la cadena de custodia**

De acuerdo con la terminología antes vista, los conceptos de inadmisión o ineficacia son garantías secundarias en la medida en que hacen efectivas las obligaciones y prohibiciones en la actividad probatoria. Los términos inadmisión o ineficacia se utilizan indistintamente en la doctrina y en la ley para hacer referencia tanto a la capacidad demostrativa de la prueba como al asunto de la validez de la misma. El término inadmisión usualmente se emplea como sinónimo de rechazo al momento del juez pronunciarse sobre el ingreso de la prueba al proceso. El de eficacia se utiliza tanto en materia penal como en civil en el momento de la decisión de fondo sobre la prueba, bien en la sentencia o cuando se resuelven los incidentes procesales o decisiones interlocutorias que implican evaluación de la probabilidad probatoria; por ejemplo, para decidir sobre las medidas de aseguramiento en materia procesal penal.

En lo relacionado con el rango de las normas que regulan las restricciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo es importante tener presente que las mismas, de conformidad con la CP (art. 152), deben hacerse mediante ley estatutaria, ya que se trata de una materia en la cual existe un desarrollo directo de la regulación constitucional. Las leyes estatutarias tienen un carácter excepcional y restrictivo, por eso deben tomarse para regulaciones directamente orientadas a completar la normatividad constitucional básica.

Para los efectos del presente trabajo, los términos inadmisión o rechazo de prueba se utilizan de manera indistinta, bien se trate de juicios de capacidad demostrativa o de validez de la prueba. En cambio, el término ineficacia se usa con preferencia para los problemas de capacidad demostrativa o fuerza de convicción de la prueba. En algunos contextos este vocablo se emplea en términos generales para englobar tanto la eficacia estrictamente dicha como la validez; al fin y al cabo, tanto lo uno como lo otro llevan al mismo resultado: la prueba no genera conocimiento, ni convicción, se considera inocua, insustancial, anodina, inerte o aséptica.

### 3.2.1 El juicio de la pertinencia

La pertinencia es un juicio de hecho que se realiza al momento de pronunciarse el juez sobre la admisión de la prueba y que recae sobre la relación entre el hecho que pretende acreditarse mediante un determinado medio probatorio y los hechos que constituyen el objeto de la controversia (Picó i Junoy, 2006: 160). Esta regla se encuentra en consonancia con el denominado *principio de congruencia procesal* dado que los medios de prueba deben recaer sobre los hechos relacionados con el objeto del litigio.

El fundamento para la inadmisión de la prueba por impertinencia se encuentra en el principio de la economía procesal, pues no tiene sentido admitir medios probatorios que no guarden relación alguna con los hechos a probar, esto es, medios que no sean aptos para formar la convicción del juez. La inadmisión de la prueba por impertinencia sigue el brocardo *frusta probatur quod probatum non relevat* (Picó i Junoy, 2006: 54).

La pertinencia plantea dos cuestiones a resolver: el tipo de relación que debe darse entre el hecho que pretende probarse con el medio de prueba propuesto y los hechos que conforman el tema de prueba y la determinación de los hechos que lo integran. Por eso, esta relación puede ser directa o indirecta (Picó i Junoy, 2006: 47-48). La *directa* se presenta cuando existe coincidencia entre los hechos que pretenden establecer los medios de convicción propuestos con el tema de prueba en el proceso; por ejemplo, en un proceso el tema de prueba es la responsabilidad del demandado por daño a las cosas, y los testigos propuestos hacen referencia a qué percibieron cuando el demandado realizaba por mano propia el daño o el caso del documento que contiene la obligación cambiaria que es al mismo tiempo el *thema probandi*<sup>325</sup> en el proceso.

La relación *indirecta* se presenta cuando, aunque no exista coincidencia entre los hechos de que trata la prueba propuesta respecto a los que hacen parte del tema de prueba, no obstante, de aquellos se infiere la existencia de otros hechos que si apuntan hacia el tema de prueba. En este caso se acredita el tema de prueba solo en forma indirecta, mediante una inferencia indiciaria. Sin embargo, existen algunas circunstancias de los hechos que no tienen relación directa con el tema de prueba, pero que, con su prueba, se acredita este último, es el

---

<sup>325</sup> Para Picó i Junoy (2006: 48-50) el *thema probandum* es el que se encuentra formado por el conjunto de hechos cuya existencia o inexistencia deben acreditarse en el curso del período probatorio, a fin de que se puedan constituir en el fundamento de la sentencia.

caso en el que la ubicación de la fecha de una situación sirve para establecer el tiempo en el que ocurrió el *factum probandum*.

Finalmente, en cuanto a la *llamada prueba investigadora o pesquisitoria* que pretende buscar información no relevante para el tema de prueba. Ésta constituye un tipo de prueba exploratoria que no es propia del sistema procesal civil, sino más bien de la fase de la indagación o de la investigación en materia penal; por ejemplo, buscar en todos los bancos del país si el demandado tiene cuenta bancaria; en este caso más que acreditar hechos invocados, se pretende realizar una investigación inquisitiva. En estos casos, para los efectos de los procesos civiles, se trata de una forma de prueba impertinente (Picó i Junoy, 2006: 52).

### **3.2.2. El juicio de la utilidad**

Se trata de un juicio que realiza el juez al momento de la *admisibilidad de la prueba*, consistente en la evaluación del medio de prueba solicitado en cuanto a su necesidad para el proceso y que no parezca inútil por existir presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho a probar con ella u otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo (Devis Echandía, 1981: 350-353). No obstante, la innecesariedad de acreditar este hecho no excluye la posibilidad de probarlo porque una cosa es que no se requiera su prueba y otra, muy distinta, que ésta no se permita o se excluya; en este caso, la notoriedad es algo que solo puede conocerse en la sentencia, razón por la cual la parte interesada en el hecho puede hacer valer su derecho a proponerlo y a exigir su admisión y práctica. Debe advertirse que en materia civil los *hechos notorios* (CGP, art. 167, párrafo final) pueden eximir de prueba; pero, cuando se trata de probar los aspectos subjetivos de la conducta (dolo o imprudencia) el hecho notorio tendrá nula o muy poca utilidad.

Los *hechos presumidos* (CGP, art. 166) se tendrán por ciertos; no obstante, el beneficiado con la presunción tiene la autorresponsabilidad de acreditar el hecho base del cual se deriva el hecho presumido. Asimismo, en el caso de las presunciones que admiten prueba en contrario, la contraparte tiene derecho a la proposición, admisión y práctica de la prueba con el fin de *infirmar* la presunción; esto, a su vez, implica un derecho de la parte favorecida de proponer pruebas que acrediten el hecho presumido. Por ello, se dice que en las presunciones lo que existe es una facilitación de prueba, y no se está ante una exención de prueba en

estricto, ya que no debe impedirse la prueba del hecho presumido mediante otros medios (Picó i Junoy: 51).

También constituye un supuesto de *inutilidad de prueba* el caso cuando el hecho que se pretende probar guarda relación con el tema de prueba; no obstante, existe una manifiesta inadecuación de medio a fin, por eso, puede anticiparse que no se obtendrá el resultado apetecido. Por ejemplo, la prueba pericial que por su naturaleza misma no puede llegar a establecer lo que se precisa probar, o la inspección judicial para probar los kilos por centímetro cuadrado que soportan las vigas de un edificio (Picó i Junoy: 57-58).

Asimismo, existe inutilidad probatoria en el evento en que el medio de prueba legalmente no sirva para establecer el hecho que va a probarse con él. Es el caso, en materia penal, de los declarantes anónimos, que, si bien pueden servir para orientar la investigación, está prohibida su valoración como prueba para sustentar una sentencia condenatoria. O, en materia civil, los documentos que son requisitos *ad substantiam actus* de ciertos actos en los que los demás medios de prueba no tienen aptitud para probarlos.

La *confesión* como exención de prueba encontraría su fundamento en la utilidad de la prueba por aplicación del *non bis in idem*, dado que si un hecho se considera probado, se hace inútil la proposición o práctica de otras pruebas como la testimonial. No obstante, como se expone antes ampliamente la exención de prueba de la confesión no tiene fundamento en el CGP; los que realmente resultan exentos de prueba son aquellos que son objeto de acuerdos probatorios que se logran con la fijación del litigio. Asimismo, como lo manifiesta Picó i Junoy (2006: 87), en la práctica, cuando la confesión pierde el carácter de *regina probatorum*, preferencial o de rango superior respecto de las demás pruebas, pasa a valorarse conjuntamente con ésta; además, hasta el momento de valoración de la prueba, esto es, de dictarse sentencia, resulta, en muchos casos, imposible precisar cuándo un hecho ha sido acreditado por confesión judicial.

Por último, debe tenerse presente, como plantea antes, que a partir del derecho a la prueba puede extraerse como regla la prohibición de anticipar los resultados de la prueba; de manera alguna puede inadmitirse la prueba con el argumento de que ésta no alcanzará los resultados pretendidos. El fundamento de esta regla es la tutela de la imparcialidad del juez, como también del derecho de las partes a probar los hechos discutidos en el proceso. Bajo esta regla, tampoco el órgano jurisdiccional puede dejar de practicar una prueba ya declarada

pertinente con el pretexto de que ya ha alcanzado el convencimiento de la existencia o no de la realidad fáctica controvertida pues, en este momento procesal, se desconoce si dicha prueba pertinente incidirá o no sobre su convencimiento, porque esto es propio de las decisiones de fondo como la sentencia al final del proceso. En caso contrario, no solo se estaría prejuzgando, sino que también se afecta el derecho a probar (Picó i Junoy, 1996: 56).

### **3.2.3 Regla constitucional de la exclusión de la prueba ilícita**

Las personas poseen derechos fundamentales en virtud de la posición jurídica que crean las normas constitucionales y el orden legal que les permite exigir de otros individuos o del Estado una prestación o la obligación de no hacer o afectar. Asimismo, los derechos fundamentales establecen obligaciones de las personas frente a otros y al Estado.

La Constitución colombiana y, en general, las constituciones contemporáneas, frente a la regulación de los derechos fundamentales, tienen como particularidad que, en algunos casos, el mismo tenor que establece el derecho también crea su restringibilidad. De esta forma, por ejemplo, el art. 15 (CP) establece el derecho a la intimidad personal y familiar, lo mismo que el derecho al *habeas data* y la inviolabilidad de las comunicaciones; no obstante, a renglón seguido, autoriza al legislador con el fin de disponer las formalidades para interceptar las comunicaciones; además, determina que los documentos privados y la contabilidad pueden intervenir en los términos que establece el legislador.

El art. 16 (CP) instituye el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, admite las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. El art. 24 (CP) establece la libertad de locomoción, aunque al mismo tiempo faculta a la ley para su limitación. El art. 28 (CP) determina el derecho a la libertad, a no ser molestado en su persona, lo mismo que la inviolabilidad del domicilio, pero al mismo tiempo faculta al legislador para la limitación de los mismos.

El gran reto que plantea esta regulación constitucional es cómo entender que para la misma Constitución primen los derechos inalienables de las personas dentro del Estado y, al mismo tiempo, establezca y proteja la prevalencia del interés general y, en concreto, el monopolio de la justicia que ejerce el Estado. Se plantea, en la misma Constitución, un conflicto entre el interés individual que se desprende de los derechos fundamentales y el concepto de interés general, que seguramente también incluye el respecto a los derechos fundamentales, pero

también otros elementos de más difícil delimitación que pueden desembocar en el concepto de razones de Estado.

Sin duda alguna, existe cierta esquizofrenia en la regulación que realiza la Constitución hace de los derechos fundamentales, pues en la misma norma que establece la libertad aparece la restricción: al mismo tiempo que busca proteger los derechos fundamentales los restringe en interés de la realización de la justicia estatal. La cual para poderse realizar en forma efectiva requiere del aseguramiento de la prueba, y éste, dado que la prueba se encuentra en los ámbitos íntimos y públicos de la persona humana, para hacerse efectivo requiere afectar estos ámbitos. Y la afectación de estos ámbitos de la persona por el aparato de justicia corre el riesgo de arrasar con el sistema de garantías del individuo; sin embargo, no hacerlo en pos de la realización de la justicia llevaría al absurdo de que los derechos mismos de las personas no pudieran justificarse o quedarán a merced del criminal que utiliza los ámbitos íntimos o sociales propios o ajenos para producir daño.

Frente a lo anterior, existen dos planteamientos diversos que pueden ejemplificarse en igual número de teóricos contemporáneos (aunque se trata de corrientes del pensamiento clásico). De un lado, Ferrajoli (2001, Vol. I: 20, 160, 161, 291, 292) caracteriza los derechos fundamentales como de universales y de indisponibles, y deriva este último carácter del primero. Incluso, frente al carácter de la indisponibilidad dicho autor sustenta la tesis del deber de la indisposición del derecho por parte de la persona titular misma y con mayor razón para el Estado (Ferrajoli, 2001, Vol. I: 32).

Del otro, Alexy (1993: 268) plantea una tesis que coincide con la misma Constitución, porque establece la disponibilidad del legislador de esos derechos bajo ciertos requisitos; y es la tesis que, *grosso modo*, acoge abiertamente la CCC y los distintos tribunales colombianos. Básicamente, esta tesis plantea que deben hacerse compatibles los derechos fundamentales con los colectivos, como el del interés general o el de hacer justicia.

En esta discusión, de fondo, existe un conflicto entre el individuo y el Estado; en última instancia, la posición que se tome depende de la concepción de Estado de la cual se parte: si el Estado se concibe como una herramienta de protección de los derechos de las personas, no cabe pensar que en protección de ese fin se afecten los derechos de otros; y si se concibe como un ente que tiene un carácter sustancialmente más importante que el individuo, éste se ve limitado por aquel. Al respecto, López Barja de Quiroga. (1989: 10 y ss) reseña la historia

de la relación individuo-Estado y señala que, en Aristóteles el Estado se encuentra naturalmente por encima del individuo; en la antigua Roma en la época del imperio se hacía valer la *res pública* como argumento para ignorar la ley y perseguir al conspirador. En contraste, los estoicos planteaban la dignidad del hombre en tanto que hombre, y su libertad no puede ser arrebatada por ningún tirano. En el pensamiento de Agustín, el gobernante, por haber sido creado por Dios no puede tener límites; en el pensamiento de Tomás de Aquino el Estado, es creación natural y como tal tiene límites. En la época moderna aparecen los derechos humanos, colocando al Estado como instrumento para el cumplimiento de los mismos.

Por su parte, Weber asume que el Estado se compone de una relación de dominación del hombre sobre el hombre, fundada sobre la violencia legítima (es decir, sobre la violencia considerada legítima); el Estado solo puede existir a condición de que los hombres dominados se sometan a la autoridad reivindicada por los dominadores. Entonces, se plantean las cuestiones: ¿en qué condiciones se someten y por qué?, ¿en qué justificaciones internas y en qué medios externos se apoya esta dominación? López Barja de Quiroga (1989: 10 y ss.).

En el presente trabajo se asume que existen unos elementos ineludibles de la realidad: la prueba se encuentra en los ámbitos íntimo y público de la persona; esto es, en su cuerpo, su psiquis y en las cosas que usa, en los lugares públicos por los que se desplaza, entre otros. También es una realidad que la afectación de los derechos fundamentales puede ocurrir en ámbitos íntimos o públicos de la vida de las personas. Asimismo, usualmente algunos individuos, empresas o instituciones utilizan sus ámbitos íntimos o privados para afectar a otras personas. En consecuencia, si no fuera posible interferir en el ámbito íntimo de las personas en la obtención de la prueba sería como dejar este ámbito a la ley del más fuerte. Sin duda, es necesario elaborar toda una teoría sobre el aseguramiento de la prueba de tal suerte que se permita la realización del bien justicia.

La teoría de Ferrajoli de la universalidad y la indisponibilidad de los derechos fundamentales debe ubicarse con carácter prescriptivo o del deber ser. Este autor en su obra ha tenido una constante preocupación consistente en fundamentar la legitimidad del Estado en unos principios políticos o morales de carácter extrasistemático, como un modelo que permite realizar una crítica a un sistema legal que incluya su Constitución Política. En su texto *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, dicho autor no trata de describir el



estado de los derechos fundamentales sino que se preocupa por crear una teoría formal e ideal que sirva de modelo universal de los derechos y establece los condicionamientos para que se cumplan en serio. El problema de este modelo teórico es que no tiene presente los elementos de la realidad descritos con anterioridad. Por ello, se llega a una paradoja: en la búsqueda de la protección estricta de los derechos fundamentales termina desprotegiéndolos al no permitirse el aseguramiento de la prueba para poder propender por su realización ante la justicia.

El planteamiento de Alexy, en cambio, al menos parte de una realidad: la imposibilidad de una teoría absoluta de los derechos fundamentales. No obstante, llega al extremo que ocurre en nuestro sistema judicial: se presta para fundamentar, de forma indebida, el relativismo de los derechos fundamentales, los cuales se ven prácticamente diluidos al socaire del principio de proporcionalidad. La aplicación de éste, sin premisas, ni supuestos empíricos, termina por arrasar con los derechos fundamentales, que constituyen las conquistas liberales más importantes de la época moderna y aun de la contemporánea.<sup>326</sup>

Existe, entonces, una relación inversamente proporcional entre el interés general o público de obtener la verdad y las libertades de las personas. La maximización del interés general en la consecución de la verdad reduce o anula el autogobierno de la persona sobre su cuerpo, su psiquis y su vida social o moral. La consideración de derechos irrenunciables o absolutos de los derechos fundamentales sustantivos en el contexto del aseguramiento de la prueba afecta a la obtención efectiva de los bienes de las personas en muchos casos vinculados con su condición existencial misma. Precisamente, uno de los aciertos importantes del constituyente colombiano es que vincula el debido proceso tanto a la decisión política del legislador como a la jurídica del juez, con el fin de graduar esta relación inversamente proporcional entre el interés general y las libertades negativas para la obtención de la prueba.

En los apartados 1.1.2 y 1.3.1 de este estudio, ya se menciona que el debido proceso no solo se refiere a las formas propias de cada juicio sino que también disciplina el juicio de ponderación entre el interés general y las libertades de las personas al momento de decidir sobre una medida de protección o aseguramiento de la prueba que pueda afectar los derechos fundamentales. Se habla del debido proceso sustantivo cuando regula espacios abiertos,

---

<sup>326</sup> Sobre las premisas que constitucionalmente se deben cumplir para intervenir o afectar derechos fundamentales en la obtención de la prueba, véase Ruiz Jaramillo (2007b)

especialmente del ámbito extraprocesal, para evitar que en la jurisdicción y otras autoridades administrativas se entronice el arbitrio judicial. De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista constitucional, la investigación de los hechos y las pruebas que se usen para los efectos de los procesos judiciales se encuentran restringidas, no solo por la pertinencia, sino también por los valores constitucionales de la libertad, la igualdad y la justicia<sup>327</sup>. De acuerdo con el esquema constitucional colombiano, se brinda primacía a los derechos inalienables de la persona; así, la realización del interés general de hacer justicia debe ser el mínimo posible que permita la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, las diversas medidas coercitivas estudiadas con anterioridad, incluyendo mecanismos coactivos y la serie de deberes y cargas procesales, tienen como fin exclusivo la protección de la verdad sobre los hechos; por eso, de manera alguna poseen la naturaleza de preservación de la moral y las buenas costumbres, ni mucho menos son medidas retributivas del perjuicio de las infracciones al orden jurídico. Como consecuencia de lo anterior, tales medidas tienen un límite máximo en la gradación de la afectación de los derechos fundamentales, lo cual consiste en que de ninguna manera pueden afectar los derechos a la vida y la prohibición de tratos de crueles, inhumanos y degradantes, pues su afectación las desnaturaliza convirtiéndolas en medidas punitivas, o se usan para generar temor persuasivo a la comunidad.

### ***3.2.3.1. Concepto y caracterización de la regla constitucional de exclusión de la prueba.***

Para los efectos del presente trabajo, existen dos ámbitos en los que opera la regla de exclusión: en el iusfundamental sustantivo y en el proceso judicial. En los dos opera la regla de exclusión como garantía secundaria en la medida en que hace efectivas las obligaciones y prohibiciones que se establecen en la Constitución y en los códigos procesales respecto a la actividad probatoria. Las diferencias entre los ámbitos en que opera la regla de exclusión son más significativas en los procesos de acusación que en los de demanda. En procesos en los que un órgano de investigación prepara una acusación requiere de una actividad de

---

<sup>327</sup> En términos de C. Roxin (2000:191), «la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado (...) No es un principio de la *StPO* que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio».

aseguramiento de fuentes de prueba con amplias posibilidades de afectar derechos fundamentales sustantivos para su obtención; en contraste, en los procesos de demanda, los derechos fundamentales sustantivos se ven menos afectados con la actividad investigativa de las partes, y la prueba judicial, como ocurre también en materia punitiva, se somete al sistema de derechos fundamentales procesales en la incorporación y práctica de la prueba dentro del proceso judicial. Luego se ve cómo en cada ámbito de estos la regla de exclusión opera de manera diferente y con algunos matices en sus efectos procesales.

Debe anotarse que la CCC en la sentencia SU-159/02 introduce el término *exclusión de la prueba*; este término, como se estudia luego, es el que mejor designa el sentido de la inadmisión, rechazo o ineficacia de la prueba por problemas de validez. Debe tenerse presente que es muy diversa la terminología en el derecho comparado, por ello, resulta pertinente buscar el sentido de las locuciones más comunes. Esta terminología puede clasificarse, según se refiera al supuesto o a la consecuencia de la regla en cuestión. Existe una amplia gama de términos que aluden al supuesto: prueba ilícita, inconstitucional, ilegal, irregular, ilegítima, viciada, clandestina, indebida o inválida. Otros términos aluden a la consecuencia: nulidad de pleno derecho, exclusión, ineficacia, prohibición probatoria, inadmisión o rechazo.

La pluralidad de vocablos no solo puede explicarse según se refiera al supuesto o a la consecuencia de la regla, sino también a las particularidades que en cada país tiene la regulación de la misma institución. Las voces *pruebas ilegales* o *ilícitas* son muy comunes en España, el término prueba ilícita (*prove illecite*) es usual en Italia y la expresión pruebas prohibidas (*beweisverbote*) se prefiere en Alemania<sup>328</sup>. En Colombia solamente la sentencia SU-159/02 introduce el término *regla de exclusión*, que luego se consagra legislativamente en el 2004 por el CPP (no obstante, en nuestro medio, tradicionalmente se ha hablado de la inadmisión, rechazo o ineficacia probatoria de la prueba ilegal o irregular).

---

<sup>328</sup> El término prohibiciones probatorias es propio de la doctrina alemana. Al respecto, Roxin (2000: 190 y ss.) las clasifica así: a) prohibiciones de temas probatorios: determinados hechos no pueden ser objeto de práctica de pruebas; por ejemplo, los hechos constitutivos del secreto profesional; b) prohibiciones de medios probatorios: determinados medios de prueba no pueden ser utilizados; este el caso de las personas que rehúsan declarar en virtud del derecho a no declarar contra su consanguíneo en cuarto grado o su cónyuge y demás parientes; c) prohibiciones en razón de los métodos probatorios; por ejemplo, la tortura o las drogas hipnóticas; d) prohibiciones probatorias relativas, en las cuales solo puede producirse la prueba por determinadas personas; por ejemplo, las intervenciones corporales únicamente pueden ser ordenadas por el juez y practicadas por un experto en salud humana.

También se explica esta variedad lexicográfica para designar los distintos momentos en la actividad probatoria en que se aplica la consecuencia a la irregularidad procesal; por ejemplo, los términos inadmisión o rechazo son propios para denegar la incorporación de la fuente de prueba o la práctica del medio dentro del proceso<sup>329</sup>. En cambio, prohibición probatoria se refiere tanto a la obtención de prueba como a la práctica del medio y a la ausencia de valor en la sentencia. Los de ineficacia o «inutilizabilidad» resultan usuales para designar la ausencia de valor de la prueba al momento de la sentencia o en otra oportunidad cuando se realice una evaluación de fondo sobre la misma.

Debe anotarse que la expresión *prueba ilícita* tiene diversos significados. Por ejemplo, Devis Echandía (1981, Vol. I: 539) lo concibe en términos muy amplios para referirse a aquella que es contraria a la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general. Para López Barja de Quiroga (1989: 134), este término encierra tanto la conculcación de las normas legales como, en especial, las constitucionales. Para Picó i Junoy<sup>330</sup> este concepto se reserva para designar las irregularidades que afectan derechos fundamentales en la actividad probatoria. Por su lado, Díaz Cabiale y Martín Morales (2001: 22) respecto de la doctrina resulta más restrictivo con el término porque únicamente designa a los derechos fundamentales sustantivos o materiales<sup>331</sup>. El concepto de prueba ilícita, del cual se parte en este estudio, designa a la prueba que se produce con violación de los derechos fundamentales, tanto en los ámbitos extraprocesal como en el procesal; es más usual en materia penal que los actos de investigación de las autoridades públicas en el aseguramiento probatorio afecten derechos fundamentales de carácter sustantivo. Tanto en civil como en penal, los derechos fundamentales conculcados en la incorporación y en la práctica de la prueba, usualmente son los procesales. En ambos campos

---

<sup>329</sup> Al respecto, el CPP/2000 en su art. 235 se refiere al rechazo de las pruebas «legalmente prohibidas o ineficaces». Similar fórmula contempla el art. 178 del CPP/2004.

<sup>330</sup> En este sentido, J. Picó i Junoy (1996: 286) dice que la prueba ilícita se refiere a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.

<sup>331</sup> Dicen Díaz Cabiale y Martín Morales (2001: 22): «Para que se pueda hablar de ilicitud probatoria, además del binomio actividad probatoria/menoscabo de derecho fundamental, tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. La obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona, por caso. La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión de derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra».

se presenta la prueba ilícita, pero luego se examina cómo es posible establecer distinciones en los efectos de uno y otro.

El término *prueba ilegítima* lo utiliza algún sector de la doctrina italiana para contraponerlo al de prueba ilícita en función de que la irregularidad en el primer caso se deba a la infracción de una norma material y en el segundo a una procesal (Picó i Junoy, 1996: 308). El término *prueba viciada* se refiere a que la prueba irregular debe admitirse para efectos de analizar dentro del trámite del proceso su eficacia probatoria al momento de su valoración (Picó i Junoy, 1996: 309-310). Por su lado, con el término *prueba clandestina* trata de concretarse un modo particular de incurrir en la prueba ilícita, el cual consiste en que la prueba se obtiene mediante un comportamiento oculto que infringe la intimidad o privacidad de las personas. La propia CCC (SU-159/02, cons. 4.2.2, M.P. Cepeda Espinosa) utiliza el término *prueba inconstitucional* para señalar «a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales» y el de *ilícita* «a la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado». A renglón seguido, la misma Corte explica que: «el mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita» (sentencia SU-159/02).

De los apartados resaltados de la sentencia SU-159/02, parece que la CCC reserva la locución *prueba inconstitucional* para aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales y la de prueba ilícita para la que se produce conculcando las reglas del ámbito de juicio. Sin embargo, la terminología en otros apartes de la misma sentencia (véase SU-159/02, cons. 4.3.1, 4.3.2, 4.3.2.1-4.3.2.3) confunde los significados del uno y del otro cuando se refiere al problema de la exclusión de las grabaciones magnetofónicas que se obtienen en el proceso, las cuales son el objeto de la acción de tutela que trata la misma sentencia, calificándolas como ilícitas, aunque parte de la premisa de que se obtuvieron mediante la violación de un derecho fundamental en el ámbito extraprocesal<sup>332</sup>. También la sentencia en cuestión utiliza el término prueba ilegal cuando se refiere a las grabaciones

---

<sup>332</sup> Al respecto, la sentencia SU 159/2002, en la cons. 4.3.2.1, dice: «En cuanto a la actuación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también consta en el expediente que esta Corporación excluyó expresamente del acervo probatorio la grabación ilícitamente obtenida, al considerar que la interceptación de comunicaciones privadas sin orden previa de autoridad judicial competente violaba el derecho a la intimidad y dictó la sentencia condenatoria con base en pruebas lícitamente practicadas dentro del proceso».

magnetofónicas producto de las interceptaciones obtenidas con violación al debido proceso constitucional, objeto de la sentencia. Por consiguiente, la sentencia en realidad resulta poco estricta con la terminología que utiliza para referirse a las fuentes de exclusión.

El CPP adopta el término prueba ilícita (CPP, art. 455) cuando regula lo relacionado con la «nulidad de la prueba derivada de la prueba ilícita»; norma en la cual se hace la expresa concordancia con el art. 23 (CPP), el cual versa sobre la cláusula de exclusión refiriéndose a la «prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales» y a las que son su consecuencia. Este código opta por el término prueba ilegal (CPP, art. 360) para denotar la «práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado o aducido o conseguido con violación de los requisitos formales». Como puede verse, esta regulación es terminológicamente adecuada porque se reserva el término ilegalidad probatoria para la prueba que infringe la normatividad del orden jerárquico legal; la cual tiene unas consecuencias diversas, a la propiamente ilícita por afectar la normatividad del orden iusfundamental.

Antes de la Constitución 1991 no existía regla expresa y de hecho la jurisprudencia solo reducía la ineficacia probatoria a los casos en los que la confesión o el testimonio eran producto de la tortura, y se reconocía esta consecuencia no propiamente por el ilícito constitucional en sí mismo sino porque la prueba a la luz de las máximas de experiencia no tenía capacidad demostrativa en tales condiciones. Estrictamente hablando, en Colombia, antes de la Constitución de 1991 no se reconocía la exclusión o ineficacia de la prueba de la misma forma en que históricamente lo hacía la Corte Suprema Federal estadounidense; esta Corte reconoce, desde principios del siglo XX, la consecuencia procesal de la exclusión probatoria a los ilícitos constitucionales consistentes en la violación de derechos sustantivos en la obtención de la prueba. En los casos de los ilícitos constitucionales sustantivos en la actividad probatoria, antes de la Constitución de 1991, la jurisprudencia colombiana restringía las consecuencias al ámbito sustantivo: responsabilidad civil, penal o administrativa.

Tradicionalmente, en nuestro país, la jurisprudencia ha reconocido que ante el incumplimiento de un requisito formal del medio de prueba en su trámite de admisión y práctica opera el rechazo o la prohibición de valoración o ineficacia de la misma. De manera que, solo se han reconocido las consecuencias procesales ante las irregularidades procesales

bien del orden constitucional o legal, pero no se admitían aquellas ante ilícitos constitucionales sustantivos.

La regla constitucional de exclusión (inciso final del art. 29 de la Constitución) consiste en un mecanismo de reforzamiento y protección de la supremacía de los derechos fundamentales dirigido al juez, o quien haga sus veces en todo tipo de proceso; e implica que si en la actividad probatoria se vulneran por parte de funcionarios públicos, personas particulares u otros órganos los presupuestos constitucionales que se exigen del debido proceso en el ámbito extraprocesal o en el intraprocesal en la producción de los medios de prueba, el juez debe aplicar la consecuencia procesal de inadmisión o exclusión de los mismos, como también de las pruebas o actuaciones procesales que se les derivan.

Este concepto realza las siguientes características de la regla constitucional de exclusión de la prueba:

1. *La nulidad de la prueba que es obtenida con violación al debido proceso es una regla jurídica* cuyo supuesto lo compone la violación al debido proceso en la obtención de la prueba; la consecuencia procesal consiste en la nulidad de pleno derecho de la prueba; y el nexo se compone del imperativo de aplicar la consecuencia sin admitir excepciones. De esta manera, la nulidad de pleno derecho como consecuencia de la violación al debido proceso deviene de manera imperativa por el legislador, por eso, de ninguna manera constituye un asunto que se haya dejado a la potestad del juez, ni tampoco se supedita a la técnica de ponderación de intereses<sup>333</sup>.

Al respecto, la CCC, en la sentencia SU-159/02 (cons. 4.2.1), considera que el inciso final del art. 29 de la Constitución es una regla que contiene dos elementos: las fuentes de exclusión y la sanción. De un lado, las *fuentes de exclusión* de la prueba son la prueba inconstitucional y la prueba ilícita; y del otro, el término *sanción* para referirse a las «consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso», al «rechazo de la prueba» o a «su exclusión del acervo probatorio».

Frente a este pensamiento de la CCC, debe observarse que el término sanción es más propio del ámbito normativo sustancial, en especial para las normas penales o de tipo sancionatorio

---

<sup>333</sup> Alexy (1993: 87) considera que «las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces (...) [debe] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos; Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible».

en general, en el que tiene la connotación de castigo. En cambio, para la consecuencia procesal probatoria es más apropiado hablar simplemente de una ineficacia, inexistencia del acto, inadmisión o prohibición de valoración, puesto que no se trata de castigar a ninguna de las personas que intervienen en el proceso. Por el contrario, la ineficacia procesal debe tomarse más como un remedio que permite enmendar la conculcación a una garantía constitucional o legal.

2. *El inciso final del art. 29 de la CP es un mecanismo constitucional procesal de carácter garantista.* Es una normatividad de garantías porque su objeto consiste en proteger la supremacía y la efectividad de los derechos fundamentales de las personas en la actividad procesal probatoria. Esta regla se inserta en un contexto constitucional en el que hace parte de uno de los tres grandes mecanismos constitucionales procesales que operan frente a la comisión de un ilícito constitucional, junto a la posibilidad de instar la acción de tutela o la de inconstitucionalidad; amén de otros de la misma raigambre como la excepción de inconstitucionalidad, el *habeas corpus* y el *habeas data*. Por tanto, se trata de un mecanismo procesal de refuerzo a los derechos fundamentales, en especial los de carácter sustantivo. Habitualmente, los derechos procesales fundamentales han tenido protección en los mismos códigos procesales legales con las nulidades procesales y la inadmisión o la prohibición de valoración.

3. *Es un mecanismo dirigido al juez en todo tipo de proceso.* En el campo judicial, el juez es el funcionario destinatario de la perentoria obligación que se desprende de esta regla. Debe precisarse que la Constitución no realiza ninguna diferencia en cuanto a la naturaleza de la actividad procesal o probatoria en la que se aplica esta regla; por ello, debe entenderse que también se dirige, en general, al órgano que por ley o convención en el ámbito procesal o extraprocesal tiene la función de admitir o valorar la prueba en interés de decidir sobre la concesión o denegación de un derecho, un estatus o para imponer una sanción. De esta forma, se crea un deber para su aplicación bien para el juez o quien haga sus veces en los procesos disciplinarios o fiscales; incluso, en el ámbito privado para los procesos dirigidos por los directivos de instituciones educativas, de asociaciones o por el patrono en la empresa.

En materia judicial se presentan dos momentos básicos en los que el juez debe aplicar la regla de exclusión: en la admisión de la prueba y en la valoración en la sentencia. En el proceso penal existe la figura del juez de control de garantías a quien le corresponde enjuiciar



la validez formal, como también material, de los actos de investigación o medios de conocimiento o fuentes de prueba que se obtengan en la actividad probatoria extraprocesal que realice la Fiscalía General de la Nación o la Policía Judicial o la Policía Nacional u otras autoridades o particulares.

4. *Este mecanismo contiene un juicio de validez constitucional de la actividad probatoria.* Este es el contenido del supuesto de la regla o de la fuente de exclusión. En palabras del procesalista Fidalgo Gallardo. (2003: 51-52), la constatación de la violación de derechos fundamentales constituye el presupuesto material, el supuesto de hecho, cuya verificación se hace necesaria para proceder a la aplicación de la consecuencia jurídica procesal de la exclusión. Ahora bien, siguiendo el texto constitucional colombiano, en la determinación del contenido de este supuesto hay dos aspectos que es necesario analizar: el significado de *obtención de la prueba* y el de *debido proceso*.

Se advierte que el término obtención de prueba que utiliza la CP (art. 29, párrafo final), para los efectos de este trabajo, se entienden las actuaciones de aseguramiento de prueba en el ámbito extraprocesal lo mismo que las fases de admisión y práctica probatorio dentro del proceso. No obstante, las ilicitudes en materia probatoria suelen ocurrir en el ámbito extraprocesal de aseguramiento de fuentes de pruebas por actividades de los mismos particulares, o por actuación del Estado (en materia penal). Una fuente importante de ilicitud probatoria en materias civil o penal se da en la preconstitución probatoria.

En lo que respecta a la expresión violación al debido proceso que contiene la CP (art. 29), se precisa que el término *violación* debe interpretarse como equivalente a vulneración o conculcación; y la expresión *debido proceso* se restringe al contexto constitucional; aun así resulta vaga e imprecisa, puesto que comprende tanto los presupuestos de validez para la restricción de los derechos fundamentales sustantivos (debido proceso sustancial) en el ámbito extraprocesal para el aseguramiento de la prueba, como los requisitos que tienen el carácter de derechos procesales fundamentales y otras garantías procesales constitucionales y legales del medio de prueba dentro del proceso (debido proceso formal).

Finalmente, el tipo de razonamiento que debe realizar el juez en cada caso concreto para la determinación de la violación al debido proceso en la obtención de la prueba envuelve un juicio sobre la validez formal y material del acto procesal de investigación; esto es, debe analizarse tanto el órgano como el procedimiento, lo mismo que el peso (juicio de

proporcionalidad) de los derechos fundamentales tanto de carácter sustantivo como procesal que pudieran verse afectados y el condicionamiento de la prueba mínima.

5. Otro componente característico de esta regla es *la consecuencia procesal de nulidad o de exclusión de los medios de conocimiento y de las pruebas que son consecuencia de éstos*. La expresión «es nula, de pleno derecho» que utiliza la CP y el CGP (art. 14), como se analiza luego, en el campo del derecho probatorio en nuestro medio posee escasa tradición jurídica y difusos perfiles, por eso, es preferible la expresión *exclusión* que utiliza el CPP y la CCC en su doctrina.

6. *La regla de exclusión constitucional opera tanto frente a la afectación de los derechos fundamentales sustantivos como los procesales de las partes y de los terceros*. En este punto la carta constitucional colombiana no realiza distinción alguna.

### ***3.2.3.2 Fundamentos y funciones de la regla constitucional de la exclusión de la prueba.***

Dado el contexto constitucional (CP, art. 29) en que se encuentra regulada la nulidad de pleno derecho, ésta se fundamenta en el debido proceso constitucional. Incluso, para la doctrina constitucional esta regla hace parte del debido proceso constitucional<sup>334</sup>. La nulidad se aplica a la violación al debido proceso. Este principio en el contexto de la regla de exclusión sirve de garantía de los derechos fundamentales, porque en la medida en que estos sean restringibles para la obtención de la prueba en los procesos judiciales este principio establece los límites de tales restricciones. Términos que regulan los presupuestos constitucionales para la restricción de los derechos fundamentales sustantivos en la obtención de la prueba. La violación de tales límites conlleva la declaratoria de ilicitud y a su vez tiene como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la prueba.

La CCC (sentencia SU-159/02) dictamina que la regla constitucional de exclusión probatoria «establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso» (véase consideración 4.2.1). Este es el pronunciamiento más claro y profundo hecho por la CCC sobre la interpretación del

---

<sup>334</sup> La sentencia C-142/93 (M.P. Arango Mejía) le concede a la nulidad de pleno derecho del art. 29 de la CP el carácter de principio que hace parte del debido proceso.

inciso final del art. 29 de la Constitución. Con anterioridad los pronunciamientos fueron vagos y de poca trascendencia. Esta figura constitucional procesal ha sido históricamente ineficaz y solo desde esta sentencia ha tenido alguna importancia para la jurisprudencia.

De esta forma, se está ante un mecanismo de protección, no solo de la superioridad de las normas constitucionales, sino también de la supremacía de los derechos de las personas sobre los demás derechos. Puede decirse que la nulidad de pleno derecho constituye un instrumento que crea la CP a fin de reforzar y defender los derechos fundamentales sustantivos de las personas en la actividad relacionada con la obtención de la prueba en todos los ámbitos jurídico-procesales<sup>335</sup>. El principio de la supremacía constitucional de los derechos inalienables de las personas (cfr. art. 5 de la Constitución), como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, el debido proceso, la libertad de expresión, la libertad de cultos, en sí mismos no contienen la exclusión de la prueba violatoria de los derechos fundamentales, sino que sirve de razón, justificación o criterio para el establecimiento de la regla de exclusión que representa una razón definitiva para excluir del acervo probatorio la prueba violatoria de los mismos.

Debe anotarse que en Colombia el fundamento jurídico de la regla de exclusión se encuentra en el mismo texto de la CP (párrafo final del art. 29), el cual prescribe: «es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso». Aspecto que debe resaltarse porque ni siquiera en países como Estados Unidos, donde se aplica desde principios del siglo XX, existe texto constitucional ni en el ámbito federal ni en el estatal que la consagre.

El debido proceso es la garantía constitucional que se constituye en fundamento de la regla de exclusión de la prueba, pues aquel no solo consagra formalidades procesales para la producción de la prueba en el proceso, sino que establece las reglas que deben respetarse al momento de obtener la prueba en los casos en que se interfieren derechos fundamentales como la inviolabilidad de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la autodeterminación informativa, la intimidad, la propia imagen y otros. Respecto al derecho a la prueba, el debido proceso cumple una doble función: pone los condicionamientos para la configuración del derecho a la prueba y al mismo tiempo actúa como límite del mismo

---

<sup>335</sup> La CCC (sentencia C-541/92, M.P. Morón Díaz) se refiere a la nulidad de pleno derecho del art. 29 de la Constitución como un mecanismo de reforzamiento previsto por el constituyente para las libertades individuales.

derecho con la regla de exclusión en los eventos en que se violen los derechos fundamentales en su obtención.

Un sector de la doctrina española fundamenta esta regla en la presunción de inocencia ya que la prueba «para poder fundamentar la convicción del juzgador acerca de la culpabilidad del imputado, tiene que haberse practicado con el pleno respeto de las garantías legales y constitucionales (Vegas Torres, 1993: 76)<sup>336</sup>.

Los tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia, que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad, también constituyen fundamento constitucional de la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación al debido proceso, en especial los que se relacionan con la prohibición de coacciones, torturas o amenazas para obtener la confesión o la declaración testimonial<sup>337</sup>.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de sus múltiples reformas existía un evidente fundamento para establecer la existencia de un ilícito o irregularidad constitucional en la obtención de la prueba en el ámbito extraprocesal ante la evidencia de la violación de los derechos y libertades de las personas; sin embargo, no era claro que esto tuviera como consecuencia procesal la nulidad o la exclusión de la prueba. A esto, tampoco la solución más generalizada era la declaración de la nulidad de la prueba, sino que quedaba a la libre apreciación del juez reconocer la ineficacia de la información que se extraía de la fuente de

---

<sup>336</sup> En este mismo sentido, el salvamento de voto a la sentencia SU-159/02 (CCC) dice: «el derecho a la presunción de inocencia que consagra el mismo art. 29 exige que todo pronunciamiento de condena se sustente en pruebas de cargo de contenido incriminatorio válidamente practicadas. Validez que no se da cuando se obtienen con vulneración de derechos fundamentales».

<sup>337</sup> Al respecto, la SU-159/02 (CCC, cons. 4.2.3.1) se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José donde se establece como parte de las garantías judiciales que «la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza». Del otro, la Convención Interamericana, en su art. 10, dispone: «ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración». Asimismo, contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, la convención en el art. 15 establece: «todo estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de torturas pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración». También la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara la responsabilidad del Estado por violación directa de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana, como la presunción de inocencia o la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura, o la condena de personas con base en pruebas ilícitamente obtenidas.

prueba si de acuerdo con las reglas de la sana crítica se consideraba que perdía su credibilidad o su capacidad demostrativa.

Precisamente, la gran discusión doctrinaria y jurisprudencial en Estados Unidos ha girado en torno al problema del salto de lo sustantivo a lo procesal. Es decir, si la irregularidad afecta derechos sustantivos para algunos sectores de opinión no tiene que afectar la prueba y el proceso, sino que el asunto posee carácter de ilícito civil, penal, administrativo o disciplinario, pero sin consecuencias procesales (Fidalgo Gallardo, 2003: 52-53). En Colombia esta discusión ya se zanjó con la interpretación que hace la CCC (SU-159/02) respecto a la nulidad de pleno derecho de la prueba, del inciso final del art. 29 de la Constitución. Pero aún antes de esta sentencia tradicionalmente se ha aplicado la doctrina de las prohibiciones probatorias, en las cuales se incluyen afectaciones a derechos constitucionales sustantivos que han tenido como consecuencia la prohibición de valoración probatoria, como es el caso del secreto profesional, o la interceptación de la correspondencia privada<sup>338</sup>.

En este punto debe insistirse en que debido proceso en el contexto de la CP no solo significa formalidades propias de los actos procesales sino que también comprende presupuestos constitucionales que deben cumplirse para la restricción de algunos derechos fundamentales sustanciales en la actividad probatoria extraprocesal. Por consiguiente, esta norma constitucional no solo le da fundamento a la exclusión de la prueba en razón del incumplimiento de requisitos formales propios de los actos procesales de proposición y práctica de prueba sino que también apuntala a la regla de exclusión de la prueba que se obtiene con afectación a los derechos sustantivos en el ámbito extraprocesal. Si esta

---

<sup>338</sup> Precisamente Beling, en 1903 (2009: 9, 25, 27), desde el derecho alemán, acuña la expresión «prohibiciones probatorias», con gran influencia en la legislación procesal colombiana que la incluía en el CPC/70 (art. 178). La prohibición de valoración se aplica, por ejemplo, cuando se afectan el secreto de Estado con la prueba documental; o cuando se infrinjan derechos de la esfera de la personalidad tanto sobre el justiciable como del testigo, como en casos de exámenes o intervenciones corporales, o la invasión al domicilio para asegurar sus documentos o cosas; o la violación al secreto profesional, como cuando se interroga a su confesor o su médico.

Todas estas situaciones en la terminología contemporánea significa la violación de derechos fundamentales en la producción de prueba, por afectar derechos sustantivos como el secreto de las comunicaciones, secreto profesional, la inviolabilidad del domicilio etc. Desde luego, el entendimiento de la doctrina constitucional actual no es el mismo de las tradicionales prohibiciones probatorias, ya que en la doctrina actual se extiende a los derechos fundamentales en general y se establecen reglas de exclusión para las pruebas derivadas.

interpretación no fuera viable debía decirse que la regla de exclusión de origen estadounidense no tendría ningún fundamento en nuestro sistema procesal.

En parte la doctrina española considera que la exclusión de la prueba que se obtiene con violación de los derechos fundamentales encuentra fundamento constitucional, aunque la Constitución española no la consagre expresamente en su texto. El argumento central es que esta exclusión está implícita en la posición preferente de los derechos fundamentales y en su condición de inviolables<sup>339</sup>. En contraste, Fidalgo Gallardo (2003: 45) considera esta interpretación «forzada y voluntarista» e *ipso facto* afecta la separación y el equilibrio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

La actual jurisprudencia federal estadounidense asume la *exclusionary rule* como un remedio sin raíz constitucional, que opera únicamente con la finalidad de disuadir la conducta policial. Esta característica restringe aún más su ámbito de influencia, ya que no es aplicable a las conductas de los particulares o de otras autoridades diferentes a las policiales, con algunas excepciones (Fidalgo Gallardo, 2003: 45).

Ahora bien, las funciones que cumple la regla de exclusión probatoria según la CCC (sentencia SU-159/02, cons. 4.2.3.2.1) son:

- a) *función disuasiva* de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) *función protectora* de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) *función garante* del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) *función aseguradora* de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) *función reparadora* de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.

Ciertamente, la función de garantizar la integridad de la administración de justicia significa que es una forma de disuadir a las autoridades que se relacionan con la investigación criminal a que su actuación deba ceñirse a los cánones constitucionales y legales. Constituye una manera de reprobación, especialmente, la conducta policial que en muchos casos actúa de mala fe. Busca proteger la lealtad, la probidad y la buena fe de las autoridades policiales en su actuación.

El fin de reparar el agravio se refiere a la realización de la justicia en el caso concreto; busca enmendar la aflicción que ha sufrido la persona en su derecho fundamental con la ilicitud constitucional en la actividad probatoria; propende por el respeto al Estado de derecho

---

<sup>339</sup> Tribunal Constitucional español, sentencia 114 de 1984, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 4.º.

porque logra imponer el imperio de la ley en los procesos judiciales. Permite que todas las autoridades tengan que acomodarse estrictamente a las reglas del proceso judicial.

Respecto a la función del goce efectivo de los derechos fundamentales, como se analiza antes, una de las bases de la regla de exclusión consiste en servir de mecanismo procesal para hacer efectivo el principio de la supremacía de los derechos de las personas. En este sentido, la regla de exclusión busca que de forma real se respeten los derechos fundamentales de las personas, tanto por parte de las autoridades como de los particulares. Así, se está ante un mecanismo de refuerzo de los derechos fundamentales sustantivos, principalmente.

Debe aceptarse que no se trata de una de esas figuras jurídicas que se trasladan por esnobismo de otros contextos culturales, sino que, por el contrario, se trata de una sentida necesidad de aplicación con el fin de evitar que los procesos judiciales se conviertan en un ámbito de violación de los derechos fundamentales por parte de los agentes policiales y de la investigación penal. La regla de exclusión es producto de una lucha política para el reconocimiento por parte del Estado de la aplicación del debido proceso a todas las personas en la actividad de la justicia. Es decir, constituye un mecanismo que evita la discriminación entre los procesados a quienes se les respetan todos sus derechos frente a otros a quienes se les trata como ciudadanos de segunda clase por darles la calidad de subversivos, terroristas, campesinos, pobres o por habitar en un lugar en el que se asienta un grupo considerado como terrorista.

Dada la amplitud popular que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente puede afirmarse que esta figura constitucional constituye un logro político que alcanzaron los reinsertados de la subversión, los narcotraficantes y los estratos más humildes de la población que ordinariamente son la clientela del sistema penal y quienes sufren las violaciones a sus garantías mínimas sobre todo por la actividad de la fuerza pública y sus facultades para obtener la prueba incriminante.

Fuera de lo anterior, en la doctrina se ha esgrimido a favor de la exclusión probatoria por violación a los derechos fundamentales que el proceso debe concebirse como un instrumento de resolución jurisdiccional de conflictos dentro del respeto al ordenamiento jurídico; razón por la que el actor que infrinja normas y principios debe excluirse del proceso (López Barja de Quiroga, 1989: 83). Así, Devis Echandía (1981: 134,135, 539, 540) considera, con fundamento en los principios del derecho probatorio de buena fe, probidad o lealtad procesal,

que se debe inadmitir la prueba ilícita. De otra parte, según el principio general del derecho *nemo ex delicto conditionem summa meliorem facere potest*, según el cual, los actos ilícitos no pueden aprovechar o beneficiar al autor de los mismos, por ello, resulta ineficaz la prueba producto de un ilícito. Finalmente, el *efecto disuasorio*, que garantiza la eficacia de la norma vulnerada. Con la inadmisión de la prueba ilegal se alcanza el propósito de disuadir a potenciales infractores del orden jurídico. Esta era la posición del juez Holmes del Tribunal Supremo de Estados Unidos, desde 1902 hasta 1932, él consideraba preferible que «algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno» –caso *Olmstead vs. United States*, 1928– (Fernández Entralgo, 1989: 2).

Finalmente, con la regla de exclusión los jueces adquieren un carácter activo en su quehacer; no son simples árbitros solucionadores de conflictos. Si el juez no obra contra la arbitrariedad se convierte en patrocinador de ella. Cuando el Estado, a través de sus jueces, da valor a pruebas obtenidas ilegalmente, se convierte en delincuente y artífice del propio ilegalismo. ¿Con qué conceptos podrá juzgar a los demás, si él patrocina la barbarie, pues de qué otra forma puede llamarse el desconocimiento de los derechos humanos fundamentales<sup>340</sup>?

### ***3.2.3.3 Ámbito de aplicación de la regla de exclusión constitucional.***

¿Se encuentra reservada esta regla de exclusión únicamente para infracciones del ámbito constitucional? ¿La nulidad de pleno derecho de la prueba obedece a los mismos principios y consecuencias de las nulidades procesales? ¿Pleno derecho significa que puede aplicarse sin declaración judicial?

Esta problemática es perentoria y con la respuesta a estas preguntas se determina el ámbito de aplicación de la regla constitucional de exclusión probatoria. Es decir, frente a qué irregularidades en la actividad probatoria se encuentra reservada la nulidad de pleno derecho del inciso final del art. 29 de la Constitución. Para estos efectos, inicialmente se explora la posición que lidera la CCC al respecto y, luego, se expone la propuesta que se defiende en este trabajo.

---

<sup>340</sup> Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales (1992: 446, juez: José F. Reyes).



La postura de la CCC sobre los problemas antes descritos se resume a continuación, en especial desde la sentencia SU-159/02, la que con mayor amplitud desarrolla el tema, aunque también se tienen en cuenta otras providencias sobre el mismo asunto:

1. La regla de exclusión se aplica cuando se incumple con el debido proceso constitucional. De manera que para la CCC es claro que esta regla tiene un ámbito especial de aplicación: frente a las irregularidades probatorias que afectan las garantías constitucionales<sup>341</sup>.

2. Del debido proceso constitucional colombiano se desprenden reglas procedimentales que sirven tanto de requisitos de producción probatoria en el proceso<sup>342</sup>, como de condicionamientos que se dirigen a la interferencia de algunos derechos sustantivos en la obtención de la prueba (CCC, SU-159/02). Esta última sentencia<sup>343</sup>, aborda el problema del «cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de la prueba»:

(...) se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o bien sea cuando han sido desconocidas las formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal.

---

<sup>341</sup> En la CCC también en este sentido, la sentencia C-150/93 (M.P. Morón Díaz), dictamina que la nulidad de origen constitucional de manifiesto se aplica a la violación del principio de contradicción la prueba. Asimismo, la sentencia T-653/96 (M.P. Gaviria Díaz) al referirse a los casos en los que se oculta la prueba durante la investigación previa en el extinto régimen procesal penal de 1991. Asimismo, la sentencia T-008/98 (M.P. Cifuentes Muñoz) en un caso en que incumplen los condicionamientos legales de validez de los denominados testimonios con reserva de identidad que existieron bajo el CPP/1991.

<sup>342</sup> Véase sentencia T-006/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se prescribe que la igualdad sustancial de las partes y el respeto a sus derechos fundamentales obliga al juez a abstenerse a decretar y practicar ciertas pruebas que resulten incompatibles con el ordenamiento constitucional.

<sup>343</sup> Véase CCC (sentencia SU-159/02, cons. 4.2.2). En este mismo apartado la sentencia hace una interesante descripción de la discusión al interior de la Asamblea Nacional Constituyente sobre los antecedentes históricos de esta problemática. Muestra la sentencia que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente era evitar que ciertas pruebas fueran obtenidas con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. Su objetivo fue incluir en la carta política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos. Sin embargo, se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente: «ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la invalidez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: de un lado, la nulidad se genera no sólo cuando hay torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, y del otro, la nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba».

Para esta jurisprudencia (véase consideración 4.2.1) existe un debido proceso formal y otro sustancial:

En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.

3. De esta forma, el debido proceso no se reduce a las formas propias que se relacionan con la producción de la prueba en el proceso, sino también con los condicionamientos necesarios que permiten la restricción a los derechos fundamentales subjetivos de carácter sustantivo como la intimidad, la integridad física, entre otros. Por ejemplo, la SU-159/02 (CCC) aplica esta regla en el caso en el cual se violan los condicionamientos para intervenir en las comunicaciones telefónicas de las personas. La C-587/92 (CCC, M.P. Angarita Barón) se refiere al antecedente en la Asamblea Nacional Constituyente del art. 29 de la Constitución del cual se infiere que carece de valor la prueba obtenida con tortura por violación al debido proceso. Esta posición de la CCC resuelve la clásica disputa consistente en si la violación a los derechos fundamentales sustantivos puede conllevar o no una consecuencia procesal como la nulidad de la prueba. Asume, decididamente, la opción positiva.

Para la sentencia SU-159/02 violar el debido proceso en la obtención de la prueba significa conculcar los derechos fundamentales, tanto del art. 29 de la Constitución, como de los demás derechos fundamentales, lo mismo que la violación de normas del ámbito legal que consagran las formalidades esenciales o requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, en general las reglas o formalidades sustantivas o esenciales que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir la arbitrariedad, o las que aseguran la confiabilidad de la prueba.

4. La regla de exclusión no se aplica cuando se trata de irregularidades menores. En la mencionada sentencia SU-159/02 (cfr. cons. 4.2.2), si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso constitucional la prueba no tiene que excluirse obligatoriamente. Las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales no deben provocar la exclusión de las pruebas.

5. Para la CCC la regla de la nulidad de pleno derecho de la prueba es diferente al régimen de nulidades reguladas en los códigos procesales. Esta regla de carácter constitucional se

reserva específicamente para la prueba; opera a la manera de remedio especial para los eventos en que se violan las formalidades esenciales requeridas para la producción de la prueba<sup>344</sup>. De conformidad con la CCC (sentencia C-372/97, M.P. Arango Mejía) la nulidad de pleno derecho de la prueba de la CP (art. 29) no puede incluirse dentro de las nulidades propias de los códigos procesales ya que estas son taxativas. El carácter de nulidad de pleno derecho significa que es insubsanable e invalorable; razón por la cual, no se puede limitar, desconocer o recortar por disposiciones del rango legal que hagan ilusoria su eficacia (CCC, sentencia C-217/96, M.P. Hernández Galindo).

6. La nulidad constitucional de pleno derecho de la prueba es de carácter procesal; por eso, en todo caso requiere declaración judicial. Dado que la nulidad de pleno derecho se circunscribe únicamente a la prueba entonces el proceso no se anula y es viable emitir sentencia con base en otras pruebas; además, no pueden revivirse procesos ya terminados y que han pasado a eficacia de cosa juzgada (sentencia C-372/97, M.P. Arango Mejía).

Debido a lo cual, la regla de exclusión constitucional no opera directamente sobre actos sustanciales como los trámites de notaría o de las oficinas de registro e instrumentos públicos. De esta forma, por ejemplo, el notario o el registrador no puede aplicarle directamente la nulidad de pleno derecho a una escritura pública, porque ésta tiene presunción de legalidad y se requiere del acuerdo de voluntades entre los contratantes o de una decisión judicial para quitarle sus efectos; esto lo motiva que la actividad de estos funcionarios en el trámite de las escrituras públicas no posea carácter procesal porque no se toman decisiones, y ellos se limitan a realizar un control sobre el acuerdo de voluntades de los contratantes<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> Al respecto, la sentencia C-491/95 (M.P. Barrera Carbonell) se pronuncia a favor de la exequibilidad del art. 140 del Código de Procedimiento Civil cuando consagra un sistema taxativo de nulidades y; al mismo tiempo, reserva la nulidad constitucional de pleno derecho de la prueba para las irregularidades en la obtención de la prueba. El salvamento de voto (magistrado José Gregorio Hernández Galindo) de esta sentencia critica la posición mayoritaria al establecer un sistema taxativo de nulidades cuando debe entenderse que la nulidad constitucional de la prueba opera en forma imperativa por mandato del constituyente; razón por la cual, el art. 140 del Código de Procedimiento Civil no puede entenderse como taxativo con respecto a las causales de nulidad.

<sup>345</sup> Al respecto, CCC, sentencia C-355/97 (M.P. Naranjo Mesa). En este mismo sentido la sentencia C-093/98 (CCC, M.P. Naranjo Mesa) se pronuncia a favor de la constitucionalidad del Decreto 960 de 1970 y el Decreto 2148 de 1983 y aduce que si bien el notario puede negarse a autorizar un instrumento que adolece de nulidad absoluta, empero no es posible que éste declare la nulidad de pleno derecho de la prueba.

La CCC<sup>346</sup>, en última instancia, deja claro que la nulidad de pleno derecho de la Constitución requiere de un pronunciamiento del juez en el sentido de establecer si los supuestos de la misma, violaciones al debido proceso, se presentan en un determinado proceso.

Como se ha visto, en este contexto de la regla constitucional de la exclusión de la prueba, puede hablarse de un debido proceso sustantivo en el sentido de que significa presupuestos constitucionales de validez formal y material de las restricciones que la misma CP autorice de algunos derechos fundamentales sustantivos en el aseguramiento imperativo o coactivo de obtención de la prueba que interese a un proceso.

Debe precisarse que la regla constitucional de exclusión de la prueba también se aplica frente a la conculcación de aquellas garantías constitucionales no fundamentales y otras legales que, por la conexidad, se encuentran en el ámbito normativo de regulación de los derechos fundamentales sustantivos y procesales antes mencionados.

El ámbito de aplicación de la regla constitucional de la nulidad de pleno derecho de la prueba:

1. *La regla constitucional de exclusión se ubica en el plano de los derechos fundamentales.* Y en el ámbito constitucional se encuentra más allá del contexto propio de los códigos procesales legales. Esta regla se activa ante la violación al debido proceso en la obtención de la prueba. Por eso, en este contexto el debido proceso debe entenderse en un sentido sustancial porque la Constitución Política lo pone como límite a la restricción de los derechos fundamentales sustantivos. Este debido proceso tiene unos presupuestos de validez formal y material de los procedimientos y decisiones relacionadas con las restricciones a los derechos fundamentales; los cuales se analizan posteriormente.

2. *El tipo de irregularidades probatorias a las que se le aplica la regla de exclusión constitucional se caracteriza por una secuencia causal de sucesos,* y usualmente se encuentra unida a la aplicación de medidas imperativas o coactivas de aseguramiento de prueba que restringen derechos fundamentales en el ámbito extraprocésal, y las mismas se aplican para

---

<sup>346</sup> Al respecto, entre otras sentencias, la C-217/96 (M.P. Hernández Galindo). Peregrinamente, la misma CCC (sentencia C-449/96, M.P. Naranjo Mesa) considera que la «nulidad constitucional opera siempre de pleno derecho, esto es sin necesidad de declaración judicial, sino por el solo ministerio de la ley». Esta última providencia hay que considerarla como aislada en contraste con las demás de la misma Corte sobre la temática.

efectos de la práctica de la prueba dentro del proceso; como consecuencia de las mismas se obtiene una fuente de prueba y, luego, desprenden otras fuentes o medios de prueba. No obstante, este fenómeno resulta inusual en materia penal cuando se afectan derechos sustantivos fundamentales con actos de investigación. En materia civil esta posibilidad de la secuencia causal de actos también puede ocurrir pero resulta inusual. Por ejemplo, uno de los cónyuges accede al correo electrónico del otro, del mismo, extrae mensajes y fotografías de la infidelidad. Con base en ellas se inicia un proceso por divorcio; se practican pruebas relacionadas con los mensajes electrónicos (por ejemplo, testimonio de personas relacionadas con las actividades sociales en las que se manifiesta la infidelidad), se realizan los actos procesales de los interrogatorios en la práctica probatoria, se ratifican los documentos, se emite sentencia de primera instancia, pero en segunda instancia se reconoce la irregularidad probatoria. Esta irregularidad probatoria guarda relación causal con las demás pruebas y actuaciones procesales, las cuales por efecto reflejo también estarían contaminadas. Hacen parte del mismo árbol envenenado<sup>347</sup>.

3. La particularidad de las infracciones a los derechos fundamentales en producción probatoria es que se trata de irregularidades insubsanables o invaliables. Por eso, la esterilidad de la prueba principal conlleva a que las que se deriven también deben entenderse como ilícitas y excluirse.

4. Desde luego, la regla de exclusión probatoria también se extiende para las violaciones de los derechos fundamentales procesales (CCC, sentencia su-159/02). Pero en los derechos procesales solo excepcionalmente puede ocurrir que una afectación pueda tener efectos reflejos en otras actuaciones; este sería el caso en que se constriña, mediante violencia, a la contraparte a allanarse a la demanda; o también la situación en que el demandado violentado acepte parcialmente los hechos, luego en la audiencia inicial acuerde eximirlos de prueba, y en la sentencia esto sea determinante para fallar en su contra. El incumplimiento de los

---

<sup>347</sup> La CCC en la sentencia T-916/08 trata del caso en que la parte demandante se apodera de los correos electrónicos de su cónyuge y trata de incorporarlos en el proceso judicial en el interrogatorio de parte en un proceso por divorcio con fundamento en la causal de infidelidad. El juez de conocimiento permite la realización de los interrogatorios con base en los correos electrónicos sustraídos; en segunda instancia, se confirma el uso de los mensajes de datos en los interrogatorios e incluso insinúa que los mismos pueden ser incorporados al proceso. En el recurso de amparo contra las decisiones de instancia, la CCC prescribe que tales mensajes electrónicos son prueba ilícita ya que violan el derecho a la intimidad del cónyuge demandado, y por ello, no pueden usarse en los interrogatorios ni tampoco presentarse como prueba en el proceso.

condicionamientos para el acto procesal de contestar la demanda, tiene efecto reflejo en el de la fijación del litigio, en la omisión probatoria y por ende, efecto en la sentencia<sup>348</sup>.

5. Si se parte de la base de que la garantía constitucional de la regla de exclusión protege la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, debe decirse que únicamente frente a éstas opera dicha garantía; por ello, la prueba obtenida con violación de los derechos a la propiedad privada, a la salud pública o al medio ambiente y demás, no excluye por sí solo la prueba. Así, tomarle subrepticamente muestra de ADN al perro del vecino a fin de demostrar que fue el mismo que hizo el daño por el que se instaurará la pretensión indemnizatoria futura, sólo afecta al derecho de propiedad. La alteración material del documento propio o de un tercero, afecta el derecho de propiedad; otra cosa distinta es la ineficacia por falta de fiabilidad probatoria. Adquirir a cambio de droga alucinógena a un tercero el documento que pueda servir de prueba contra la futura contraparte<sup>349</sup>.

6. *Existen regulaciones del ámbito legal que trascienden al ámbito temático de los derechos fundamentales, de tal suerte que la conculcación de aquellas deba entenderse como una violación de estos últimos*<sup>350</sup>. Para estos efectos se parte de diferenciar la validez de las decisiones del juez en los planos constitucional y legal. No todo contenido legal se encuentra en la Constitución, ni todo contenido constitucional tiene necesariamente su correspondencia con los contenidos legales. Dado el carácter de valores o principios que tienen muchos de los

---

<sup>348</sup> Por ejemplo, en materia penal, según la CCC (sentencia T-240/96, M.P. Naranjo Mesa), la carencia de abogado afecta el proceso en su totalidad, porque la negación de defensa técnica para el imputado durante el proceso penal implica que su actuación dentro del mismo se viera mermada, al no poder solicitar y controvertir las pruebas en la forma debida; con lo cual es imposible que el juez de conocimiento pudiera llegar a valorar los elementos de juicio aportados de forma que la verdad procesal surgiera de lo debatido y probado en el juicio, pues ello es imposible si el sindicado no cuenta con la asistencia de un profesional del derecho.

<sup>349</sup> Díaz Cabiale. y Martín Morales. (2001: 22, 23) ponen como ejemplo, en materia penal, la penetración arbitraria del agente policial en el ámbito territorial de una finca, o el evento en el que para efectos de la obtención de un documento incriminante la policía lo paga con hachís.

<sup>350</sup> Díaz Cabiale y Martín Morales (2001: 208-222) sobre esta temática se refieren los criterios de la correspondencia y la intensidad. El de la correspondencia consiste en una mera sospecha, en la que las normas constitucionales son sometidas a un estrés hermenéutico, en el que se sobredimensiona el plano de constitucionalidad y con él el ámbito de la garantía, al punto de llegar a la perversión; este criterio solo es útil en la medida en que se utilice en el sentido más estricto posible, pues hacerlo de manera difusa no serviría de mucho. (Se da una aparente consumación de la lesión de derechos fundamentales).

El criterio de la intensidad constitucional explica los casos en que el paso de legalidad a constitucionalidad es tenue; exige la existencia de un punto crítico, el cual es inherente al criterio de intensidad (consumación real de los derechos fundamentales); este criterio es gradual; por eso, puede hablarse de una línea de suficiencia, que puede estar encima o debajo de ésta; un ejemplo sería la falta de autorización judicial en un registro domiciliario, lo que estaría encima de la línea de suficiencia.

contenidos constitucionales no puede hablarse de correspondencia entre estos contenidos y los del ámbito legal que usualmente se encuentran a la manera de reglas. En muchos eventos es preferible hablar de la aceptabilidad o de la justificación argumentativa de los contenidos legales con respecto a los constitucionales.

Por ejemplo, los requisitos que exige el CGP (art. 113) para el allanamiento a fin de realizar una inspección judicial, examen de peritos o para obtener documentos, son: la debida autorización del juez, proceder cuando el morador no dé el permiso, y efectuarla en horas hábiles. Se trata de condicionamientos con incidencia constitucional ya que afectan el principio de proporcionalidad de la medida.

7. Respecto a los eventos en los cuales en el ámbito intraprocesal también puedan violarse los derechos fundamentales de carácter sustantivo, algunos ejemplos: la afectación del libre desarrollo de la personalidad aduciendo indicios con base en el amañamiento de una persona para efectos de sancionarlo disciplinariamente dentro de una institución.<sup>351</sup> En el caso en el que se admita y se valore prueba relacionada con la «vida sexual disoluta o disipada» o mediante el *modus vivendi* de la víctima de un delito sexual se vulnera su libre desarrollo de la personalidad ante lo desproporcionado por innecesario e inútil para un proceso en el que el objeto de juzgamiento es la libertad sexual de la persona<sup>352</sup>. También el caso de las pruebas «que implican una intromisión irrazonable o desproporcionada en el derecho a la intimidad de la víctima» o en general la averiguación del «comportamiento o experiencia sexual previo de la víctima»<sup>353</sup>.

8. Existen otras regulaciones dadas por los convenios internacionales de colaboración judicial y asistencia entre los estados, entre otras finalidades, la producción de pruebas, cuya conculcación afecta de manera inmediata normas del orden legal o administrativo, pero también al mandato constitucional del debido proceso. Es el caso de los archivos en discos duros de ordenador y dispositivos *USB* obtenidos en el bombardeo, por la fuerza pública

---

<sup>351</sup> Al respecto, la CCC (sentencia T-097/94, M.P. Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico 10-12) considera como violatorio del libre desarrollo de la personalidad, por considerarlo como un trato discriminatorio, establecer responsabilidad disciplinaria por la conducta de prácticas sexuales dentro del Ejército Nacional, con base en el hecho del «amaneramiento» del soldado disciplinado; por tanto, se hace una valoración irracional de la prueba y además se resulta discriminando a la persona por su manera de ser.

<sup>352</sup> Al respecto, véase CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia de Casación Penal del 18 de septiembre de 1997, radicado 10672 (M.P. Páez Velandia).

<sup>353</sup> Véase CCC, sentencia C-453 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Ulloa), cons. 8.

colombiana, al campamento de alias «Raúl Reyes» del grupo guerrillero FARC ubicado en vecino país Ecuador (Tovar Bonilla, 2016: 14-34). Estos documentos informáticos fueron usados con fines penales y también disciplinarios, como en el caso de un senador colombiano que fue investigado por sus conexiones con el grupo ilegal; la CSJ consideró que se trataba de prueba producida con violación, entre otras normatividades, a un convenio internacional de cooperación judicial entre Colombia y Ecuador que prescribe reglas sobre la producción de pruebas en colaboración entre autoridades judiciales y administrativas de ambos Estados; razón por la cual, excluyó las pruebas en cuestión por ilegalidad<sup>354</sup>.

### **3.2.3.4. El juicio de licitud de la prueba.**

#### *3.2.3.4.1. Concepto y alcance*

La licitud de la prueba es el juicio que resulta de evaluar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales del debido proceso en los eventos en que se afectan derechos fundamentales de carácter sustantivo con la obtención de la prueba. El incumplimiento de los presupuestos constitucionales del debido proceso sustancial conlleva a un juicio negativo de ilicitud de la prueba. Se precisa que el concepto de debido proceso del cual se parte en este contexto surge de distinguir entre un debido en sentido formal y en sentido sustantivo o sustancial. Para efectos de estudio, el debido proceso sustantivo se refiere a los condicionamientos de validez de actuaciones procesales probatorias que afecten derechos fundamentales sustantivos; lo cual exige hacer juicios acerca de la proporcionalidad de los

---

<sup>354</sup> La CSJ, Sala de Casación Penal (auto 29877 del 18 de mayo de 2011) trata el caso del senador Borja por su presunta relación con el grupo guerrillero colombiano FARC; imputación que se basaba principalmente en los documentos informáticos obtenidos por el bombardeo al campamento guerrillero de *Raúl Reyes* en Ecuador por la fuerza pública colombiana (operación *génesis*) el 1 de marzo de 2008. En dicho auto, la CSJ (cons. 35) establece: «El principio de legalidad de la prueba es consustancial con las garantías judiciales, entendidas como el conjunto de procedimientos dispuestos por la ley con el propósito de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, en la resolución de los conflictos o controversias puestas a consideración del poder jurisdiccional del Estado».

Esta jurisprudencia ha sido ratificada por la misma CSJ, Sala de Casación Penal (sentencia 45619/2016 del 31 de agosto, M.P. Hernández Barbosa). Lo particular de esta jurisprudencia es que se trata de un caso en el que la prueba inicialmente inculpa proviene de los documentos informáticos declarados como ilegales por el mencionado auto 29877 de la misma CSJ, y las pruebas derivadas consisten en los informes de policía, y otros documentos informáticos incautados al momento de la captura del acusado. La CSJ considera que tales pruebas derivadas también se excluyen, y por constituirse en el fundamento de la condena, emite sentencia absolutoria.

Sobre un estudio del caso «Raúl Reyes» en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, véase Tovar Bonilla (2016: 14-34)



argumentos constitucionales sobre la validez de la prueba. El debido proceso en sentido formal corresponde al concepto tradicional de legalidad (y constitucionalidad) del juez y de las formas procesales.

Para los efectos de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales sustantivos de aseguramiento de las pruebas, el debido proceso constitucional impone al legislador y al juez el cumplimiento de las garantías de legalidad, juez natural, motivación, prueba mínima para intervenir y proporcionalidad. Estos condicionamientos deben garantizar una máxima protección de los derechos fundamentales en la elección y práctica de las medidas mencionadas a fin de buscar una mínima verdad por el bien justicia. Aún más, el incumplimiento de estos condicionamientos del debido proceso en el campo legislativo trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley y, en el ámbito procesal, la nulidad de pleno derecho de la prueba. El debido proceso sustantivo gradúa los juicios sobre la intensidad en la interferencia del Estado o de los particulares en los derechos fundamentales de las personas en interés de asegurar la prueba en el ámbito extraprocesal o su obtención dentro del proceso para efectos de que estas mismas puedan hacer valer sus intereses materiales ante el juez.

A estas conclusiones se llega por interpretación sistemática del art. 29 de la CP. El cual establece las garantías propias de cada proceso, entre ellas, la defensa y la legalidad; consagra el derecho fundamental a la presentación y la contradicción de la prueba; y, por último, condiciona la validez de la prueba al respeto al debido proceso, so pena de nulidad de pleno derecho. El debido proceso en este contexto significa que la prueba debe obtenerse sin afectar derechos, como la vida, ni socavar la prohibición de trato cruel e inhumano y demás derechos sustantivos.

La CCC<sup>355</sup> entiende el debido proceso como un derecho fundamental que comprende un conjunto de garantías que protegen a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, que se originan no solo de las actuaciones procesales, sino también de las decisiones que ellas adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos

---

<sup>355</sup> Al respecto, la sentencia T-140/93 (M.P. Naranjo Mesa) considera: «Con respecto a la causa final del debido proceso, hallamos que no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad».

de las primeras<sup>356</sup>. El debido proceso constituye una institucionalización del principio de legalidad en la medida en que las decisiones jurisdiccionales sobre los derechos e intereses de las personas se encuentran supeditadas a reglas que determinan los órganos y procedimientos que buscan que aquellas correspondan a los postulados constitucionales<sup>357</sup>.

Asimismo, la CCC (sentencia SU-159/02, cons. 4.2.1) establece:

(...) la consagración de un Debido Proceso Constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona, dentro de un Estado Social de Derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida la expresión debido proceso, no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el art. 29 de la Constitución, sino todos los Derechos Constitucionales Fundamentales.

Con acierto, la CCC habla de un «debido proceso sustancial» que protege la efectividad de los derechos de las personas de la arbitrariedad de las autoridades (SU-159/02, cons. 4.2.2). Estrictamente hablando, no puede decirse que el debido proceso comprenda todos los derechos fundamentales, incluso los de carácter sustantivo, sino que el debido proceso actúa a la manera de cláusula abierta (CCC, sentencia T-237/95), cuyo contenido se concreta en cada contexto procesal constitucional o legal específico como se ha visto antes, con el establecimiento de condicionamientos para las decisiones judiciales sobre los derechos y los ritos o formas procesales.

Así, en el esquema constitucional colombiano de 1991, el debido proceso deja de ser simplemente la legalidad del juez y de las formas procesales para comprender también constitucionalidad de los contenidos de las decisiones del juez. Así pues, el debido proceso, desde la doctrina constitucional colombiana, comprende tanto quién, cómo y qué se decide

---

<sup>356</sup> Véanse, al respecto, CCC, las sentencias C-214/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell, cons. VI, tercera); T-416/98 (cons. 12, M.P. Martínez Caballero); C-475/97 (cons. 4, M.P. Cifuentes Muñoz). También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 74 de 1968, en su art. 14, establece: «Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley».

<sup>357</sup> A propósito, la CCC (sentencia C-383/00, M.P. Tafur Galviz, cons. 12) dice: «Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la carta fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional».

en el proceso de creación del derecho como en su aplicación. Si esto no fuera así, no harían parte del debido proceso los trámites de inconstitucionalidad de las normas ni los recursos de amparo contra decisiones judiciales cuando se controlan los contenidos de las leyes en el primer caso o los contenidos de las decisiones en el segundo. En el caso judicial, el debido proceso no solo condiciona la validez de la decisión en cuanto al cumplimiento del rito para el juez en el establecimiento de la verdad jurídica y la fáctica, sino también a la corrección tanto de la interpretación del derecho por parte del juez como de la verificación probatoria.

Ahora bien, con base en tal concepto constitucional del debido proceso, puede decirse que el *juicio de licitud probatoria* resulta de evaluar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales del debido proceso en los eventos en que se afectan derechos fundamentales con la producción de la prueba; en especial, cuando se afectan derechos fundamentales sustantivos en el ámbito extraprocésal. El incumplimiento de los presupuestos constitucionales del debido proceso sustancial conlleva a un juicio negativo de prueba ilícita.

Frente a este concepto es pertinente detenerse en los siguientes aspectos:

1. El juicio de licitud depende del *cumplimiento de los presupuestos constitucionales* para afectar derechos fundamentales en interés del ejercicio del derecho de probar. La ilicitud no está, propiamente hablando, en la afectación en abstracto de los derechos fundamentales, sino en la violación a los presupuestos que se desprenden del debido proceso constitucional y permiten la afectación de aquellos en favor de realizar el valor justicia; esta aserción se desprende del contenido literal del inciso final del art. 29 de la CP, según el cual se aplica la nulidad a «la prueba obtenida con violación al debido proceso». Los derechos fundamentales en este contexto son restringibles si respetan el debido proceso formal o sustancial; así, el debido proceso constitucional sirve de límite a la restringibilidad de los derechos fundamentales con el fin de obtener la prueba<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> En la legislación española (art. 11.1 de la ley orgánica 6 de 1985 del poder judicial) se refiere a que no surtirán efecto las «pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales». Se conciben, en esta disposición normativa, como si los derechos fundamentales no fueran restringibles en interés de la obtención de la prueba; no obstante, la misma Constitución española contempla, en términos similares a la colombiana, algunos derechos fundamentales como restringidos. Pese a estas diferencias entre el texto normativo colombiano y el español mediante una interpretación sistemática se llega a la misma conclusión: los derechos humanos son restringibles en función del interés de hacer justicia con el cumplimiento de unos presupuestos constitucionales, entre ellos el de proporcionalidad.

2. Una de las características del juicio negativo de licitud (ilicitud) probatoria es que la fuente de prueba que se incorpore al proceso a través de un acto de investigación<sup>359</sup> resulte de la lesión de un derecho fundamental; asimismo, normalmente, la ilicitud probatoria tiene lugar en las actividades probatorias extraprocesales tendentes a asegurar u obtener fuentes de prueba, que luego se incorporan al proceso como medios de prueba; no obstante, en casos excepcionales, puede presentarse intraprocesalmente (Díaz Cabiale y Martín Morales, 2001: 22-27). De la obtención de la fuente de prueba como consecuencia de la violación del derecho sustantivo, resulta usual que se obtengan, por efecto reflejo, otras pruebas o actuaciones procesales.

3. Al hecho de calificar una prueba como ilícita no le sigue su ineficacia o exclusión. Para que esto ocurra debe aplicarse la regla del inciso final del art. 29 de la Constitución, según la cual es nula de pleno derecho la prueba que se obtiene con violación al debido proceso. La exigencia de licitud de la prueba configura los contornos del derecho a la prueba mediante los presupuestos del debido proceso constitucional para efectos de interferir en otros derechos fundamentales. La exigencia de licitud tiene como función hacer compatible, mediante los presupuestos mencionados, el interés general en el ejercicio de la actividad probatoria con los demás derechos fundamentales.

4. Prefiere utilizarse el término *ilicitud* para designar el fenómeno de la obtención de la prueba en las condiciones antes anotadas, porque adicionalmente ocurre que en muchos eventos la conducta del funcionario o del particular que obtiene así la prueba puede incurrir en una contravención disciplinaria o en un delito penal, como en el caso de los delitos de violación de habitación ajena (art. 189 y 190 del CPP), violación de lugar de trabajo (art. 191, CPP), violación ilícita de comunicaciones (art. 192, CPP), divulgación y empleo de documentos reservados (art. 194, CPP), acceso abusivo a un sistema informático (art. 195, CPP), violación ilícita de comunicaciones o de correspondencia de carácter oficial (art. 196, CPP).

Los derechos fundamentales sustantivos, cuya conculcación en la obtención de las pruebas pueden llevar a la ilicitud probatoria que se encuentra consagrada en la CP, son los siguientes: la vida (art. 11), la prohibición de la desaparición forzada, de torturas o de trato cruel,

---

<sup>359</sup> Sobre la distinción entre actos de investigación y medios de prueba, véase apartado 1.1.1.

inhumano y degradante (art. 12), la autonomía personal (art. 16), la intimidad personal y familiar (art. 15), la autodeterminación informativa (art. 15), la inviolabilidad de la comunicaciones (art. 15), la libertad personal (art. 28), a no ser molestado en su persona o familia (art. 28), el secreto profesional (art. 74).

Los derechos fundamentales procesales como el no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (art. 33) y el derecho de defensa en el caso especial de la irregular vinculación del demandado en un proceso civil o del sindicado en el proceso penal como sujetos procesales (art. 29). Estos últimos derechos procesales tienen la particularidad de generar efecto reflejo en otras actuaciones probatorias o procesales. La afectación de los demás derechos fundamentales procesales también genera prueba ilícita, pero normalmente no tienen efecto reflejo en otras actuaciones.

5. La aflicción de derechos sustantivos como la autonomía de la persona, la intimidad y el no ser molestado en su persona se presentan también en el campo intraprocesal, sobre todo en materia procesal civil, como cuando se aplican cargas con desfavorecimientos probatorios o sanciones procesales desproporcionadas o la orden de allanamientos, retención de correspondencia o intervenciones corporales; incluso, actuaciones como la práctica y la valoración de prueba pueden vulnerar este derecho a la autonomía de la persona. Esto sucede cuando se discrimina o se averigua sobre la intimidad de las personas desproporcionadamente para efectos del proceso; o en el caso de imposición de fuerza física para someter a una persona a intervenciones corporales sin la conveniente proporcionalidad ante el peligro para la salud. En estos casos se trata de prueba ilícita frente a la cual debe operar la inadmisión o exclusión de la misma y prohibición de su valoración.

Ahora bien, los presupuestos constitucionales de validez formal y material a los que están sometidos el legislador y el juez en la expedición y la aplicación de normas que protejan en la mayor medida posible los derechos fundamentales, para cumplir con el interés de aportar la prueba en la justicia jurisdiccional son, básicamente, el cumplimiento de principios con la finalidad de impedir la arbitrariedad de las autoridades o de otras personas y la confiabilidad de la prueba. Estos presupuestos constitucionales constituyen lo que para efectos de este trabajo se denomina *debido proceso sustancial*, y se estudian a continuación.

#### 3.2.3.4.2. *Los presupuestos del debido proceso que permiten ejercer el derecho a la prueba afectando derechos fundamentales*

En la configuración del derecho fundamental a la prueba el legislador establece distintas medidas que afectan los derechos de otras personas; esta acción positiva del legislador de posibilitar el ejercicio de este derecho debe observar los presupuestos constitucionales<sup>360</sup> que son necesarios para la restricción o afectación negativa a los demás derechos fundamentales<sup>361</sup>. Los siguientes presupuestos se constituyen en el mínimo contenido que debe cumplir tanto el legislador<sup>362</sup>, en la configuración de estas medidas para que sean legítimas, como el juez en la base de la motivación para la aplicación de las mismas:

1. Principio de legalidad. Las distintas medidas que de algún modo restringen los derechos fundamentales en interés de la obtención de la prueba deben obedecer al principio de legalidad, que la doctrina denomina principio de la *nulla coactio sine lege*. En este contexto, legalidad no solo significa que las distintas medidas imperativas o coactivas debe autorizarlas la Constitución, sino que deben regularse mediante Ley estatutaria que cumpla con los condicionamientos de ser previa, escrita y estricta<sup>363</sup>, de suerte que se asegure, de un lado, que sean un producto democrático, y del otro, la primacía, en serio, de los derechos inalienables de la persona (art. 5 de la Constitución) sobre el interés general de hacer justicia. Las reglas del Estado de derecho garantizan los derechos fundamentales y establecen qué se debe o no decidir; se imparten prohibiciones u obligaciones a los poderes del Estado:

(...) prohibición de limitar, suprimir fuera de las formas o casos taxativamente previstos: la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la libertad de opinión, los derechos

---

<sup>360</sup> Presupuestos estos que se han exigido en la restricción de la libertad personal. Al respecto, la CCC, sentencia C-041/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Asimismo, C-179 de 1994. En este mismo sentido, la misma CCC (C-822 de 2005, cons. VIII, 5.1) « El empleo del término ‘afectación’ supone, según su grado, una ‘limitación’ o ‘restricción’ al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (i) debe preverse en una ley (principio de reserva legal) y requiere, además, (ii) de la intervención judicial (principio de reserva judicial), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada ». Véase también Armenta Deu (2003: 171).

<sup>361</sup> En este sentido, para los derechos fundamentales en general, véase Bernal Pulido (2003: 671).

<sup>362</sup> Al respecto, Armenta Deu (2003: 180) explica cómo el Estado español ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aplicar las intervenciones de comunicaciones con insuficiencia en su regulación legal.

<sup>363</sup> Según González-Cuéllar Serrano (1990: 77), «la ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos».

de reunión y de asociación, de culto y de circulación; por otra parte, obligaciones de remover las desigualdades sociales<sup>364</sup>.

Las normas se constituyen en restricciones de los derechos fundamentales solo si son constitucionales<sup>365</sup>. De esta forma, los derechos fundamentales limitan los contenidos que el legislador debe imprimirle a las leyes; ni el consenso ni la mayoría, en el esquema constitucional rígido, pueden soslayar los derechos fundamentales<sup>366</sup>; la misma Constitución establece los casos en los cuales es posible restringir los derechos fundamentales a fin de tutelar otros fines igualmente constitucionales<sup>367</sup>.

El contenido de la ley previa que regule estas medidas debe contar mínimo con el establecimiento de algún criterio de gravedad delictiva para las medidas, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y de la propia medida. Debe contener los elementos indispensables sobre los cuales recae la motivación de la segunda y los aspectos de los elementos mínimos para realizar el juicio de proporcionalidad, las circunstancias de tiempo, lugar y modo de realizar la medida, *verbi gratia*, la exigencia de expertos en salud para las intervenciones corporales, la participación del fiscal para la práctica de medidas más invasivas, la regulación de lo mínimo en cuanto al lugar y el tiempo en que se realiza según la naturaleza de cada medida. Debe prescribir algunas condiciones negativas en cuanto al modo de aplicar la *vis física*, como la prohibición de aplicar sedantes al que se resista, la amenaza de producir dolor, o realizar la medida dispensando trato cruel, o de causar daño más allá de lo necesario para vencer la resistencia de la defensa de las cosas o de las personas.

---

<sup>364</sup> Ferrajoli (2011: 58).

<sup>365</sup> Alexy (1993: 272).

<sup>366</sup> Al respecto, la CCC, sentencia C-098/96 (M.P. Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico III, 4.1) prescribe: la democracia se ocupa ciertamente de promover por la vía del consenso los intereses generales. Pero, al hacerlo, en una sociedad que no es monolítica, debe dejar un adecuado margen al pluralismo (Constitución, art. 1). Entre otras manifestaciones de diversidad, amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo e insuprimibles por la voluntad democrática, la Corte no puede dejar de mencionar la religiosa y la sexual. La opción soberana del individuo en estos dos órdenes no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social.

<sup>367</sup> En la CP, se tiene, por ejemplo, el inciso 3 del art. 15 que consagra el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Sin embargo, éste prevé su restricción mediante orden judicial; igual ocurre con los documentos privados, cuya presentación puede exigirse para efectos judiciales (inciso 4 del art. 15, CP). En el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad se imponen como límite los derechos y el orden jurídico (art. 16, CP); en el caso del derecho a la libertad y a la inviolabilidad del domicilio se establece su restricción en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo que establezca la ley (art. 28 y 32, CP); en lo que respecta a los derechos de reunión y de manifestación pública se consagra como límite lo que establezca la ley (art. 37, CP).

Como corolario de lo anterior, las cargas procesales (de peso o de riesgo probatorio), las presunciones y sus consecuentes desfavorecimientos probatorios; asimismo, los deberes y sus respectivas sanciones: las multas, los arrestos, la ejecución forzada; las medidas imperativas de carácter subrepticio: las interceptaciones telefónicas, los seguimientos policiales; las medidas coactivas: los allanamientos o las ejecuciones forzadas deben cumplir con el principio de legalidad como se ha entendido y con las particularidades para cada una de estas medidas.

2. *Principio de juez natural.* El juez natural en lo que respecta a las medidas que implican restricción de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba, consiste en que sea un órgano independiente de las ramas del poder público político el que se encarga de crear la ley y de ejecutarla; además, debe tratarse de un órgano imparcial respecto a las partes que tienen interés en el resultado de un proceso. Solo un órgano con estas características puede tener, legítimamente, la función de decidir la imposición y el control de tales medidas restrictivas, enjuiciando en cada caso, de un lado, los medios de conocimiento que funden los indicios necesarios para la intervención y, del otro, la proporcionalidad, desde los valores político-constitucionales y legales.

Se trata de que sea un tercero ajeno a los intereses de parte, de las mayorías o del consenso, quien, bajo el imperio del derecho, realice las valoraciones de carácter epistemológico y político constitucional de la manera más racional u objetiva en lo posible para decidir sobre la validez constitucional de la interferencia en las libertades de las personas en la obtención de la prueba.

El fundamento de que sea un juez quien ordene las medidas que implican restricciones a los derechos de las personas en la obtención de la prueba, no solo existe como regla general en el texto mismo de la Constitución, sino también en algunos principios que se encuentran en el denominado *bloque de constitucionalidad*, concretamente en los tratados internacionales de derechos humanos en materia procesal penal.

En los procesos civiles, o de cualquier otra naturaleza, el juez es el funcionario legitimado para establecer indicios, confesión ficta o reconocimiento presunto producto de las cargas procesales; asimismo, para aplicar sanciones o ejecución forzada como consecuencia del incumplimiento de obligaciones procesales o medidas subrepticias o coactivas, si se cumplen los supuestos deberá tomar su determinación con base en condicionamientos



constitucionales. A su vez, el juez está en la obligación de motivar su decisión con base en los medios de conocimiento que tenga a su alcance, lo mismo que en las condiciones de tiempo, lugar, modo y personas que ejecutan las medidas imperativas o coactivas como elementos de proporcionalidad.

3. *Motivación de la medida.* La motivación del juez sobre la decisión de decretar o denegar la imposición de cargas procesales o de imponer sanciones, medidas imperativas o coactivas que afecten los derechos de las personas con el fin de hacer efectiva la obtención de la prueba consiste en la realización de juicios racionales de verdad, fundados en los condicionamientos constitucionales de las mismas, en especial, en los medios de conocimiento disponibles al momento de la diligencia, lo mismo que sobre los requerimientos de proporcionalidad que le impone el derecho.

Se trata de una decisión racional basada en la verdad fáctica, la cual parte de la prueba, y en la interpretación jurídica con base en los valores constitucionales y demás condicionamientos que se desprenden de los derechos fundamentales. Lo característico de la jurisdicción es la sujeción del juez a la legalidad (cfr. art. 230 de CP); la ley aspira a predeterminar las formas y los contenidos de la decisión. La decisión judicial que no tenga carácter cognoscitivo ni se encuentre estrictamente vinculada a la ley es en esencia una actividad política o de gobierno, de carácter discrecional, y se constituye en una verdadera negación de la jurisdicción ya que se trata de un juicio potestativo, autoritario, que se remite a la autoridad antes que a la verdad<sup>368</sup>.

La CCC señala: «(...) una de las dimensiones del debido proceso es la motivación del acto. Todo acto debe ser motivado con expresión de las razones justificadas, como desarrollo del principio de legalidad, para determinar si éste se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma»<sup>369</sup>.

En la jurisdicción, más que en cualquier otro tipo de actividad estatal, la validez de la decisión judicial depende de la «verdad» de la motivación, pues a ella supedita su control mediante los recursos. Además, la motivación se constituye en el aspecto central de la

---

<sup>368</sup> Véase Ferrajoli (2011: 43, 44).

<sup>369</sup> CCC, sentencia T-187/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

publicidad, al tiempo que es el elemento más importante de la legitimidad política de la jurisdicción.

La motivación de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales la constituyen los juicios fácticos y jurídicos. El *juicio fáctico* consiste en una evaluación de los medios de conocimiento disponibles al momento para efectos de establecer si existe la evidencia mínima que señale la responsabilidad de una persona por el hecho criminal (carácter de imputado) y la existencia de evidencia mínima de que con la medida restrictiva puede obtenerse el objeto de conocimiento que interesa al proceso<sup>370</sup>. El *juicio jurídico* es de la proporcionalidad en el caso concreto, si se aplican los criterios que sobre la misma le brinda la ley al juez, y tiene la posibilidad de inaplicar por inconstitucional algunas medidas que la ley prevé; este último juicio incluye un examen del cumplimiento de los requisitos que se relacionan con las personas u órganos que participan en la práctica de las medidas y con los condicionamientos de la aplicación de la *vis física*<sup>371</sup>.

4. *Principio de la prueba mínima para intervenir*. También se denomina de *intervención indiciaria*. Este principio se constituye en la base de carácter fáctico que le otorga validez a las restricciones de las libertades de las personas a fin de que las mismas solo afecten a quien en su domicilio, comunicaciones, cuerpo o psiquis, en sus archivos propios o de otras entidades, posee la evidencia física o la información que interese a un proceso presente o futuro y, además, según el caso en particular, solo afecten al tenedor o residente que es probable responsable por un delito<sup>372</sup>. Este elemento base le imprime a las distintas medidas imperativas de obtención de prueba el carácter exclusivo de aseguramiento de la prueba; por consiguiente, excluye cualquier ánimo preventivo o retributivo que pudiera asignárseles. Es

---

<sup>370</sup> En contraste, llama la atención la posición que asume de la CCC en la sentencia C-1093 de 2003 (fundamento 5.1) cuando considera que la facultad del juez de control de garantías no contiene un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados «tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento». Resulta cuestionable esta posición jurisprudencial, ya que, por el contrario, la ley procesal exige motivos basados en los medios de conocimiento que señalen el carácter de indiciado o imputado o, lo que es lo mismo, la probabilidad de responsabilidad criminal, por ejemplo, véase art. 220, 221, 233, 237, 239, 241, 242 y 247 del CPP de 2004.

<sup>371</sup> Véase Climent Durán (1999: 820 y ss.) diferencia entre el juicio fáctico y el jurídico; el primero se refiere a la evaluación de los indicios probatorios existentes y el segundo, básicamente, al principio de proporcionalidad, aunque se refiere a los registros. Esta terminología también la utiliza la CCC en la sentencia C-673/05 (M.P. Vargas Hernández, cons. 3).

<sup>372</sup> Cfr. art. 220, 221, CPP/2004.

decir, estas medidas no pueden utilizarse de forma exploratoria o indiscriminada sobre la población, ni mucho menos como castigo.

En el acápite anterior se analiza el presupuesto material de la motivación de estas medidas de interferencia de los derechos fundamentales. La exigencia de la prueba mínima para intervenir le proporciona uno de los contenidos importantes a esa motivación. Este elemento base probatorio es apenas una exigencia consecuente con el carácter racional que exige el valor constitucional del conocimiento al que debe tender la jurisdicción en todas sus decisiones; el juez evalúa en el caso concreto los elementos probatorios que tenga, a fin de establecer la probabilidad de responsabilidad criminal, lo mismo que de encontrar la evidencia que se busca.

Se habla de prueba mínima para intervenir en el sentido del requisito mínimo para interferir en las libertades de las personas; desde luego, si existen pruebas directas en el juicio habrá mayor probabilidad de que el juez ordene la medida; un indicio como exigencia mínima implica de hecho que no puede procederse con base en la mera sospecha, en la corazonada, en una intuición revelada por un médium o por prejuicio moral<sup>373</sup> o político hacia el sospechoso, la causa, o por la importancia social, bien para las mayorías o para la víctima del hecho; tampoco puede basarse en una prueba sobre la cual recaiga una prohibición en su valoración. En suma, es una decisión propia del Estado de derecho y no del arbitrio de un funcionario o de un capricho del legislador ordinario o excepcional.

5. *Principio de proporcionalidad.* Desde el punto de vista de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba, con el objeto de satisfacer el interés general de hacer justicia, el principio de proporcionalidad se constituye en presupuesto constitucional del debido proceso sustancial que condiciona la validez material de tales medidas imponiéndoles los siguientes límites básicos: la medida restrictiva debe ser idónea en el sentido de que efectivamente sirva para lograr el fin buscado; debe decirse que no existe

---

<sup>373</sup> CCC, sentencia T-301/04 (M.P. Montealegre Lynett, cons. II, 9.1) se refiere a un caso en el cual la policía prohíbe la circulación o estacionamiento de personas consideradas como homosexuales en un determinado lugar, porque las presume sospechosas de traficar con drogas y, además, se procede a la retención de las mismas a fin de detectar a una persona contaminada con el virus del sida y realizar una base de datos con personas contaminadas con este virus. La Corte considera que en este caso se trata de medidas discriminatorias que afectan el libre desarrollo de la personalidad y desproporcionadas por inútiles, además de infundadas en su motivación porque solo se basan en el parecer del funcionario policial; de otra parte, la policía departamental no se incluye en las entidades que pueden realizar bases de datos sobre personas con sida, las cuales pueden estructurarse con fines estadísticos en el área de la salud y estricta reserva legal.

otra medida menos aflictiva para las libertades; en sentido estricto debe ser proporcional en cuanto a que el fin de la misma justifique la restricción, y según los derechos fundamentales la intensidad de la intervención no puede ser mayor al beneficio que se alcance con ella<sup>374</sup>.

Como lo expresa Prieto Sanchís (1990: 163), el que exista un derecho general de libertad no convierte en legítima cualquier conducta que el sujeto pueda realizar ni deja inermes a los órganos estatales para proteger bienes o valores sociales o ejecutar su política jurídica, pues frente a la conducta desviada de algún miembro de la sociedad los demás tienen mecanismos para acceder al aparato de justicia, el cual contempla diversos mecanismos que permiten resolver el conflicto o sancionar al infractor; las normas que configuran estos mecanismos las ampara la presunción de constitucionalidad, excepto que restrinjan el ejercicio de algún derecho fundamental, evento en el cual el legislador debe cumplir la exigencia de justificar la necesidad, proporcionalidad y adecuación del sacrificio<sup>375</sup>.

### ***3.2.3.5. La nulidad de pleno derecho de la prueba y sus efectos reflejos: consecuencia de la regla constitucional de exclusión.***

En este contexto, se entiende prueba nula como invalidez probatoria (CCC, sentencia SU-159/02, cons. 4.2.1- 4.2.3 y 4.3) y no como una nulidad procesal en el sentido estricto de la palabra. La expresión *nulidad* es propia de las irregularidades procesales distintas a las probatorias e incluso se utiliza en el ámbito extraprocesal para los negocios jurídicos, civiles, comerciales y administrativos. En el campo probatorio, la doctrina y la legislación

---

<sup>374</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, véase la CCC, en las siguientes sentencias: C-822/05, cons. VIII, 3; C-371/00 (M.P. Gaviria Díaz, cons. VII, 35); C-110/00 (M.P. Barrera Carbonell, cons. VI, 2.3); C-093/01 (M.P. Martínez Caballero, cons. VI, 4); C-309/97 (M.P. Martínez Caballero, fundamento jurídico VII, 11); C-741/99 (M.P. Morón Díaz, cons. IV, quinta); T-422/92 (M.P. Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico 25-28); C-530/93 (M.P. Martínez Caballero, fundamento jurídico segunda parte, 5).

En este mismo sentido, González-Cuéllar Serrano (1990: 55 y ss.) dice que este principio trata de un juicio constitucional que hace el juez de la medida restrictiva frente a los valores, principios y derechos constitucionales. Asimismo, afirma que se trata de evaluar, de un lado, que la medida sea realmente idónea, es decir, que sea útil para obtener la evidencia, del otro, que sea necesaria, esto es, que no exista otro tipo de medidas menos lesivas para obtener el mismo objeto y, finalmente, que cumpla con la proporcionalidad en estricto, o sea, que el juez pondere los fines constitucionales de la medida (el bien justicia) respecto a los derechos que se ven vulnerados con la misma (derechos individuales), y los bienes constitucionales comprometidos con el delito.

<sup>375</sup> Según la CCC (sentencia C-110/00, M.P. Barrera Carbonell, cons. VI, 2.2) «Las restricciones, en consecuencia, no buscan impedir el goce de éstos [derechos fundamentales], sino regular y permitir su cabal ejercicio acorde con las necesidades de la convivencia social, y el respeto por los derechos de todas las personas que integran el conglomerado social. De ahí que sólo sean admisibles aquellas restricciones mínimas, necesarias e indispensables, que obedezcan a finalidades constitucionalmente legítimas».

colombianas prefieren los términos ineficacia, rechazo, inadmisión, prohibición y recientemente exclusión. En esta temática de la exclusión probatoria la CCC (sentencia SU 159/02) se diferencia entre la prueba *principal*, que es la inicialmente excluida, y las pruebas *derivadas* que se excluyen por ser su efecto reflejo de aquélla.

La Asamblea Nacional Constituyente (1991, Sección Cuarta) en ponencia del 8 de marzo del delegatario Hernando Londoño Jiménez, se refiere al significado de nulidad de pleno derecho como el rechazo de las pruebas ilícitas, la prohibición de las investigaciones secretas y evitar la convalidación de las pruebas obtenidas inconstitucionalmente. Así, pleno derecho, en este dispositivo constitucional, debe asumirse en el sentido de que es una ineficacia absoluta, insubsanable e inconvaleable y que opera por mandato constitucional sin requerir regulación legal alguna y en cualquier momento del proceso.

La nulidad de pleno de la prueba constituye una garantía de carácter secundario en la medida en que hace realidad la prohibición de afectar los derechos fundamentales sustantivos en la obtención de la prueba. Sin embargo, siempre es necesaria la declaración judicial ya que se trata de una materia jurídica que puede afectar el derecho a la prueba de otros sujetos procesales y corresponde a un asunto jurídico de considerable complejidad constitucional, además, con la posibilidad de interponer recursos. Dado el nivel de complejidad constitucional que tiene esta temática en el ámbito del proceso debe tramitarse con la debida motivación de la decisión y la posibilidad de la impugnación.

Para la CCC (sentencia SU-159/02, cons. 4.2.1), en la justificación del inciso final del art. 29 de la CP está impedir que una prueba lograda gracias a la vulneración de un derecho fundamental se valore en un proceso judicial<sup>376</sup>. Como consecuencia, se sostiene la sanción constitucional que contiene esta disposición, la cual opera de *pleno derecho* y «cobija a cualquier prueba» (sentencia SU-159/02, véase cons. 4.2.2). La CCC (Su-159/02, cons. 4.2.2)

---

<sup>376</sup> Adicionalmente dice la CCC (sentencia SU-159/02, cons. 4.2.1): «es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (la prueba) resultado directo e inmediato (obtenida) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado».

En este mismo sentido se pronuncia la CSJ, Sala de Casación Civil, tutela del 13 de julio de 1995 (radicado 2361, M.P. Jaramillo Schloss) dictamina que una prueba producida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho y, «por tanto, en ella no pueden apoyarse los jueces para sustentar sus decisiones».

En relación con las pruebas declaradas como nulas de pleno derecho dictamina que las mismas no formen parte del acervo probatorio de la decisión del juez y establece como consecuencia que deben excluirse desde el punto de vista material del proceso; vale decir, deben retirarse de la actuación procesal<sup>377</sup>. Lo que no resuelve esta jurisprudencia es cuál será el destino de estas pruebas; por lo que hay que entender que las mismas deber objeto de archivo y custodia por parte del servidor público o la oficina que tenga esa función según organismo judicial de que se trata<sup>378</sup>.

Como aporte importante, la CCC le reconoce a la prueba nula de pleno derecho que pueda tener efectos en las demás pruebas en el proceso; por ello, como se ha mencionado se habla de exclusión de pruebas primarias y las derivadas. En la exclusión de la prueba primaria debe tenerse presente que exista nexo causal con la conculcación del derecho fundamental. Por ello, la CCC establece, en la mencionada sentencia SU-159/02, que ante la presencia de la violación de una garantía fundamental se deriva como consecuencia la declaratoria de la nulidad de pleno de derecho de la prueba. Tal declaratoria es automática y se cumple por imperio de la Constitución, no se supedita al arbitrio del juzgado, no cabe al respecto ninguna excepción, ni puede dejarse su aplicación al principio de proporcionalidad.

El cumplimiento de la consecuencia de la regla jurídica de la exclusión probatoria resulta ineludible, deviene por orden Constitucional; por tal razón, ni siquiera debería servir como *notitia criminis*. La exclusión de la prueba primaria conlleva a que de manera alguna se valore por el juez y, desde luego, de la misma no podría desprenderse indicio alguno (CCC, sentencia T-008/98, M.P. Cifuentes Muñoz). En contraste, la CCC (sentencia SU-159/02) y la CSJ (Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 2001, radicado 13810, M.P. Arboleda Ripoll) le dan el carácter de *notitia criminis* a la prueba que ha sido excluida.

---

<sup>377</sup> Al respecto es bueno tener presente el nuevo CPP/2004, que se pronuncia sobre el tema de lo que materialmente debe ocurrir con la prueba declarada nula de pleno derecho al ordenar: «Toda prueba obtenida con violación a las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal» (art. 23). Según esto, no basta con que la prueba sea simplemente declarada nula o ineficaz sino que adicionalmente debe retirarse de la actuación.

<sup>378</sup> Por regla general la función de custodia de documentos, actuaciones judiciales y del expediente le corresponde al secretario del despacho judicial (véase Consejo Superior de la Judicatura Ac. 108/97). Pero esta función, según las particularidades de cada órgano y lugar en que funcione, la tienen los Centros de Servicios Administrativos (Consejo Superior de la Judicatura, Ac. 528/99).

Ahora bien, la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita implica la invalidez de todos los elementos probatorios producidos de modo lícito, pero que en su momento los descubrieron en razón de los resultados procurados a partir de pruebas ilícitas<sup>379</sup>. Debe anotarse que antes del pronunciamiento de la CCC, mediante la sentencia SU-159/02, dominaba la posición de la CSJ, Sala de Casación Penal, según la cual la exclusión de la prueba solo podía aplicarse a la prueba primaria y no comprendía a las demás pruebas en el proceso<sup>380</sup>. Más recientemente, la jurisprudencia de esta Corte ha variado de criterio y admite los efectos reflejos de la exclusión probatoria en la prueba derivada<sup>381</sup>.

Sostiene esta SU-159/02 que la exclusión de la prueba ilícita conlleva a la nulidad del proceso; no obstante, la sentencia C-591/05 si establece que en los eventos en que la ilicitud de la prueba es en razón a que se obtuvo

«(...) bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo».

Hay que precisar que la CCC, en la SU-159/02, rechaza también la insinuación de que una prueba nula de pleno derecho contamina, *ipso facto*, todo el acervo probatorio. Sostiene esta jurisprudencia que la CP garantiza que solo la prueba obtenida con violación del debido proceso se excluya del acervo probatorio; dispone además (cons. 4.2.1.) que no puede confundirse la doctrina de los *frutos del árbol envenenado*, con la teoría de la *manzana contaminada en el cesto de frutas*. La primera, exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda, llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas e independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales.

---

<sup>379</sup> Picó i Junoy (1996: 335)

<sup>380</sup> Por ejemplo, las sentencias de la CSJ (Sala de Casación Penal) niega los efectos reflejos a la exclusión probatoria: del 28 de febrero de 1996 (radicado 9174, M.P. Pinilla Pinilla); la del 20 de abril de 1999, radicado 14143, M.P. Galvez Argote; y la del 23 de julio de 2001, radicado 13810, M.P. Arboleda Ripoll.

<sup>381</sup> Sobre la exclusión de las pruebas derivadas de las declaradas como excluidas, véase la CSJ, Sala de Casación Penal (sentencia 45619/2016 del 31 de agosto, M.P. Hernández Barbosa).

Esta misma jurisprudencia (véase consideración 4.3.2.3) señala unos criterios para establecer cuáles son las pruebas derivadas de la prueba primaria declarada nula de pleno derecho:

criterios formales —si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano—, criterios de gradualidad —si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto—, criterios de conducta —si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente— o criterios materiales —si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa—. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita.

En la jurisprudencia española se habla de la doctrina de la *conexión de antijuridicidad* para regular los efectos reflejos de la prueba excluida (*nulidad en cadena*), que tiene algunas similitudes con la concepción expuesta para el caso colombiano. Al efecto, explica la procesalista española Casanova Martí (2014: 324):

No obstante, para que exista dicha “nulidad en cadena” ha de haber una conexión entre la lícita y la ilícitamente obtenida, es decir, un nexo causal que establezca su conexión, ya que de lo contrario, si se pueden considerar independientes la lícitamente lograda podrá ser valorada. Es por esta razón que debe delimitarse la exacta extensión de la nulidad de valoración. Por ello, la jurisprudencia del TC matizó la aplicación del art. 11.1 LOPJ en la STC 81/1998, de 2 de abril<sup>382</sup>, desarrollando la famosa doctrina de la conexión de antijuridicidad. Concretamente, ésta consiste en “el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida de la prueba derivada en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado”.

Por su lado, la procesalista española Planchadell Gargallo (2014: 124-125) sobre la temática de la *conexión de antijuridicidad*, como excepción formulada por la Tribunal Constitucional español (STC 81/1998 –pleno– del 2 de abril) críticamente menciona que «(...) ha llevado en la práctica a la *quasi* desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro proceso penal»<sup>382</sup>. Precisa esta autora, que esta excepción a la prueba refleja se constituye en una exigencia adicional al condicionamiento del nexo causal. Por consiguiente, bajo esta doctrina de la *conexión de antijuridicidad* la prueba refleja solo se prohíbe si existe nexo causal y se cumple la exigencia de que se trate de una prueba jurídicamente independiente del acto probatorio inicialmente ilícito.

---

<sup>382</sup> Explica Planchadell Gargallo (2014: 125) en su estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la prueba prohibida constata que luego de la aparición de la excepción de la *conexión de antijuridicidad* (STC 81/1998) en muy pocas ocasiones se ha reconocido la eficacia refleja y otorgado el amparo del derecho a la presunción de inocencia, por ejemplo, las SSTC 50/2000, de 28 de febrero y 299/2000, de 11 de diciembre; mientras que en todos los demás casos estudiados se ha desestimado el amparo constitucional por no cumplirse el condicionamiento de la *conexión de antijuridicidad*.



Estas reflexiones de la doctrina española son aplicables al caso colombiano ya que la CCC (sentencia SU 159/2002, cons. 4.3.2.3), con base en lo antes mencionado, prescribe que no son pruebas derivadas: «las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado (...)». Como puede verse, de la interpretación de la CCC del párrafo final del art. 29 de la CP se infiere que la prueba ilícita se excluye tanto la inmediatamente afectada como la que se le derive; pero la exclusión de la prueba derivada no es solo por el nexo causal de hecho, sino que se condiciona con diversos criterios de carácter jurídico y subjetivo-valorativos.

Pone de presente Planchadell Gargallo (2014: 191), en el caso español, que pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial y al mandato de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina constitucional en sus inicios sobre el tema de la prueba ilícita (en especial, la STC 114/1984, de 29 de noviembre y la STC 85/1994, de 14 de marzo)<sup>383</sup> es claro que la prueba que en su producción afecta derechos fundamentales debe ser prohibida, «en la práctica se ha ido confeccionando un cuerpo jurisprudencial que pone de manifiesto que en este caso la excepción, en cualquiera de sus modalidades, es hoy la regla general».

En el caso colombiano se observa que la introducción de la exclusión de la prueba ilícita nació cercenada en alguna medida por la dificultad de interpretación del estudiado párrafo final del art. 29 de la CP, pero también porque la doctrina constitucional que ha hecho la interpretación del mismo le impuso similares excepciones a las españolas y a las de la jurisprudencia de la Corte suprema estadounidense<sup>384</sup>. Se observa asimismo, que el CGP prescribe que «las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho» (arts. 14 y 164) y «el juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas

---

<sup>383</sup> Gómez Colomer (2014: 12-13 menciona que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la prueba prohibida se divide en dos grupos, en el primero se encuentran las sentencias STC 114/1984, de 29 de noviembre y la STC 85/1994, de 14 de marzo) en las que se prohíbe la valoración de las pruebas que se producen con violación a los derechos fundamentales, incluyendo las que son consecuencia de una infracción indirecta de los mismos (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En el segundo, que es más amplio y preocupante consiste en la doctrina según la cual no siempre que se obtiene una prueba con violación a un derecho fundamental se prohíbe su valoración; tanto es así, que los tribunales en la práctica permiten el resultado contrario, es decir, valorando la prueba derivada que viola los derechos fundamentales «quebrando el nexo causal existente entre ellas» mediante «(...) la teoría de la prueba jurídicamente independiente, el descubrimiento inevitable, el hallazgo casual, la confesión del imputado, la peligrosa excepción de la buen fe, pero principalmente a través de la conexión de antijuridicidad».

<sup>384</sup> Véase, Gómez Colomer (2008: 23 y ss.) sobre el estudio comparado en el que se muestra la influencia del sistema angloamericano en el derecho español y otros países europeos sobre la prueba prohibida y las excepciones a su eficacia refleja.

ilícitas (...)» (art. 168); y no regula excepción alguna, ni ordena alguna modulación. Incluso el Código de Procedimiento Admirativo y del Contencioso administrativo (art. 214) establece expresamente:

Exclusión de la prueba por la violación al debido proceso. Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas.

No obstante, es también claro que la doctrina constitucional colombiana (sentencia SU-159/02) establece las subreglas sobre la exclusión probatoria de la prueba principal y la derivada para todo tipo de procedimiento (penal, civil, laboral etc.). Con respecto a la prueba derivada prescribe, con base en la metáfora de los «frutos del árbol envenenado», que no todos los frutos se afectan también. Por ello, prescribe que en los siguientes casos la prueba derivada no se excluye: las pruebas independientes, la prueba derivada con vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y la admisión de los hechos.

Teseo (mitología Griega)

«Atenas pagaba a Creta un tributo de siete hombres y siete mujeres jóvenes para aquel monstruo mitad hombre y mitad toro los devorara. Teseo se ofreció voluntario; al llegar a Creta, Ariadna, hija del rey Mimos, se enamoró de él, y le dio un ovillo de hilo para que al adentrarse en el laberinto pudiera marcar el camino de seguía»<sup>385</sup>.

## Capítulo 4

### La valoración racional de la prueba

#### 4.1. La apreciación probatoria

##### 4.1.1. Caracterización de la racionalidad de la apreciación probatoria

Uno de los principios fundamentales de toda la actividad jurisdiccional del Estado de Derecho lo constituye la racionalidad de las decisiones; es un fenómeno estructural que expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos; es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano. Por ello, se erige como un elemento básico de la jurisdicción sin el cual se desnaturaliza el acto jurisdiccional y aparece la denominada vía de hecho o el acto arbitrario<sup>386</sup>. En materia de la valoración probatoria la racionalidad supone necesariamente la adopción de criterios, que en alguna medida sean objetivos, responsables y serios<sup>387</sup>. La racionalidad, metafóricamente, se constituye en el *hilo de Ariadna* que permite al juez extraer del laberinto del acervo probatorio el conocimiento necesario para decidir sobre los hechos; y como ocurre con los laberintos, cada medio de prueba implica decisiones sobre las inferencias que lo llevan por el camino erróneo o el verdadero.

Antes se ha resaltado en este estudio que la ccc (T-555/99), en el ejercicio del derecho a la prueba, no solo exige del juez que la prueba admitida sea efectivamente practicada y evaluada, sino que también tenga incidencia proporcional a su importancia dentro del

---

<sup>385</sup> Dell, Cristopher (s.f.: 294).

<sup>386</sup> CCC, sentencias, C-543/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-530/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-336/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-442/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

<sup>387</sup> La CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 1, M.P. Salazar Ramírez) considera que «aunque el proceso judicial tiene innegables implicaciones sociales, políticas, económicas, etc., su función intrínseca es la materialización del derecho en la sentencia a través del establecimiento de la verdad de los hechos en que se basa el litigio, mas no la mera legitimación de la decisión mediante el cumplimiento de los ritos (art. 228 C.P.; 4º C.P.C.; 11 C.G.P)».

conjunto probatorio en la decisión judicial. También se destaca la ccc (T-442/94) el desiderátum según el cual al juez le está prohibido la «negación o la valoración arbitraria, irracional de la prueba (...) o no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente».

Así, las partes no solo tienen el derecho subjetivo a que el juez valore la prueba, sino que también lo haga en forma racional; vale decir, que las inferencias que realice con base en las pruebas sean posibles desde un punto de vista epistemológico. Del mismo modo, la conexión entre la prueba y la decisión debe estar suficientemente justificada (véase apartado 1.2.8); lo cual envuelve, como se ve luego, cumplir con la exigencia de la sana crítica (CGP, art.176). De esta manera, el derecho a la prueba, implica la posibilidad de las partes de requerirle al juez un determinado contenido en la valoración. Al fin y al cabo, si la parte en su pretensión o en su defensa le exige al juez el reconocimiento de un derecho o de algún interés material en concreto, igualmente le exige que le reconozca un determinado contenido del conocimiento sobre los hechos que le sea favorable para acceder a aquél; las partes buscan que el juez declare como verdad en el proceso los presupuestos fácticos del interés material perseguido con el proceso.

La racionalidad de la actividad jurisdiccional encuentra fundamento en el mandato constitucional del «imperio de la ley»<sup>388</sup> (CP, art. 230) que, en el ámbito de la adjudicación del derecho, da sentido a la independencia de la función jurisdiccional frente a los demás órganos de poder del Estado y de las manifestaciones sociales de poder (CP, art. 228). Ya se ha visto (apartado 2) que una de las características esenciales de la jurisdicción es la corrección y constatación de sus decisiones. Ahora bien, dado que la prueba judicial es condición para la determinación de los hechos presupuestos del derecho sustancial en disputa, es obvio que la errónea interpretación y valoración de la prueba afecta, de contera, la adecuación normativa de los hechos; y por esta vía, infringe también la función jurisdiccional misma<sup>389</sup>. En términos de Taruffo (2009: 57):

---

<sup>388</sup> La CCC (sentencia C-486/93, apartado 10; reiterada en la sentencia C-284/15, apartado 5.2.6) sobre el concepto de *Ley* que trata el art. 230 de la CP ha establecido que «(...) necesariamente designa el de “ordenamiento jurídico”; en el mismo sentido en que se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico” (art. 16)».

<sup>389</sup> En términos de Taruffo (2002: 54): «(...) independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta *nunca* es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los

(...) se da una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto sólo si:

1. la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada
2. se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso.

(...) esto significa que la decisión judicial es justa desde el punto de vista de la aplicación de las normas sustanciales sólo si es verdadero el enunciado referido a un hecho que constituye la condición de aplicación de la norma.

En este trabajo (en la *introducción* y en los apartados 1.2.1 y 1.3.3.9) se menciona que se parte de un concepto racionalista de la prueba; desde el cual, la apreciación probatoria se caracteriza por los siguientes contenidos que se desprenden de los valores constitucionales antes estudiados (apartado 1.2.).

#### **4.1.1.1. Contenidos que condicionan la apreciación probatoria:**

*Primero.* «Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico, es necesaria prueba del mismo, sea éste observacional, deductivo o inductivo» (Gascón Abellán, 1999: 115). Esta regla epistemológica coincide *grosso modo* con el principio de la necesidad de la prueba (véase apartado 1.2.5.), el cual a su vez, para Ferrajoli (1995: 150) se constituye en una de las garantías que aseguran verificación y la refutación de las proposiciones judiciales. En palabras de Abel Lluch (2014: 22) la prueba «se orienta a la verdad/falsedad de los enunciados de los hechos»; es una herramienta del conocimiento que le sirve al juez para tener por verdaderos determinados hechos y obtener sentencias basadas en la legalidad y en la veracidad de los hechos.

Las pruebas son las premisas de las decisiones sobre los hechos; pero estas premisas, como se estudia luego, no son seguras, por consiguiente, las conclusiones tampoco lo serán. De esta manera, asistimos a la naturaleza falible de los resultados probatorios. En otras palabras, en la prueba de los hechos hay que hablar en términos de probabilidad del conocimiento judicial. Por esta razón, los contenidos que se enuncian aquí se dirigen a disminuir tal falibilidad.

*Segundo.* El uso del lenguaje natural en la definición legislativa de los hechos que son presupuesto del derecho aplicable al caso. Ya se explicó (apartado 1.2.7.) que el lenguaje debe tener suficiente apertura frente a la vida de las personas a fin de facilitar el acceso a la justicia para realizar la actividad probatoria sobre los mismos. A pesar de esto, debe tenerse

---

hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa».

presente que en los casos en que el legislador deba usar un lenguaje de carácter valorativo o con un importante grado de indefinición puede compensar la dificultad para establecer los hechos con cargas procesales de peso o distribución del riesgo probatorio, o con presunciones (en sentido estricto). Pero también el legislador debe considerar que en los ámbitos jurídicos en los cuales opera el principio de la *legalidad en estricto* (como en el derecho punitivo), deben preferirse en la definición legal, como lo menciona Ferrajoli (1999: 82) «(...) enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (...) mediante la contrastación empírica (directa o indirecta)».

Sin duda, la *fijación del litigio* se constituye en un mecanismo importante que, por interpretación sistemática, debería ser usado por los jueces a fin de esclarecer los términos que se empleen en las aserciones que hagan las partes sobre los hechos, a fin de que las mismas logren, en lo posible, un lenguaje que sea contrastable, y por lo tanto, que contenga elementos que puedan ser objeto de prueba en el proceso. También el juez, con sus poderes *ex officio* puede buscar que las afirmaciones de los testigos o de los documentos se concreten adecuadamente durante los interrogatorios a las partes o terceros, para superar, en lo posible, aserciones valorativas, indefinidas, o los errores en la interpretación textual.

*Tercero.* Un aspecto que ayuda a reducir la falibilidad probatoria es el desiderátum de la completitud. Antes se estudia que no existen pruebas suficientes, más bien toda prueba relevante es necesaria (Gascón Abellán, 1999: 115, 183 y 184). Se trata de una regla de libertad de prueba que admite como excepción la afectación de los derechos fundamentales en la producción de la prueba. Al respecto, Ferrajoli considera (1995: 135): «Ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza impugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. No existen, en rigor, pruebas suficientes».

*Cuarto.* La intermediación, el contradictorio y los poderes *ex-officio* del juez. Un proceso judicial estructurado de manera *cuasiholística* en el que los actos procesales y probatorios se dirijan a que el juez que valore la prueba experimente adecuadamente la admisión y la práctica probatoria. Esto implica, que en lo posible no se rompa con la continuidad del juez de la práctica y el de la valoración probatoria. Pero al mismo tiempo, con la actividad principal de las partes y actuación supletoria o aclaratoria por parte del juez en la iniciativa probatoria, y en los interrogatorios a las partes o los testigos. La idea es que el juez adquiera elementos adecuados para interpretar los contenidos de los testimonios, los documentos o de

las pericias, como también consiga razones para aceptar o rechazar la fiabilidad de las pruebas. El legislador debe buscar que la valoración probatoria no sea un acto desvinculado de la práctica probatoria y de la motivación judicial a fin de evitar que la decisión judicial se constituya en un mero acto intuicionista. Ya se ha visto que el CGP en este aspecto no protege suficientemente la inmediación probatoria (apartado 1.2.4.).

Se puede notar que la inmediación juega su papel de garantía probatoria en el sistema de prueba libre, pero cuando se trata de prueba tasada no tiene sentido alguno<sup>390</sup>. Empero, cuando se trata de cargas procesales que inciden en el peso y en la distribución de la prueba, la inmediación se torna indispensable ya que la evaluación de la conducta de las partes en la actuación procesal puede perder su eficacia con la solución de la continuidad física del juez. La debilidad institucional del juez en Colombia podría facilitarle a las partes con mayor poder político o económico para presionar la variación del juez con múltiples razones legislativas o administrativas (por ejemplo, por jueces de descongestión) y así tener la posibilidad de evadir algunas consecuencias relacionadas con esas cargas procesales.

#### ***4.1.1.2. Contenidos de la valoración probatoria.***

*Quinto.* Como consecuencia de la anterior regla, «se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de la libre valoración interpretado como un principio metodológico [negativo] que permite al juzgador no dar por probados [enunciados sobre] hechos que se estimen insuficientemente probados»<sup>391</sup>. Éste principio metodológico negativo, no dice nada de cómo valorar, ni de cómo determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis.

Con el objeto de racionalizar la valoración de la prueba se proponen esquemas en los que referentes al grado de confirmación de una hipótesis fáctica. Así, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles. De esta forma, en la valoración de la prueba el juzgador tiene que someter la hipótesis fáctica a sucesivas confirmaciones y refutaciones, para lo cual se establecen tres requisitos (Gascón Abellán, 1999: 115, 157 y ss.): la confirmación, la no refutación, y la hipótesis de mayor probabilidad.

*Sexto.* A fin de dar por probada una de las hipótesis fácticas del proceso es necesario que la misma se encuentre suficientemente confirmada por la prueba, que no esté refutada y que

---

<sup>390</sup> Al respecto, Contreras Rojas, 2015: 80.

<sup>391</sup> Gascón Abellán (1999: 115).

sea la más probable de cara a las demás. La confirmación de la hipótesis está referida a la calidad de las inferencias que la apoyan, el número de pasos inferenciales y la cantidad y calidad de las confirmaciones. La no refutación es *la prueba de fuego* de la hipótesis a fin de decidir sobre su aceptabilidad. En cuanto a la probabilidad de una de las hipótesis juega un papel importante la coherencia de la misma con respecto a todos los datos probatorios del proceso.

#### **4.1.1.3. Contenidos de la motivación y el control de la decisión judicial.**

*Séptimo.* Se requiere la motivación como justificación racional, la misma consiste en la exposición de las razones por cuales que se decide sobre la fiabilidad de las pruebas.

*Octavo.* Se posibilita el control de la decisión, el cual puede realizarse al interior del proceso mediante la impugnación de la resolución judicial; y extraprocesalmente, por el control de la sociedad del ejercicio del poder jurisdiccional. Responde a una concepción democrática del poder público, porque el ejercicio de la función jurisdiccional no es absoluto, sino que se encuentra limitado y controlado por la sociedad (Abel Lluch, 2014: 22-23).

En palabras de Gascón Abellán (1999: 115) «Si a la vista de nuevos datos pudiera revisarse la declarada verdad o falsedad de una hipótesis debe hacerse». En este caso se alude la posibilidad de la revisión de las sentencias judiciales que constituyen cosa juzgada en los eventos en que nuestra legislación lo permite como las situaciones de prueba nueva, o cuando se trata de prueba falsa, entre otros.

En contraste con todo lo anterior, la concepción irracional de la prueba se caracteriza por lo siguiente: 1) ésta se concibe como un elemento retórico, o herramienta de la persuasión; solo persigue convencer al juez de una solución favorable, independiente de la verdad de los hechos; 2) la decisión es fruto de la intuición subjetiva del juez; esto es, ajena a cualquier cadena lógica de inferencias; 3) la verdad se concibe como mera coherencia narrativa; y se considera irrelevante la verdad del enunciado de hecho; 4) se concibe la motivación como discurso retórico, o como justificación ficticia; razón por la cual se soslaya la justificación racional de los hechos a partir de la prueba, y se privilegia la justificación de lo jurídico; 5) no existe posibilidad de control de la decisión porque se desconocen las razones en que se funda; 6) se prescinde del control exterior sobre la decisión judicial (Abel Lluch, 2014: 23).



#### **4.1.2. Aspectos estructurales de la apreciación probatoria**

Ahora bien, el derecho a la prueba, en la fase de la valoración a la prueba, significa el derecho de las partes a que las afirmaciones que hayan realizado sobre los presupuestos fácticos del derecho en litigio, se declaren, con base en la prueba en el proceso, a partir de una operación intelectual crítica, como verdaderas, falsas, o en duda y se den a conocer mediante providencia debidamente motivada. De este concepto, en teoría, emergen tres aspectos de la decisión judicial a partir de la prueba que propone Abel Lluch (2014: 51): «la interpretación (de los resultados probatorios), la valoración (de los medios de prueba) y la motivación (del juicio de hecho)». La apreciación probatoria comprende la interpretación del resultado probatorio y la asignación del valor probatorio a los medios de prueba.

Explica Abel Lluch (2014: 52-53) que la diferencia entre interpretación y valoración probatoria la formuló por primera vez por Calamandrei; distinción que se refiere a dos tipos de cuestionamientos sobre el juicio de un medio de prueba: de un lado, lo que expresa la prueba, o si lo expresado coincide con la realidad. La duda sobre sus expresiones es un asunto de «interpretación de sus palabras y su significado. El cuestionamiento por su correspondencia con la realidad de los hechos se refiere a la credibilidad de su declaración (valoración)». La interpretación de la prueba es el acto inicial de la valoración, y consiste en la depuración y selección del «material relevante para fundar la decisión, del que va a ser secundario, y apartando mentalmente el material probatorio irrelevante por no ajustarse a la controversia fáctica».

#### **4.2. La interpretación de la prueba.**

Esta fase es sucesiva y progresiva, porque el juez realiza la actividad de interpretación según el momento de la formación de la prueba; por ejemplo, en la demanda o en su contestación el juez tiene la posibilidad de interpretar los documentos o las pruebas extraprocesales que se les adjuntan; y en la práctica probatoria, durante los interrogatorios de partes, testigos o peritos. Es progresiva en el sentido de que el juez a medida que pasan las fases de la actuación puede hacer y rehacer sus impresiones iniciales sobre la información relevante (Abel Lluch, 2014: 53).

La exigencia básica en la depuración y selección del material relevante para fundar la decisión consiste en que ésta debe guardar correspondencia con las pruebas, hechos o datos

existentes en el acervo probatorio. Recae básicamente sobre el contenido literal o textual de la prueba. En esta oportunidad se examinarán dos tipos de aspectos de la interpretación probatoria: De una parte, la exigencia general de correspondencia entre las pruebas base de la decisión y el acervo probatorio; de la otra, el caso especial de algunos medios de prueba.

#### **4.2.1. Correspondencia de la prueba base de la decisión con el acervo probatorio**

Esta correspondencia exige que la decisión sobre los hechos, de un lado, se base en el acervo probatorio, y del otro, que sea omnicompreensivo del mismo. Se trata de un control objetivo, de carácter binario de existencia de los datos probatorios; o como se menciona antes (apartado 1.3.3.9.) del «contenido literal o textual de la prueba». Ciertamente, a veces los jueces pueden errar en la interpretación del acervo probatorio por suposición o por omisión, o por tergiversación del mismo. Puede verse que se trata de problemas relacionados con la existencia de la prueba o de los hechos, pues el juez en la sentencia puede erróneamente suponer o simplemente omitir, o también tergiversar su contenido. En estos eventos el juez rompe con la coherencia que debe existir entre lo que textualmente existe en el acervo probatorio y los datos de prueba sobre los que se basa la decisión.

Como se explica antes (apartado 1.3.3.9), en la apreciación probatoria el juzgador puede incurrir en los denominados falsos juicios de existencia y de identidad<sup>392</sup>. Los juicios de existencia se refieren a la suposición o a la pretermisión (omisión) de apreciación probatoria. La suposición, como se menciona anteriormente es una infracción al principio de la necesidad de la prueba, ya que se está decidiendo sobre los hechos sin base en el acervo probatorio; y la pretermisión se erige en una transgresión al principio de la unidad de la prueba, conforme al cual, entre otras exigencias, en la apreciación de la prueba el juez debe valorar el conjunto, sin omitir el análisis de ninguna prueba. El falso juicio de identidad se refiere a que en el análisis probatorio se debe respetar la integridad del contenido probatorio, sin que se pueda tergiversar o cambiar total o parcialmente el contenido expreso del mismo. El falso juicio de identidad es solo una modalidad de error de existencia; y en todo caso se trata de un problema

---

<sup>392</sup> También se ha hecho mención del falso juicio de raciocinio o al control de la inferencia probatoria a partir de las máximas de experiencia. Pero este tipo de error no es de interpretación sino que es propiamente de valoración de la prueba, ya que define su fiabilidad (véase apartado 2.3.1.).

de forma del razonamiento judicial en cuanto el analista solo debe examinar la correspondencia o congruencia textual entre la decisión y los datos en los que se basa.

Ciertamente, suposición, preterición o identidad son conceptos binarios en cuanto resultan útiles para constatar la coherencia o no coherencia del contenido textual de la expresión de la prueba con la descripción que haga el juez de la misma. Por ejemplo, si un medio de prueba dice  $x$  pero el juez expresa que  $\neg x$ , o que  $y$ , la está tergiversando (falso juicio de identidad). Si el juez analiza a partir del acervo probatorio que  $x$  pero en el mismo se deduce  $\neg x$  está suponiendo o inventando un contenido; o si en el acervo probatorio existe el hecho o la prueba  $x$  pero en los hechos o pruebas que valora no aparece  $x$  está pretermitiendo u omitiendo hechos o pruebas.

Precisamente la posición predominante en la CSJ (Sala de Casación Civil), como se ve antes (apartado 2.3.1.), ha sido limitarse a realizar un control de la apreciación probatoria solo sobre aspectos de interpretación del contenido textual o literal de la prueba; y, en realidad, la tendencia es a no controlar la valoración en estricto (la fiabilidad probatoria). Dice tal Corte (Sala de Casación Civil, sentencia SC8716 del 20 de junio de 2017, M.P. Quiroz Monsalvo, cons. 2.):

La conculcación del ordenamiento sustancial por vía indirecta por (...) error de hecho en la valoración probatoria, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate (...).

Pero como se estudia luego, existen dos ámbitos en los cuales la jurisprudencia de esa Corte en Casación Civil ha realizado con alguna importancia el control de las decisiones a partir de las generalizaciones humanas: la prueba indiciaria y en la prueba pericial; control judicial éste que es el propio de la valoración probatoria. Antes de abordar esta temática se estudia a continuación la fase de interpretación de algunos medios de prueba en particular.

#### **4.2.2. La interpretación de algunos medios de prueba**

En general para todos los medios de prueba el juez, en esta fase de la interpretación debe depurar la prueba que finalmente le sirva de base para la decisión final. En efecto, debe examinar los siguientes aspectos: la pertinencia, la relevancia, y la cadena de custodia. En lo relacionado con la *relevancia* debe tenerse presente lo mencionado en este estudio (apartado 1.3.3.7) que se trata de un asunto de utilidad probatoria que habitualmente se aprecia mejor en la sentencia. La relevancia se reconduce en términos del CGP a la denominada prueba

superflua; lo cual equivale a decir, el conocimiento intrascendente o personas inidóneas para la función probatoria<sup>393</sup>. Si el juez en la fase de interpretación de la prueba encuentra que el conocimiento aportado por el perito, el testigo o el documento es intrascendente, y no aporta conocimiento que haga más o menos probable la hipótesis de las partes debe declararlo como superfluo y separarlo del conjunto de pruebas que constituyen la base de la decisión. Esta misma solución debe aplicarse con la *impertinencia* probatoria, que se refiere a la prueba que no tiene relación con el tema de decisión de la sentencia.

En la determinación del tema de decisión de la sentencia (*thema probandum*) el juez debe realizar el trabajo intelectual de interpretar y seleccionar los hechos, pues como se ha mencionado antes (apartado 1.2.7.) estos están intrincados con los significados jurídicos. En palabras de González Lagier (2014: 89),

(...) los hechos suelen tener grados diversos de interpretación, pero normalmente no nos enfrentamos a hechos puramente empíricos, sino a entidades complejas que combinan elementos observacionales y teóricos, normativos o valorativos. Los elementos observacionales son aquellos que dependen de la observación de la realidad a través de nuestros sentidos; los elementos teóricos, normativos o interpretativos son aquellos que dependen de la red de conceptos con los que los clasificamos y comprendemos..

Por su lado, la *cadena de custodia* tiene la función la de asegurar la integridad o mismidad de las llamadas pruebas materiales como la evidencia física o los documentos; es una temática que tiene más importancia en la prueba pericial y en el documento (en papel, audio o electrónico). Se trata de conservar el valor probatorio para el proceso judicial, que se realiza por unos sujetos con *legitimidad* desde las reglas técnicas de una determinada disciplina profesional o científica. Como se ha visto en este estudio (apartado 2.1.2.4), ante la omisión de regulación en el CGP debe decirse que se trata de reglas no-jurídicas que están referidas a reglas técnicas; y en cuanto a las consecuencias de su inobservancia, desde el CGP, es de eficacia probatoria libre. Desde luego, si de los contenidos literales de la prueba existente en el proceso aparece como evidente la alteración de la identidad o mismidad de las pruebas materiales, el juez en su tarea de depuración de la prueba puede apartarla para no ser tenida en cuenta como base de la decisión. Puede decirse que en materia procesal penal existen reglas jurídicas de cadena de custodia con muchos problemas de apreciación probatoria que

---

<sup>393</sup> El juez puede rechazar las pruebas «manifiestamente superfluas o inútiles» (CGP, art. 68)

pueden resolverse en la fase de la interpretación. En materias reguladas bajo el CGP generalmente estos problemas tendrán que resolverse en la fase de valoración.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación en las *declaraciones personales* (de parte y de terceros) el problema puede provenir de la misma fuente de prueba o en la interpretación judicial; el declarante puede errar en la percepción o retención de los hechos. Las fuentes de errores pueden ser la sugestión de la memoria o el tipo de preguntas, o la actitud judicial de permitir preguntas complejas u oscuras. Asimismo, el error puede provenir de la comprensión de expresiones o palabras de las partes o de los testigos; como también de deducciones apresuradas a partir del aspecto físico del declarante, o de su tono de voz, de su mirada, su lenguaje no verbal, de su gesticulación (Abel Lluch, 2014: 63).

De otra parte, en el caso del *documento* debe mencionarse que como se trata de prueba preconstituida, su interpretación se da desde el momento en que el juez tiene contacto con él a partir de los anexos de la demanda, de la contestación de la demanda, o cuando se allega al proceso en una inspección judicial o en otras oportunidades. En la interpretación del documento un componente central en el CGP consiste en establecer si en el documento existe algún *rastro de autoría*, pues este se trata de asunto de la caracterización textual o literal del documento como firmado, manuscrito, la voz, la imagen u otra similar; aspecto que incide en las cargas procesales de distribución del riesgo y del valor probatorio de los documentos (véase apartado 2.2.2.3).

El *rastro de autoría* se examina en la literalidad del documento y tiene entre sus funciones brindar un criterio objetivo para el juez controlar la pertinencia y la utilidad de la actividad probatoria que propongan las partes con miras a contradecir la autoría del mismo. Desde luego, en la fase de interpretación de la apreciación probatoria tal *rastro* también ayuda al juez a depurar las pruebas inútiles.

En cuanto al documento electrónico, deben tenerse presentes las advertencias que hace Abel Lluch (2014: 64) sobre la prueba pericial informática con el fin de establecer identificación del documento, suelen distinguirse, tres fases: 1) un análisis preliminar para la selección de la información a identificar; 2) la adquisición de los datos informáticos, con la debida conservación de las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información, siendo recomendable que la prueba sea obtenida con la presencia de testigos –e incluso de notario– y se deposite en soporte adecuado, mediante acta

de manifestaciones del perito en la que se detalle el proceso de obtención de la información;  
3) análisis forense de la información digital.

Ya se vio que los documentos electrónicos aportados al proceso con el mismo formato en que son «generados, enviados, o recibidos», tienen el valor de mensaje de datos. Ahora bien, cuando la doctrina se refiere a que para conservar la integridad de la información lo recomendable en la adquisición de la información es que se realice por un experto en presencia de testigos, e incluso de notario, y se deposite en el soporte adecuado, mediante las constataciones que haga el perito del procedimiento realizado<sup>394</sup>. La caracterización de este tipo de reglas no-jurídicas es de *cadena de custodia*, ya que tratan de asegurar la integridad o mismidad del documento, conservar su valor probatorio para el proceso judicial, que se realiza por unos sujetos con *legitimidad* desde la experiencia, siguiendo unos protocolos o procedimientos. Como antes se ve en este estudio (apartado 2.1.2.4) al tratarse de reglas referidas a las generalizaciones del conocimiento humano (máximas de experiencias, reglas técnicas o principios científicos) su efecto, desde el CGP, es de eficacia probatoria libre.

En fin, con lo anterior quiere expresarse que en la depuración y clasificación de la prueba documental el cumplimiento de la cadena de custodia en el aseguramiento del documento electrónico tiene incidencia en la interpretación del *rastros de autoría* que pueda tener el mismo, y a su vez, esto tiene efecto en el valor probatorio que se le asigne al momento de la valoración en estricto; por consiguiente, incide en las decisiones del juez sobre la utilidad probatoria.

Ahora bien, el CGP (art. 226) trae unos condicionamientos de fiabilidad probatoria que operan tanto en la admisión de la prueba como en la sentencia, pero es en ésta donde se pueden apreciarse mejor. De los documentos (títulos académicos y de experiencia

---

<sup>394</sup> Resalta Abel Lluch (2014: 63-65) que existen medidas para garantizar la perdurabilidad del documento electrónico, y con ello su exactitud, entre ellas:

«a) la preservación de los sistemas originales, consistente en mantener los recursos electrónicos del ordenador con el que han sido creados los documentos electrónicos; b) la emulación, que permite que el software original sea usado sin necesidad que el sistema original que lo ejecutaba siga existiendo; e) la migración, que consiste en convertir la información a nuevos formatos (...); d) el replicado, consistente en la realización automática de copias de seguridad y almacenamiento en lugar seguro; e) el rejuvenecimiento, consistente en la transferencia de los datos almacenados a nuevos soportes de almacenamiento; f) las copias de seguridad, cuya finalidad no es tanto la preservación de la información a largo plazo, cuanto la recuperación a corto plazo y proteger la información de infortunios (...); y g) la llamada arqueología digital, que consiste en recuperar la información a partir de fuentes de datos dañadas, fragmentadas o arcaicas»

profesional) que debe aportar el perito sobre su idoneidad técnica o científica el juez puede clasificar el dictamen. Sobre la fiabilidad que tenga el perito también son importantes las publicaciones realizadas por el perito mismo sobre la materia del peritaje, lo que permite al juez interpretar la consistencia de las técnicas, instrumentos o valor de los resultados entre lo que publica el perito y sus dictámenes en el proceso. Asimismo, el juez puede hacer conclusiones sobre la fiabilidad del perito a partir de las relaciones que tenga el mismo con las partes o con ciertos tipos de causas, lo cual puede examinar a partir de los casos en que ha participado antes como experto, ante cuáles juzgados, con cuáles partes y el objeto del dictamen. Esta información también le permite al juez evaluar la consistencia que tiene el perito en cuanto a las técnicas, y percatarse de las variaciones que puedan darse.

Estos criterios de fiabilidad probatoria le permiten al juez controlar los sesgos que pudieran tener los peritos por su relación con las partes, o por las temáticas en las que usualmente realiza sus dictámenes; para ello, debe examinar algunos condicionamientos y criterios legislativos de fiabilidad probatoria.

Finalmente, otro criterio útil para la interpretación del dictamen pericial es lo que algunos autores denominan el paradigma de la individualización y el de la verosimilitud<sup>395</sup>; Esta temática la denominan los estadounidenses Saks y Koehler (2008: 205-206) como la falacia de la individualización, consistente en concederle a un objeto una única categoría, esto es, una singularidad única; implica especificidad o identidad absolutas. En las armas de fuego se expresa esta falacia cuando el perito establece la identificación del arma con la exclusión de otras armas; es lo mismo que ocurre con la identificación de las marcas de herramientas, o las huellas dactilares, o marcas de la mordida, o identificación de la escritura, huellas de zapatos, o marcas de llantas, entre otros. El problema de la falacia de la individualización es que con el lenguaje perentorio y absoluto no solo el juez se ve relevado de cumplir su función de valoración probatoria sino que se produce un estancamiento en las ciencias forenses, en la medida en que se libra de la necesidad de obtener pruebas científicas y técnicamente validadas con estudios poblacionales, o de materiales, o de diversas huellas como las

---

<sup>395</sup> Abel Lluch (2014: 68) explica que bajo el paradigma de la individuación «el perito expresa y valora los datos científicos y el juez se limita a darles forma jurídica»; y la propuesta de la doctrina es que éste sea sustituido por el paradigma de la verosimilitud «en el que el perito expresa lo que dicen los datos y el juez los valora a la luz de los demás datos y pruebas obrante en las actuaciones».

dactilares, o las de marcas de herramientas, o de los zapatos de manera más rigurosa. En términos de Gascón Abellán (2012, p. 105), con el paradigma de la individualización el resultado de una prueba científica habla en los términos en que el juez necesita pronunciarse; cohibe o suple los términos en que debe expresarse el raciocinio del juez.

Precisamente, uno de los problemas que tienen los dictámenes periciales es la tendencia que han tenido tradicionalmente los peritos de dar a entender que la experticia resuelve el problema de causalidad o la identidad de algún elemento o su origen de manera indubitable y definitiva. Este tipo de dictámenes no tienen en cuenta que en la ciencia se habla en términos probabilidad (verosimilitud), y por esta vía eluden demostrar en términos de probabilidad estadística o subjetiva qué tanto se aproxima la identidad o la causalidad. Un dictamen en estos términos resulta más complejo y en la práctica judicial también le dificulta al juez la valoración probatoria ya que tendrá que interpretar el dato probabilístico del perito y valorar con las demás pruebas si las conclusiones periciales encuentran o no apoyo. Esto es importante en los inicios del proceso, o en los interrogatorios a fin de que el juez exija a los peritos realizar su tarea adecuadamente; y en la fase de interpretación juez puede declarar la inutilidad del dictamen cuando se haga evidente la falencia en cuestión.

El juez a partir del lenguaje del texto o de la expresión gramatical del contenido percibe si el perito le presenta un dictamen incurriendo en la falacia de la individualización; situación en la que tendrá un dictamen con falencias de estructura en la medida en que el perito omite referencia a los factores y al peso de los mismos que inciden en la causalidad, o no expresa estadísticamente qué rasgos de identidad guarda un material con otro y en cuál proporción. Un dictamen que no cumpla estos condicionamientos sobre la probabilidad, no necesariamente es falso, pero puede resultar engañoso, porque logra hacer pasar una baja o mediana probabilidad de identidad por una identidad en términos absolutos. En otras palabras, así los abogados, los jueces y la opinión pública esperen que el perito resuelve el problema de manera contundente; las sociedades deben aprender a convivir con las posibilidades reales de las ciencias y sus científicos; y los jueces deben estar conscientes que la decisión sobre los hechos le corresponde a ellos, no al testigo experto.



### **4.3. La valoración de los medios de prueba**

#### **4.3.1. Concepto y aspectos que comprende**

La segunda fase de la apreciación probatoria es propiamente la valoración, la cual consiste en asignarle a cada medio de prueba el valor que le corresponde, como también el de definir el valor del conjunto probatorio. En cada medio probatorio debe establecerse si se trata de valor tasado o si es conforme a la sana crítica. Con respecto al conjunto probatorio debe analizarse si los diversos medios de prueba son concurrentes, o están en colisión; mención especial se hace con respecto a las inferencias indiciarias (*prueba indiciaria*); asimismo, es necesario analizar las cargas procesales de distribución del riesgo y del peso probatorio.

Entre los sistemas de apreciación tasada y libre existen notables diferencias, pues en el medio de prueba tasado el alcance probatorio ya viene predeterminado por el ordenamiento jurídico; en cambio, cuando la apreciación es libre se realiza conforme a la sana crítica, lo cual exige un mayor esfuerzo intelectual por el juez, y requiere de mayor explicitación del razonamiento (Abel Lluch, 2014: 54-55).

En relación con la valoración probatoria atrás se mencionan los componentes que constituyen el punto de partida de estudio (véase apartado 1.3.3.9.); la forma ideal de valoración excluye el valor tasado de las pruebas, ya que una de las reglas de las que se parte es que el juzgador no puede aceptar como verdaderos enunciados sobre los hechos que se encuentren insuficientemente probados<sup>396</sup>. Como punto de partida también se menciona que entre los contenidos del derecho a probar se encuentra que la valoración racional de la prueba tiene entre sus componentes esenciales: la libertad, la necesidad y la unidad de la prueba, los razonamientos basados en la experiencia y la motivación de la decisión; también se ve cómo el análisis del control jurisdiccional del razonamiento probatorio tiene muy poco alcance pues se limita a la interpretación del acervo probatorio de la decisión del juez, en cuanto controla la selección que haga el juez del acervo probatorio de la decisión. Solo excepcionalmente, se ha realizado el control de las inferencias probatorias a partir de las máximas de experiencia—del sentido común o las especializadas—.

¿Es libre, o tasado el sistema de valoración en el CGP?

---

<sup>396</sup> Al efecto, Gascón Abellán, 1999: 115.

La respuesta a esta pregunta en el CGP es todo un reto académico, pues si bien puede deciser que es tendencialmente referida a la sana crítica probatoria, el asunto no es tan sencillo porque en todos los medios de prueba se incluye un valor tasado, aunque derrotable, con cargas procesales de conducta procesal. Lo que si puede decirse es que el CGP se direcciona hacia un sistema donde en la valoración de los medios de prueba existe una combinación entre sana crítica y cargas procesales de certidumbre o certeza; aún más, puede afirmarse, que el carácter libre o tasado depende de cada proceso en particular según la conducta que asumen los sujetos del proceso, las partes y el juez. El CGP representa el pragmatismo en su máxima expresión, en el sentido de que si bien es tendencialmente de libre apreciación también comprende una política legislativa de recoger convenientes formas de tasación probatoria que buscan mayor eficiencia. La ideología del CGP es la liberal de acoger, todo aquello que sea eficiente de cara a la economía.

A fin de describir lo que es la prueba libre o tasada es pertinente tener presente lo que dice Taruffo (2002: 387):

(...) la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba. En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón

Se aclara que la prueba legalmente tasada es *prueba deductiva* (Ferrajoli, 1995: 133 y ss.; Gascón Abellán, 1999: 98)<sup>397</sup>. Precisamente, como ocurre en el derecho colombiano con la prueba de propiedad sobre un inmueble, o la prueba de una obligación cambiaria, o en el caso de la prueba del estado civil de las personas; pues en estos casos la premisa mayor es la normatividad que regula los documentos requisito de existencia de negocios sobre la propiedad o la obligación cambiaria, o los registros documentados sobre el estado civil de las personas; la premisa menor es el negocio con el inmueble, o la obligación cambiaria adquirida o el hecho del nacimiento o el contrato matrimonial; la conclusión, es que se es propietario, o se tiene la obligación cambiaria, o se tiene el carácter de hijo o de padre, etc., si se cumple en el caso con los requisitos del documento que exige la premisa mayor. En contraste, en la prueba libre su valoración obedece a un esquema de razonamiento

---

<sup>397</sup> En términos de Contreras Rojas (2015: 125), la prueba tasada es apriorísticamente valorada por el legislador.

probabilístico que algunos denominan como lógica inductiva y otros autores prefieren la abducción.

Si se mira el CPC/70 –en extinción– puede decirse que se trata de una normatividad tendencialmente de libre apreciación razonada, basados en la sana crítica, con algunas pocas pruebas tasadas. El art. 187 (CPC/70) contemplaba la apreciación de la prueba se hará «en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica»; y establecía algunas reglas de prueba tasada como en el caso de la *confesión ficta* o *presunta* (CPC/70, art. 210) en las situaciones en que la parte eludía los interrogatorios, o se mostraba contradictoria o evasiva en las respuestas; en el reconocimiento ficto de documentos, en las situaciones en que la parte era citada para reconocer un documento y eludía la citación o se mostraba contradictoria o evasiva en las respuestas (arts. 273, 274 y 276). Así, en esta codificación se presentaba un predominio en la valoración probatoria con la sana crítica<sup>398</sup>.

El punto de partida del CGP (art. 176) es el de la libre valoración probatoria<sup>399</sup>, cuando prescribe: «(...) 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».

Las reglas que afectan el peso de la prueba son muy numerosas y han sido estudiadas con anterioridad en el presente estudio (véase apartado 2.1.1.2.2.) como garantías del derecho a la prueba, en la medida en que representan algún grado de coerción para las partes a fin de que colaboren en la actividad probatoria.

Ahora bien, sobre la libre valoración probatoria, dice Abel Lluch:

(...) no puede ser discrecional ni arbitraria, sino que tiene que ser motivada -y, en este sentido, aplica la «sana crítica» y justifica su decisión-. Y no solo por observancia de una norma constitucional (art. 120.3 CE), sino porque la legitimidad del juez radica en la motivación de su decisión, en la medida que con ella explica y da las razones de la misma, y permite su control por las partes y por los tribunales

---

<sup>398</sup> Abel Lluch (2014: 54-55) pone como ejemplo de prueba con eficacia tasada en el caso español (Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 316.1, 319.1 y 326): los interrogatorios de las partes en los que reconocen hechos que hayan realizado personalmente, que le son perjudiciales y no están contradichos por otras pruebas; asimismo, un «documento público o un documento privado no impugnado, en cuanto al hecho, estado o acto documentado, la fecha en que se produce la documentación y la intervención del fedatario y demás asistentes».

Dice Abel Lluch (2014: 76) que hay un predominio de normas de valoración conforme a la sana crítica, en el interrogatorio de las partes (art.316.2 LEC); los documentos privados no averados (art. 326.2 LEC); las copias reprográficas (art. 334.a LEC); la prueba pericial (art. 348 LEC); el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC); la prueba por instrumentos informáticos (art. 384.3 LEC).

<sup>399</sup> Según Nieva Fenoll (2015: 96) la tendencia en muchos países es seguir un sistema de prueba libre, pero combinando algunas reglas de pruebas tasadas.

superiores (función endoprocesal) y eventualmente por la sociedad (función extraprocesal). El juez, al motivar el juicio fáctico, debe razonar porqué otorga credibilidad al testigo, porqué acoge las conclusiones de tal o cual dictamen, cómo valora el documento impugnado, o la declaración de los hechos favorables a la parte, por citar algunos ejemplos.

En cuanto al significado de sana crítica<sup>400</sup> hay que mencionar que «(...) son las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permite el control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior» (Abel Lluch, 2015: 47-48)

Explica Abel Lluch (2015: 50-51) que las reglas de la sana crítica se caracterizan por no tener carácter jurídico, no se regulan mediante reglas predeterminadas; además, se componen de reglas estables y otras contingentes; las reglas de la lógica se consideran inmutables; en cambio, las máximas de experiencia pueden variar con el tiempo, con el cambio de la tecnología o la evolución de la ciencia, y de las concepciones mismas de la vida. Son reglas mixtas también en el sentido de que la lógica y las máximas de experiencia son elementos necesarios de la valoración probatoria, mientras que la ciencia puede ser un elemento contingente. Las reglas de la lógica (léase coherencia argumentativa) y las de la experiencia (léase común sentir de las gentes) siempre están en el juicio fáctico, mientras que la ciencia es solo necesaria si el objeto de la controversia lo requiere.

Al momento de la sentencia el juez tiene como tarea declarar, en forma definitiva, si acepta o no como verdaderas las afirmaciones fácticas de las partes que pudieran haber realizado en un determinado proceso. Si el juez no encuentra prueba suficiente para declarar probada la proposición fáctica de las partes tendrá que recurrir a la carga de la prueba. Par declarar la verdad sobre los hechos en la sentencia, el juez tiene tres elementos: 1) las hipótesis sobre los hechos que plantean las partes; 2) las pruebas que aportan las partes y que él vivencia o experimenta con su inmediatez; y 3) la sana crítica probatoria, que comprende las máximas de experiencia, la lógica y la ciencia.

---

<sup>400</sup> La CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 1, M.P. Salazar Ramírez) considera que «bajo el sistema de la sana crítica, no es la mera autoridad del órgano judicial lo que otorga validez a la sentencia, porque el acierto de ésta no deriva de su legitimidad formal sino de la debida aplicación de la norma sustancial que rige el caso y de la correspondencia de sus enunciados fácticos con los hechos probados en el proceso (*veritas non auctoritas facit iudicium*); es decir que la autoridad del juez tiene que estar acompañada por la efectividad que la decisión alcanza cuando se adecua a la demostración de la verdad de la *causa petendi*, y esa racionalidad es controlable mediante los recursos a los que está sometida la providencia».

Con lo anterior, puede decirse que para la decisión sobre el peso de la prueba en el establecimiento de la verdad de los hechos en el CGP se combina la antigua técnica del testigo con las también antiguas técnicas del artificio. El testigo (en sentido general, de parte o de terceros) es los ojos y los oídos del juez. Por regla general, el juez no tiene conocimiento perceptual de los hechos (con excepción de la inspección judicial y con limitaciones), este conocimiento le llega por medio del testigo. En la modernidad, la ilustración del testigo se puede caracterizar con la célebre explicación de Hume (como se cita en Gelfert, 2014: 64-65) sobre cómo aceptar las inferencias que hacemos a partir de los relatos de otras personas (testigos); formamos nuestras inferencias a partir de una observación cuidadosa de la vida humana; la extrapolación de la experiencia de la vida pasada o del presente permite hacer inferencias sobre lo confiable o sincero que puede ser un testigo; es decir, permite justificar por qué creer en el otro. En este estudio (apartado 1.2.8) se menciona que uno de los contenidos que se desprende de los valores constitucionales es el de la justificación del conocimiento judicial, cuya consecuencia más importante es que el juez en su decisión sobre los hechos relevantes para el proceso pone el conocimiento que adquiere de la vida social e individual; lo individual no solo comprende la vida personal, sino también las habilidades intelectuales de corrección del pensamiento, que es conocimiento tendencialmente universal.

Esta idea de establecer la fiabilidad probatoria se encuentra en autores posteriores como Friedrich Stein en 1893 (1973: 30), quien, en el campo del derecho, escribió sobre el concepto de máxima de experiencia:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Esta concepción sobre la aceptación del conocimiento a partir de las experiencias análogas de la vida, es el mismo pensamiento de Hume y se ha denominado como concepción reduccionista de la valoración de la fiabilidad del testimonio. Desde la filosofía del derecho Taruffo (2009: 160) cuestiona la propuesta teórica de Stein ya que se basa en la *experiencia* no en la ciencia ni en la lógica; además, la *máxima de experiencia* es una idea

(...) más engañosa que útil: transmite la impresión de que una inferencia basada en una «máxima» es productivamente válida porque es derivada de una premisa general aunque en verdad la mayor parte de las máximas no son generales. Esa impresión se basa en una confusión entre generalidad y generalización, en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas. En realidad, nadie sabe la experiencia de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quien, según qué parámetros es necesaria para poder firmar que ha surgido una máxima. De hecho, muchas

máximas no están basadas en experiencias reales sino en prejuicios, libretos y estereotipos, y por lo tanto los mismos problemas ya señalados a propósito de ellos, surgen también en el uso de las máximas.

También, en el campo de la ciencia, Taruffo (2009: 160) se muestra crítico con las generalizaciones que se aducen mediante *cuantificaciones estadísticas o probabilísticas* infundadas o no verificables; explica además:

Es bien conocido, especialmente después del análisis fundamental de Nisbett y Ross que los seres humanos son normalmente incapaces de cuantificar sus experiencias correctamente: las probabilidades erróneas y las frecuencias inventadas están entre las fuentes más importantes y frecuentes de falacias heurísticas en el discurso común cotidiano. El mismo error se comete cuando una "máxima de experiencia" es presentada en términos estadísticos o probabilístico (quizás vagamente, como "la mayoría de la gente hace esto y esto") sin ningún sustento para dicha cuantificación».

En este estudio se mira el caso de las pericias que incurren en la falacia de la individualización que describen Saks y Koehler (apartado 4.2.2.) e inducen a error a los jueces en cuanto a la causalidad o la identificación de algún elemento; error consistente en que se hacen afirmaciones de causalidad o de identificación sin el debido análisis de estadístico o probabilístico.

Se ha visto que la alternativa, ante las críticas que se hacen al uso de las generalizaciones del conocimiento humano para valorar la fiabilidad probatoria, es la concepción epistemológica que propone presumir la buena fe del testigo o del declarante; alternativa que se ha criticado contundente por la ingenuidad en que incurre de creer en el testimonio con fundamento solo en la confianza social que deben tener las informaciones de las personas. También se menciona que el legislador, en el CGP, no es completamente reduccionista porque también acepta la prueba a partir de la buena fe, es decir, por la confianza que se tenga de la persona o de los elementos (documentos o cosas) que están relacionados con ella, o que le son imputables como su creadora o descubridora. El CGP se mueve en sus reglas entre valorar la prueba a partir de la experiencia (individual, social, del común o especializada) del juez o que éste, simplemente, crea en el testigo o perito, si no tiene algún motivo *derrotante*. En fin, este es el espacio que la regla de libertad de prueba le da al juez para aplicar la *sabiduría* al valor probatorio.

El conocimiento judicial es de carácter social, razón por la cual en la decisión del judicial se rechaza el conocimiento meramente voluntarista o intuicionista del juez. El proceso judicial se constituye en un ámbito formalizado en el que el juez adquiere conocimiento social para su decisión a partir del testimonio de otras personas, como las partes, o los terceros (laicos o expertos). Para tales efectos, como en el caso del CGP, a fin de superar en alguna

medida los inconvenientes del reduccionismo, el juez debe utilizar las herramientas procesales de los interrogatorios y otras relacionadas con la oralidad, tendencialmente holísticas, que le permitan una mejor *experimentación* del conocimiento que le aportan otras personas. Esto es, si bien la valoración es un acto de la sentencia, a fin de evitar que la decisión sea un mero acto potestativo o intuicionista, el juez durante el procedimiento y en la práctica probatoria debe hacer uso de las herramientas necesarias para constituir un acervo de signos o criterios para creer o desconfiar en la fiabilidad del medio de prueba. Asimismo, el juez debe cumplir con la debida motivación de las inferencias probatorias que realice.

Esquemáticamente puede verse que en la prueba judicial, de cara al razonamiento probatorio, existe una doble experimentación en los insumos que se utilizan para la decisión judicial, de un lado, se presenta la experiencia que tiene el testigo con respecto a los hechos que percibe mediante sus diversos sentidos, y del otro, la experiencia que en la escena de la actividad procesal tiene el juez con su contacto perceptual de los diversos elementos objetivos (cosas o documentos) o subjetivos (las personas con sus diversos roles y conductas). Las experiencias del testigo y la del juez inciden en el razonamiento que este último realice para efectos de la decisión final del proceso. Se advierte que este esquema en los sistemas procesales en los que no se protege la inmediación en estricto (véase apartado, 1.2.4.) la tendencia es a perder el componente perceptual del juez.

Ahora bien, analizando la combinación que hace el CGP entre prueba libre y tasada, debe observarse que en algún grado el legislador desconfía de la sabiduría del juez<sup>401</sup>, y le pone diferentes artefactos o mecanismos (*la bolsa de dinero de Sancho*) para que extraiga el conocimiento a partir del mismo justiciable. Es el mismo justiciable, directa o indirectamente, con sus palabras, actitudes o hechos ante el juez el que le da a conocer a éste los hechos. Estos mecanismos son las cargas procesales del peso o distribución probatoria que implican favorecimientos-desfavorecimientos para las partes.

---

<sup>401</sup> Al efecto, Nieva Fenoll (2015: 60) explica las pruebas tasada en la historia en consideración a la ignorancia de los jueces en la valoración de la prueba y la desconfianza del legislador.

#### **4.3.2. Los artificios salomónicos y otros favorecimientos en la construcción de las inferencias probatorias**

Cuando se habla de artificios salomónicos quiere significarse aquellas cargas procesales que inciden en la valoración probatoria, consistentes en las cargas del peso y de distribución del riesgo probatorio. Se precisa que la carga de la prueba si bien es un asunto de la decisión del juez en la sentencia, no tiene incidencia alguna en la valoración probatoria, pues como se menciona antes, opera es el momento posterior a ésta. Ahora bien, la función de las cargas procesales del peso es la de concederle el carácter de certidumbre a un medio de prueba particular; y, por su parte, las cargas de distribución del riesgo inciden en la inferencia probatoria para establecer los hechos objeto de decisión.

Si se fuera a hablar de un orden en la aplicación de estos conceptos habría que decir que en la construcción de las inferencias a partir de cada medio probatorio concurren las reglas de peso y las máximas de experiencia (del sentido común o especializado). Luego de la decisión sobre la suficiencia probatoria negativa se aplicaría la regla de la carga de la prueba. En los medios de prueba en particular, a fin de realizar las inferencias probatorias, luego se estudia en cuáles medios tienen valor tasado y el grado correspondiente. Luego, se estudia en cuáles medios se realizan las inferencias probatorias con base en las máximas de experiencia.

Si quiere verse de otra forma, el CGP combina la sabiduría del juez y la del legislador al momento de asignarle valor a la prueba; autoriza al juez a usar el conocimiento que él tiene del ámbito social, o de la lógica, o el que puede adquirir en el proceso sobre la ciencia para resolver el peso que tiene la prueba en particular; y el legislador le pone reglas de valor tasado para que él las ingrese al acervo probatorio; en otras palabras, el legislador colombiano congrega en la decisión del juez las reglas de la razón que se desprenden de la sana crítica y las ficciones que afectan el peso probatorio.

El CGP se debate entre las dos grandes tradiciones probatorias: que el juez use la razón que adquiere (por sí mismo u otros) en la vida social o en el proceso, o que aplique al caso la *razón* del legislador; en la primera, el juez es el *sabio* y en la segunda el *sabio* es el legislador. El CGP se encuentra a medio camino entre la razón y la justicia del juez y las del legislador. En el CGP no hay medio de prueba que no esté cruzado, entre otras, por lo epistémico, en cuanto a las reglas de la sana crítica; y por lo razonable, en cuanto a reglas basadas en un



criterio de justicia y que crean favorecimientos-desfavorecimientos probatorios. Por la experiencia (propia o ajena, del sentido común o especializada) que aporta el juez al decidir sobre la fiabilidad probatoria y por el sentido de justicia que se da en el grado variable de coerción (cargas procesales) para que eclosione la luz de la certidumbre.

En el cuadro que sigue se ponen ejemplos de medios de prueba tasados en el CGP, y que inciden en estructuración de la inferencia probatoria por parte del juez en el establecimiento de los hechos.

CARGAS PROCESALES DE PESO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DEL CGP, EN RAZÓN A LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES PROCESALES	
Art. 205 (CGP)	La <i>confesión presunta</i> , con efecto de hecho cierto, en las situaciones en las que la parte procesal elude la asistencia al interrogatorio, o asistiendo se niega a responder, o a juramentar, o si cumple con responder pero lo hace de manera contradictoria o eludiendo la pregunta, a condición de que el interrogatorio se realice mediante preguntas asertivas.
Art. 244 (CGP)	Cuando los <i>documentos</i> son emanados de las partes o de terceros «(...) elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos (...)».
Art. 185.4 (CGP)	«el reconocimiento de la autoría del documento hará presumir cierto el contenido»
Art. 185.7 (CGP)	«En el proceso en que se aduzca un documento previamente reconocido en legal forma, ya sea expresa o tácitamente, no procederá la tacha en cuanto al autor jurídico, ni el desconocimiento».
Arts. 5 y 78 Ley 1448/11 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras)	Establece como suficiente la prueba sumaria que se produce ante autoridad administrativa para establecer la propiedad, la posesión u ocupación y el carácter desplazado o de despojado.

Es de anotar que en estos casos el medio de prueba no se encuentra automáticamente tasado como ocurre con los documentos que son requisitos *ad substantiam actus* (por ejemplo, la escritura pública con su debido registro, la promesa de compraventa o los títulos valores) sino que se trata de cargas procesales que se condicionan a la conducta que asuma la contraparte. Si se cumple el condicionamiento de conducta procesal (la respuesta evasiva o contradictoria en el interrogatorio) la consecuencia es que la inferencia que se haga desde el medio de prueba será de certeza; si el condicionamiento no se cumple, entonces la inferencia probatoria se construye libremente con las máximas de experiencia. En la denominada *presunción* de autenticidad, de acuerdo con su caracterización (principalmente la existencia de *rastro de autoría*), la certeza sobre ésta consiste en una inferencia condicionada a la conducta procesal, por ejemplo, no contraprobar el *rastro de autoría*.

En el caso del art. 185 existe una tarifa legal en la medida en que la prohibición de la contraprueba significa que establecido el reconocimiento expreso o tácito del mismo se

asume la certeza de su autenticidad. Pero como se advierte antes (véase apartado 2.1.2.2.4.), esta norma afecta el derecho constitucional a la prueba en situaciones de reconocimiento tácito; además, desde este mismo derecho, debe interpretarse que en todo caso es posible la contraprueba de la veracidad, pues la *presunción* en cuestión solo opera con respecto al componente autenticidad del documento.

A continuación se relacionan cargas procesales que tienen como efecto un indicio tasado.

INDICIOS ENDOPROCESALES DE VALOR TASADO EN EL CGP	
Art. 96	Se asume como cierto el hecho cuando en la <i>contestación de la demanda</i> no se hace pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan; manifestando, en estos dos últimos casos, en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta.
Art. 97	«La falta de <i>contestación de la demanda</i> o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto».
Art. 372	La inasistencia injustificada a la audiencia inicial (proceso verbal) del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.
Art. 233	Si alguna de las partes impide la práctica del <i>dictamen pericial</i> , se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con él.
Art. 238	Cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la <i>inspección</i> , se presumirán ciertos los hechos que la otra parte pretendía demostrar con ella, si la prueba se ha decretado a petición de parte.
Art. 267	Se refiere a la situación en la que el <i>documento</i> se encuentra en poder de opositor y se opone a su exhibición, situación en la que se tendrán por ciertos los hechos, siempre que el hecho admita prueba de confesión. En los eventos en que se solicita <i>exhibición de documento</i> en poder del opositor y éste se opone a la misma, se tendrá tal conducta como <i>indicio grave</i> cuando el hecho que se pretende probar no admite prueba de confesión.
Art. 386.2	La renuencia a la práctica de la prueba de <i>ADN</i> hace presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada.

Se hace referencia en estos casos a *indicios endoprocesales* ya que el legislador, con estas cargas procesales, obliga al juez construir inferencias probatorias a partir de la conducta procesal de las partes. En los eventos ejemplificados se advierte que el valor tasado de las inferencias indiciarias puede consistir en certeza probatoria o a un alto grado de probabilidad (grave). Se avizora que en estos casos no se le da un valor especial a algún medio probatorio en particular, sino que la prescripción del legislador es producir inferencias de certeza. Por

ejemplo, de conductas como las de contestar inadecuadamente la demanda, o no contestarla, o no asistir a la audiencia inicial se infiere certeza de los hechos afirmados por la contraparte; o las conductas de obstruir la inspección judicial o la prueba pericial se prescribe la inferencia de certeza de los hechos que se buscan probar con tales medios. A veces, el peso probatorio de estas inferencias no es la certeza sino el valor de *grave*. Por tanto, se trata de inferencias indiciarias por la estructura que guardan: hecho base (la conducta procesal), el nexo legalmente creado y los hechos inferidos con certeza o gravedad (*presumidos*).

Ahora bien ¿qué sucede si concurren las reglas de distribución probatoria con las de peso tasado? ¿Inciden las reglas de distribución probatoria en el razonamiento probatorio?

Tal cual se ha visto con anterioridad (apartado 2.1.1.2.1.) la regla de la carga de la prueba opera en la decisión judicial –pero no en la valoración probatoria, sino con posterioridad– ante la insuficiencia probatoria; pero esta regla tiene como efecto práctico –no como deber jurídico–, una distribución del riesgo probatorio entre las partes. Además de la regla general de la distribución del riesgo probatorio también existen reglas especiales, entre ellas, las diversas formas de responsabilidad que inciden en el *thema probandum* y la regla de la *situación probatoria* que incide propiamente en la valoración probatoria.

Precisamente, las reglas de la *situación probatoria* (*dinamismo* probatorio) también se constituyen mediante cargas procesales de distribución del riesgo probatorio. Por ejemplo, es posible que el juez le ordene a la institución de salud demandada que aporte todos los documentos, historia clínica, exámenes paraclínicos y nombres de personas relacionadas con a la asistencia del demandante, en consideración a la dificultad que tiene éste de probar la negligencia médica. Si eventualmente el centro asistencial y el médico demandados no cumplen con allegar al proceso los documentos y demás elementos probatorios, cabría preguntarse cuál sería la consecuencia a esta desobediencia.

Si se mira atentamente en la regulación de tal regla de *dinamismo probatorio* no existe dispositivo alguno que se refiera a la consecuencia de la conducta desobediente de la parte. Si se intenta una interpretación sistemática cabe decir que constitucionalmente no es posible suplir la laguna jurídica en cuestión por tratarse de normas restrictivas de derechos constitucionales como el de la autonomía de la voluntad. No es posible restringir la libertad de una persona por analogía u otro mecanismo de interpretación. En apariencia, cuando el legislador habla de *distribuir la carga* se referiría a la regla de juicio de la carga de la prueba

y por tanto, invertiría la forma de fallar en caso de insuficiencia probatoria. Pero, como se ha insistido aquí, el *dinamismo probatorio* cambia el riesgo probatorio pero no la regla de juicio. Pensar que invierte la regla de juicio sería una forma absurda de decidir, ya que al demandado resulta imposible exigírsele que pruebe los extremos de la pretensión que aduce el demandante, ni tampoco, de conformidad con el art. 157 (CGP)<sup>402</sup>, se le puede exigir que pruebe hechos negativos como: «no soy culpable», o «esa no es la causa»<sup>403</sup>. Además, el *dinamismo* probatorio solo opera frente algún hecho en particular o en el aporte de una prueba específica.

En fin, quiere expresarse es que el legislador ha creado una institución jurídica con muy buenos y loables fines, pero no le asignó una garantía expresa que la hiciera efectiva. Es decir, no estableció las consecuencias prácticas que tiene la desobediencia a la orden del juez de distribuir el riesgo probatorio. La única solución razonable al vacío legislativo es el establecimiento de indicios libres (CGP, arts. 241 y 280) en contra de la parte que incumple con la exigencia judicial (véase apartado 2.1.1.2.2.). Lo cual significa que ante la conducta omisiva o desobediente de la parte el juez puede construir inferencias racionales con base en las máximas de experiencia, debidamente motivadas. Precisamente, el profesor Oteiza (2009: 204-206) a partir del principio según el cual «a nadie debe permitírsele obtener provecho del propio fraude o sacar ventaja de su propia transgresión (...)» deduce que una de las partes no puede «obtener beneficios producto de la dificultad probatoria de su contraria»; por tanto, el juez está en la obligación de evitar el abuso de la posición de ventaja de una de las partes con respecto a la otra; para estos efectos el juzgador puede establecer indicios a partir de la situación probatoria de las partes, tanto de la posición ventajosa como de la desventajosa.

Por lo anterior, puede decirse que las reglas de la *situación probatoria* inciden en la valoración de la prueba, lo cual se manifiesta con el establecimiento de inferencias indiciarias racionales, sin componente ficticio alguno; valga decir, sin valor tasado de verdad interina o de gravedad. Se insiste, resulta inconstitucional, desde el debido proceso, establecer cargas procesales de peso probatorio sin ley previa que la ordene –*nulla coactio sine lege*– (véase apartado 3.2.3.4.2.).

---

<sup>402</sup> El art. 157 (CGP) establece exención probatoria para las negaciones indefinidas.

<sup>403</sup> Sobre la problemática de la prueba de las proposiciones indefinidas, y en especial las negativas, véase Devis Echandía (1981, Vol. I: 2010-213).

De otra parte, las *presunciones en estricto* son también reglas de distribución del riesgo probatorio; la razón de esto es que se constituyen en una forma de probar los hechos, pero sin valor tasado, ya que el componente ficticio que tienen se reduce a mutar el tema de decisión de la sentencia; esta mutación es precisamente el favorecimiento probatorio. En todos los demás componentes de las presunciones en estricto se siguen las reglas generales de la valoración probatoria. Valga decir, se hacen inferencias probatorias a partir de los medios de prueba existentes en el proceso, y el apoyo de tales inferencias se somete a la sana crítica probatoria. Por ejemplo, en el caso de la muerte por desaparición, el componente relativamente ficticio es solo mutar la desaparición por la muerte a fin de aplicarle las consecuencias de ésta; en todo lo demás, hay que demostrar el hecho base (la desaparición) mediante los medios de prueba ordinarios, y realizar las inferencias probatorias a partir de las máximas de experiencia. La conexión entre el hecho base y el presunto es jurídica, pero solo es relativamente ficticio por que admite prueba en contrario.

Por último, en el caso de las cargas procesales de conducta procesal, debe advertirse que los artificios de sabiduría salomónica tienen una explicación en el marco histórico de las monarquías medievales. Desde la disciplina de la política, son una forma de gobierno donde el soberano justificaba y limitaba el ejercicio de su poder y sus decisiones obedecían a un orden de las cosas, o por su conocimiento de las leyes humanas y divinas<sup>404</sup>. Salomón y Sancho encarnan el ideal del soberano de las monarquías medievales y antiguas, en la medida en que justifican el ejercicio del poder porque sus decisiones son sabias al estar en concordancia con el orden divino o natural.

Sin duda, también el CGP encarna esta modalidad de sabiduría porque las múltiples reglas que establecen cargas procesales con incidencia en el peso o distribución del riesgo obedecen a un sentido del orden de las cosas y un conocimiento de las leyes humanas; pues, normalmente, de la conducta negligente, o dolosa, o simplemente por omisión es posible inferir que probablemente no se tiene razón en lo que se pretenda o se excepciona. Pero el

---

<sup>404</sup> Foucault (2007: 356-358) explica que en el gobierno de unos hombres por otros se presenta el problema de cómo limitar, o reglamentar, o medir la manera de gobernar. Explica que antes del siglo XVI, en las monarquías medievales, esa medida se buscó en la sabiduría del soberano, la cual consistía en gobernar según el orden de las cosas, de acuerdo con el conocimiento de las leyes humanas y divinas. Por lo tanto, la sabiduría del soberano debía ajustarse a la verdad; verdad del texto religioso o la verdad de la revelación o la verdad del orden del mundo. A partir del siglo XVI el ajuste del ejercicio del poder ya no se hace de conformidad con la sabiduría sino según el cálculo, es decir, el cálculo de fuerzas, de las relaciones, de las riquezas, de los factores de poder.

componente ficticio consiste en el que el legislador soslaya la contraprueba o la *infirmación* de la máxima en la que se funda. Ciertamente, con frecuencia, la conducta relevante (la negligencia, la omisión, la impericia en la actuación procesal o el comportamiento doloso) para la decisión no es causada por la parte material (la que sufre los efectos de la sentencia), sino por su representante judicial (el abogado); además, siempre existe la posibilidad de otra explicación para la conducta en cuestión.

Las expresiones *neoliberalismo* y *eficientismo*, con sus respectivos prefijo y sufijo aumentativos, pueden usarse para descalificar los resultados inaceptables de esta codificación. El *eficientismo* se revela con una tensión dentro del ideal del Estado de Derecho entre la protección igualitaria y las garantías democráticas, por un lado, y la protección de la propiedad privada y la libertad de mercado, por el otro<sup>405</sup>.

En el caso del CGP es fácil deducir que las partes que tengan mayores posibilidades económicas, que contraten a los mejores abogados con mayores recursos, tienen más probabilidades de sortear exitosamente todas y cada una de las cargas procesales (*artefactos salomónicos*) que se imponen durante el recorrido del proceso. Los justiciables con mayores posibilidades, son aquellos a los que desde la sociología jurídica se les denomina como los *beneficiarios frecuentes* de la justicia (entidades financieras y grandes empresas)<sup>406</sup>. Sin duda, se trata de una característica crítica de la normatividad procesal, la cual es susceptible de mejorarse si el legislador y los órganos del Estado logran una adecuada regulación de la asistencia jurídica para las personas que no cuentan con los suficientes recursos económicos para afrontar un proceso judicial.

En el mundo presente, peyorativamente los mecanismos salomónicos pueden calificarse de *eficientistas*, porque en vez estar basadas en una constatación fáctica más segura, y de buscar la corrección del juicio, como es lo propio de la función jurisdiccional, con su componente ficticio, tienden a cumplir fines de carácter político- económico, como es propio de la función gubernamental.

---

<sup>405</sup> Sobre la relación entre las reformas a la justicia con la economía en América Latina, véase, de un lado, a Guzmán Rincón (2011: 43-47) y del otro, a Faundez y Angell (2005: 93-95).

<sup>406</sup> Véase Guzmán Rincón, 2011: 176) sobre los beneficiarios frecuentes en el acceso a la administración de la justicia.

Con la actuación probatoria el CGP con sus artificios salomónicos más que la búsqueda de la verdad la tiende es a producir un *símil de lo verdadero*; esto es, antes que la verdad se busca es la verosimilitud<sup>407</sup>; valga decir, lo que *aparenta como verdadero*. Desde luego, no puede entenderse que el sistema de valoración probatoria del CGP pueda caracterizarse como verosímil; sin embargo, cuando en un proceso judicial en concreto el juez base su decisión sobre cargas procesales del peso probatorio o de distribución del riesgo probatorio puede decirse que tendencialmente lo que se ha probado en ese proceso no es tanto la verdad sino un *símil de la verdad*.

La metáfora de la justicia salomónica de Sancho Panza en su ínsula de Barataria dibuja a un juez que aplica la justicia del soberano. Se habla de soberano en la justicia de Salomón y de Sancho en cuanto que ellos reúnen en uno dos facetas de la justicia, la del legislador y la de juez: ellos (Salomón y Sancho); crean las reglas y al mismo tiempo las aplican cuando hacen justicia. En la vida moderna existe división de funciones ente legislador y juez. El punto es que en la justicia salomónica el sabio no es tanto el juez sino el legislador. Salomón no es tan sabio como juez sino como el que crea la regla para resolver el entuerto. La regla de la justicia salomónica es la del artificio que se genera para examinar la conducta del justiciable, y decidir el peso de la prueba a partir del mismo.

El peso del testimonio de las madres que reclaman el niño vivo se resuelve con el artificio del soberano, consistente en la amenaza de partir el niño en dos con la espada; y el conflicto se resuelve mediante la reacción de la madre que expresa más amor por el niño, pues prefiere que viva aun renunciando a ser su madre; mientras la otra mujer tiene el pensamiento frío y estratégico a la manera *si no es para mí que no sea para nadie*. En el caso de violación carnal que resuelve Sancho, éste como soberano (gobernador) crea el artificio de darle la bolsa de dinero a la mujer y ordenar al hombre que se la quite; la situación se resuelve por la conducta

---

<sup>407</sup> La expresión *Verosimilitud* en este contexto se entiende como *la apariencia de ser verdadero*, no en su otra acepción como *probabilidad*. Sobre las acepciones de la expresión *verosimilitud*, véase, Taruffo (2002: 183-187) cuando critica la parte de la doctrina italiana donde este término se usa de manera confusa sin hacer las distinciones entre estas acepciones. Explica que la verosimilitud entendida como el *símil de lo verdadero* prescinde de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones fácticas existencia de elementos que justifiquen la creencia en la veridicidad. Cuando se habla en el sentido de la *probabilidad* de una aserción fáctica hace referencia a su grado de fundamentación, de credibilidad y de aceptabilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado.

de la mujer de defender en forma tan eficaz la bolsa de dinero, aun con su vida, demostrando a los ojos de todo el mundo la mentira de la violación carnal. La *espada* del CGP es el artificio de la certeza condicional (o provisional) del hecho al cumplimiento de una conducta. La conducta procesal asumida por el justiciable (*las madres*, o las partes) es la base del juicio probatorio.

#### **4.3.3. El razonamiento probatorio a partir de las máximas de experiencia (del sentido común o especializado)**

El razonamiento probatorio, como lo pone de presente González Lagier (2014: 86), busca evaluar en qué medida las pruebas avalan la hipótesis que se quiere probar. Este razonamiento se le denomina inferencia probatoria; en la cual pueden distinguirse varios elementos:

El hecho que queremos probar (al que llamaremos «hipótesis» o «hecho a probar»), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos llamar los elementos de juicio, las pruebas o los «hechos probatorios») y una relación entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio.

Explica también González Lagier (2014: 87) que en la conexión entre el hecho que queremos probar y los elementos de juicio se encuentra una máxima de experiencia o una presunción. Asimismo, en cada uno de estos tipos de conexiones «(...) podemos distinguir entre *a*) su fundamento, *b*) su finalidad y *c*) su fuerza». Estos tres aspectos de la inferencia los explica González Lagier así:

Por fundamento me refiero a los requisitos para la corrección del enlace; por finalidad al objetivo (que puede ser epistémico o práctico) que ese enlace trata de satisfacer; y por fuerza al grado de solidez que ese enlace aporta a la inferencia probatoria (lo que se traduce en una mayor o menor resistencia a ser desplazado por inferencias con un enlace distinto).

A partir de esta conceptualización González Lagier (2014: 87-88) diferencia entre *inferencias probatorias epistémicas* e *inferencias probatorias normativas*. Las epistémicas son las máximas de experiencia, las que tienen como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar de aproximarse a la verdad sobre los hechos inferidos; y su fuerza está determinada por «la solidez del argumento inductivo en el que descansan». Las inferencias normativas son reglas jurídicas dirigidas al juez «(...) que le obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (es el caso de las presunciones y de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas...)». En estas reglas pueden consistir en la asociación regular entre hechos que se realiza por autoridad normativa, pero también puede obedecer a «algún valor o principio que



se considera relevante (por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil); en ambos casos la fuerza viene determinada, en principio por la autoridad legislativa. En el primer caso (por ejemplo, las presunciones legales) se busca la verdad, y en el segundo se pretende proteger un valor (presunciones de derecho).

Las máximas de experiencia cumplen la función de afianzar el razonamiento que se hace desde cada medio de prueba (Abel Lluch, 2015: 92). Así, el razonamiento probatorio se estructura a partir de un medio o fuente de prueba, del cual, mediante la contextualización que permiten las máximas de experiencia<sup>408</sup> confirmar o descartar, o hacer más probable o menos probable los hechos tema de decisión. La fuerza probatoria se genera con base en las máximas de experiencia; por ejemplo, los seres humanos tenemos posibilidad de percibir los estímulos externos; así, es posible que el testigo haya escuchado y haya visto. Si a esto se le agrega que el testigo tiene en buen estado sus cinco sentidos, las condiciones temporales y modales de la percepción, y la ausencia de algún interés en mentir. Además, si la práctica formal de la declaración se sometió a un interrogatorio cruzado de partes, en forma pública y con la intermediación del juez, se suma una cualidad adicional que puede brindarle mayor fuerza suasoria<sup>409</sup>.

¿Cuál es el esquema de razonamiento inferencial más adecuado para la prueba judicial? Como lo pone de presente Tuzet (2014: 132-133) puede hablarse de dos tipos de inferencias, las *deductivas* y las *no deductivas*; lo más frecuente es que los elementos probatorios hagan solo probable una cierta conclusión, o sean solamente probables a partir de una cierta hipótesis. Así, las inferencias que permiten las pruebas «son por tanto no deductivas, salvo aquellos raros casos en los que hay certeza en un sentido o en el otro». De esta forma, como regla general, en ámbito probatorio, las premisas, que son las pruebas, no garantizan la verdad de la conclusión; por ello, el razonamiento probatorio no es reducible a una deducción en términos formales, pues, *a priori*, no es posible que una generalización del conocimiento humano garantice la verdad de una hipótesis probatoria<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> Para Ferrajoli (2011: 53) las máximas de experiencia son generalizaciones del conocimiento humano habitualmente sobreentendidas (entimemáticas) sobre la fiabilidad de experiencia análogas.

<sup>409</sup> Ferrajoli (2011: 141 y ss).

<sup>410</sup> El tema de la deducción en el razonamiento inferencial probatorio no deja de ser polémico ya que en la doctrina, por ejemplo, Gascón Abellán (1999: 181) habla de «prueba deductiva» en el caso de las pruebas científicas de mayor «calidad epistemológica»; pero al mismo tiempo defiende esta autora (1999: 180) el

Explica Tuzet (2014: 133) que las inferencias *no deductivas* pueden ser inductivas o abductivas. Las inductivas «generalizan nuestras experiencias»; las abductivas «formulan hipótesis explicativas». Ambos tipos de inferencias «no garantizan la corrección de sus respectivas conclusiones y que, sin embargo, son indispensables en nuestra vida cognoscitiva y práctica»; pues es indispensable que cotidianamente hagamos generalizaciones, como ocurre con este famoso ejemplo de Russel:

Un pavo recibe cada día una ración de comida de su dueño y formula la inducción según la que cada vez que llega el dueño llega también la comida, hasta el día en que el dueño llega y le retuerce el pescuezo.

Explica Tuzet (2014: 133) que el pavo ha hecho una mal razonamiento inductivo, pues la «verdad de las premisas particulares no garantiza la verdad de la conclusión general»; pero tampoco el ejemplo demuestra que todas la inducciones sean malas.

Se precisa que en el ámbito judicial habitualmente operan razonamientos de la vida normal u ordinaria en el uso de las generalizaciones humanas. A pesar de esto, *a priori*, no puede decirse que por el hecho de que la inferencia se construya según lo que comúnmente ocurre no significa que tenga menos fuerza demostrativa. En efecto, en la teoría de la argumentación, Vegas Reñón (2003: 13-29) demuestra como en el ámbito de la vida normal los razonamientos que se construyen habitualmente tienen componentes referidos a la lógica, a la ciencia y al sentido común; en la argumentación lo usual es que se crucen varios tipos de

---

carácter de probabilidad del grado de confirmación que logra una generalización a la inferencia probatoria. Por su lado, Taruffo (2009: 117-119) explica que en una prueba científica, especialmente la de adn, «la conexión entre un hecho (causa) y otro hecho (efecto) está “recubierta” por una ley de naturaleza deductiva o, al menos, casi-deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi-certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión». También, en el caso de Ferrajoli (1995: 141-142) cuando propone el esquema nomológico deductivo para integrar las generalizaciones del conocimiento humano al análisis de la inferencia probatoria; pero explica Ferrajoli (1995: 142) que este esquema permite apoyar la falsedad de una hipótesis explicativa, pero de ninguna manera permite demostrarla.

Puede verse que para Gascón Abellán, Taruffo y Ferrajoli es solo un asunto de terminología, ya que hablan de deducción en el campo de la probabilidad, con inspiración en Popper. Cuestión esta que conduce a la problemática de entender el significado de lo que es la lógica; tema que va más allá del ámbito del presente trabajo. No obstante, puede sostenerse que la tendencia de la doctrina es a negarle a la lógica formal que se constituya en un esquema suficientemente adecuado para el razonamiento inferencial probatorio. Sobre una crítica del uso que de la lógica realizado por Popper en el campo de la filosofía de la ciencia, véase Haack (2007: 31 y ss.) con su metáfora del «vendedor de la sopa de clavos» ofrecida con el argumento de que su sabor era mejor si se le acompañaba con especias; así, engañaba su clientela porque su sabor no lo brindan los clavos de metal sino los condimentos que se le agreguen. Con esto, Haack explica el real papel (con frecuencia reducido) que cumple la lógica formal (los *clavos*) en el desarrollo de la ciencia frente a otros aspectos (los *condimentos*) como los psicológicos en el uso de los sentidos, la investigación, el ensayo-error, la intuición o los resultados imprevistos o casuales.

disciplinas: la lógica (analítica), la dialéctica (procedimientos y roles en la argumentación) la retórica (el arte de convencer); por lo tanto, se mezcla el sentido común, con la lógica y las ciencias<sup>411</sup>.

En este estudio se busca apuntalar la idea de que el razonamiento abductivo permite realizar el razonamiento probatorio en especial en situaciones complejas en las que se presentan cadenas de inferencias para resolver un caso, muchas veces en contradicción entre ellas; pero también existen situaciones en el ámbito del proceso civil en el que el razonamiento se reduce a una deducción como en los eventos en que los hechos que interesan a la decisión se establecen mediante prueba tasada (como en la prueba de la propiedad sobre inmuebles, o la obligación cambiaria o el estado civil de las personas). También existen situaciones en las que la prueba del hecho se establece mediante una única prueba, como en el caso de la prueba de ADN de la filiación entre las personas; aunque en este caso, no debe hablarse propiamente de prueba *deductiva*, pues ni siquiera en la prueba de ADN puede decirse que de la misma se desprenda automáticamente la calidad de padre o madre o de hijo. Piénsese en el caso de los gemelos homocigóticos, que tienen las mismas características genéticas<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> Distinto es el pensamiento de Perelman y Olbrechts Tyteca (1989: 699 y ss.) quienes se refieren a la fuerza de los argumentos haciéndola depender básicamente de la validez, la eficacia y la no refutación del argumento. La eficacia se refiere a que el argumento efectivamente persuade a un auditorio en particular, así el argumento desde el punto de vista de una persona mayor, normal y razonable no sea convincente. La validez se refiere a la convicción que genera el argumento a un auditorio universal en razón de que se basa en una máxima o generalización aceptada por el mismo aunque en la realidad no persuade a un auditorio en particular.

Aunque se toman algunos términos que propone la doctrina de Perelman no se siguen estrictamente los significados ni las consecuencias a la que llega el autor. Entre otras cosas, Perelman ubica los argumentos en materia judicial dentro de los que él llama de persuasión, perspectiva en la que interesa es el resultado psicológico, la persuasión sin importar la razonabilidad de los mismos. Con esta posición no es posible estar de acuerdo, pues, como se ha mencionado, el campo judicial es un ámbito en el que se cruza la lógica, la ciencia y el sentido común.

<sup>412</sup> La CSJ (Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de septiembre de 2010, exp. 2006-00314-01, M.P. Solarte Rodríguez) decide sobre un caso en el que el demandado acepta el contacto sexual con la madre de la menor de que trata el proceso de filiación; pero alega que también su hermano gemelo tuvo trato sexual con la madre de la menor en cuestión. Dado que la prueba genética realizada a ambos hermanos tuvo resultado idéntico en cuanto a la compatibilidad genética con la menor, la Corte considera que la prueba se valora en su conjunto, teniendo en cuenta los testimonios e indicios para resolver la incertidumbre que surgió de las pruebas genéticas. Explica la Corte que los gemelos monocigotos, son los que provienen de un mismo óvulo y se han desarrollado en una sola placenta y son individuos genéticamente iguales; por poseer genotipos idénticos, son del mismo sexo, y tienen marcadores genéticos idénticos.

En el proceso civil en muchas situaciones en el proceso civil existen complejidades probatorias en las que pueden concurrir indicios, pruebas científicas, testimonios, entre otros, que en el acervo probatorio de las hipótesis del proceso hay múltiples inferencias con diversos grados de confirmación<sup>413</sup>. Piénsese en los casos de responsabilidad médica para resolver situaciones de relación de causalidad en las que concurren pruebas periciales, testimoniales, documentos, e indicios. O en las situaciones en las que se trata de negocios simulación con el fin de ocultar los bienes a los acreedores.

Precisamente, el esquema de razonamiento *abductivo*<sup>414</sup> puede ser útil en la medida en que mediante la ayuda de las generalizaciones humanas (del sentido común o especializado) logra realizarse el análisis de las inferencias que se efectúan a partir de cada fuente o medio de prueba en particular a fin de establecer su fuerza o capacidad demostrativa. La intervención de las generalizaciones del conocimiento humano en las premisas del razonamiento judicial probatorio significa que ninguna prueba de la cultura humana tiene capacidad demostrativa en forma automática o directa; esta capacidad y su graduación se relacionan con la calidad de la generalización (máxima de experiencia o ley científica) que le sea aplicable. Por tanto, no son los medios o fuentes de prueba considerados los que, en sí mismos considerados, generan la demostración de los hechos sino que las inferencias realizadas con base en éstos tienen que contextualizarse en las generalizaciones del conocimiento humano para que pueda decirse que prueban.

Al respecto, explica De Miranda Vásquez (2014: 217-219) que el razonamiento probatorio a partir de las máximas de experiencia es una abducción demostrativa en la que existe un *punto de partida*, que es el aserto factual que requiere de prueba; la *regla o máxima de experiencia*, que opera como garantía del razonamiento; esto es, como un enunciado general de naturaleza implicativa; la *premisa menor o caso*; finalmente, la *conclusión*, que retorna al principio; por ello se trata de un razonamiento circular o argumentativo.

Por ejemplo, un testigo dice que durante el tiempo que fue inquilino, más de dos años, de una habitación en el apartamento de sus arrendadores, Cayo y Silvia, percibió que estos

---

<sup>413</sup> Es el caso de la denominada *cascade evidence* en la que concurre múltiples inferencias de pruebas producto de prueba indirectas que presentan diversos grados de confirmación de las hipótesis en competencia (Taruffo, 2009: 273).

<sup>414</sup> Sobre el papel de la abducción en la valoración probatoria del indicio véase De Miranda Vásquez (2014b: 191 y ss.). También la abducción es abordada en la prueba indiciaria por Muñoz Sabaté (2016: 94 y ss.)

tenían trato amoroso, se socorrían mutuamente, y compartían tanto el lecho como sus ingresos y gastos; desde la epistemología debe decirse que esta mera narración no genera, aisladamente considerada, capacidad demostrativa al juez sobre la verdad del hecho de la calidad de *unión marital de hecho* de sus arrendadores. Sobre la valoración de un testimonio en estos términos, dice De Miranda Vázquez (2011a: 232-233):

El esquema de razonamiento que se emplea al llevar a cabo la critología judicial es tremendamente sencillo y posee una notable fuerza de convicción (...) La premisa del razonamiento es que el testigo ha manifestado «a» y la conclusión es que sucede, o ha sucedido, «a». En realidad, esto es una fórmula sincopada (un entimema, puesto que se omiten premisas) de la inferencia completa, que se puede expresar del modo siguiente:

- Premisa primera: El testigo se encontraba en condiciones de presenciar el hecho o hechos que refiere.
- Premisa segunda: El testigo se encuentra en condiciones de recordar los hechos.
- Premisa tercera: El testigo dice la verdad.
- Premisa cuarta: El testigo ha expresado el hecho «a».
- Conclusión: Es cierto el hecho «a».

A veces, en la práctica, el funcionario judicial en sus decisiones de manera resumida (sincopada) o automática pasa de la cuarta premisa a la conclusión, eludiendo el análisis de la «razón de ciencia»; esto es, si el testigo estaba realmente en condiciones de percibir los hechos; también eludiendo examinar si el testigo se encuentra en condiciones de recordar los acontecimientos, y está diciendo la verdad. Por consiguiente, en la práctica judicial, a veces, se incurre en tomar el paso de la afirmación del testigo a la determinación del juez por dar establecido el hecho como si se tratara de una deducción, cuando en la realidad, el razonamiento probatorio es contingente o derrotable (Miranda Vázquez, 2011a: 233).

Las máximas de experiencia o las generalizaciones del conocimiento humano pueden ser de dos tipos: las que son producto del llamado *principio de normalidad*, o las del sentido común; y las que obedecen a las reglas científicas o técnicas<sup>415</sup> que se construyen con base en la experiencia científica; y a partir de éstas se considera que se pueden realizar inferencias más seguras y por ende argumentos probatorios con mayor capacidad demostrativa. Las primeras, se realizan con base en el sentido común y a partir de las mismas pueden construirse inferencias con fuerza demostrativa contingente. Las científicas suelen ser más probables que las del sentido común, pero no es posible decir de manera apriorística que logran tener mayor peso probatorio. La fuerza demostrativa sobre el hecho que interesa al proceso depende de la

---

<sup>415</sup> Al respecto, véase Ferrajoli (1995: 145-147), Abell Lluch (2014: 50-51) e Igartua Salaverria (2003: 167).

capacidad que tienen las generalizaciones que se apliquen para apoyar la conclusión probatoria.

Así, las generalizaciones del conocimiento tienen capacidad variable para apoyar las inferencias probatorias<sup>416</sup>. Algunas de ellas pueden lograr grados de confirmación que hacen que la inferencia sea la explicación más probable; por ello, permiten evaluar a un argumento probatorio como fuerte y con mucha capacidad probatoria<sup>417</sup>. Por ejemplo, en el caso de la identidad de la huella genética entre dos personas, científicamente se indica la alta probabilidad de que dos personas sean consanguíneas; pero también existen otras pruebas científicas que no son tan seguras como las psicológicas donde las generalizaciones se aproximan más al sentido común que en otros campos como el de la genética.

Las máximas de experiencia basadas en el sentido común, habitualmente no descartan otras explicaciones, como las que obedecen al principio de la normalidad, en las que la confirmación de la inferencia oscila gradualmente entre la ignorancia y la probabilidad, y pasa por la posibilidad; en estos casos, el argumento probatorio puede llegar a ser fuerte, contingente o débil. Por ejemplo, la tendencia de los parientes a ser solidarios entre sí puede llevar a refutar la inferencia que se haga con base en la declaración de un consanguíneo a favor del interés material de una de las partes, pero no la descarta porque no siempre se cumple la generalización.

De Miranda Vázquez (2011a: 236-237) se refiere a inferencia identificativa y asociativa; en la primera, la realidad presentada al juez por el medio de prueba es igual al *thema probandum*; en la segunda, «el ‘dato fáctico’ proporcionado por una fuente de prueba no se identificará en absoluto con el *thema probandum*» pero en la mente del juzgador se establecerá «una asociación de ideas tal que el ‘dato fáctico’ le conducirá, mentalmente, al *thema probandum*». De Miranda Vázquez (2014b: 202 y ss.) explica que la inferencia asociativa se presenta en el caso de la prueba indiciaria, que también se le denomina como

---

<sup>416</sup> Sobre el papel de las máximas de experiencia como garantía o respaldo de los argumentos sobre los hechos, ver Atienza (91, 227-234).

<sup>417</sup> Sobre la capacidad de confirmación de las generalizaciones del conocimiento, tanto del sentido común como las científicas, véase: Gascón Abellán (1999, 98 y ss.; Taruffo, 2002: 272).

inferencia indiciaria o presuntiva; la cual consiste en que a partir de un hecho comprobado se infiere otro hecho –*el factum probandum*–<sup>418</sup>.

Ciertamente, en materia probatoria existe una forma especial de razonamiento denominado *indicio*, el cual se caracteriza por estar constituido por una asociación de inferencias: la que se establece con ayuda de las máximas de experiencia que va del medio o la fuente de prueba al hecho base del razonamiento y de éste al *thema probandum*, y la que también, mediante las máximas de experiencia, se establece el hecho que interesa al proceso. Existe una concurrencia de inferencias con sus respectivas generalizaciones (del común o especializadas) que apuntalan su fuerza o capacidad demostrativa. Por tanto, en la inferencia indiciaria deben unirse dos razonamientos: el argumento que parte de la prueba, y luego el argumento que se construye basándose en el hecho probado para establecer el que interesa al proceso<sup>419</sup>. Por tanto, se trata de una inferencia explicativa, que parte de lo conocido hacia lo desconocido.

Esta caracterización del indicio hace creer que puede tener menos fuerza demostrativa que las denominadas pruebas directas. Pero lo más habitual también es que, por ejemplo, la prueba científica no establezca los hechos de forma directa, sino que es necesario hacer inferencias indiciarias. Así, mediante la prueba de ADN, propiamente hablando, no puede decirse que demuestre que una persona sea el padre de otra, sino que lo que se prueba de manera inmediata es la compatibilidad genética entre dos personas, y de este hecho, según las circunstancias de los hechos, puede demostrarse la paternidad. Algo similar ocurre con la inspección judicial, pues lo habitual es que de la misma se desprenda la prueba de hechos de los cuales a su vez se infiere el hecho tema de prueba. Por tanto, en abstracto no puede decirse que la inferencia indiciaria tenga menos capacidad demostrativa que las pruebas directas<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> En términos de Tuzet (2014:126) en el campo del razonamiento probatorio la inferencia explicativa es la más típica, la cual consiste en que «a partir de ciertos efectos conocidos se formulan las hipótesis sobre sus causas no conocidas (...) con base en las pruebas disponibles se busca una explicación causal de los eventos ocurridos».

<sup>419</sup> Explica Ferrajoli (1995: 130): «Apartándome del lenguaje corriente, propongo llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente de que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio».

<sup>420</sup> Precisamente, González Lagier (2014: 91) observa que la diferencia que no hay diferencias sustanciales las denominadas en la doctrina como prueba *directa* e *indirecta* pues en una y otra la otra existe un razonamiento inferencial a partir de generalizaciones del conocimiento humano; ni se diferencian en cuanto al grado de

El CPP no menciona la palabra indicio; pero siendo el indicio una forma de razonamiento, hay que asumirlo como parte de la libre apreciación racional de la prueba<sup>421</sup>. Por su lado, el CGP, como se estudia antes, lo pone como medio de prueba y hace una configuración del mismo. De todas formas, bien que el indicio se ubique o no como medio de prueba es inevitable que el mismo sea un asunto de valoración probatoria y nada tiene que ver con la actividad probatoria de la prueba, que es el asunto principal del medio probatorio. Quizá la razón por la que en el CGP se insista en su carácter de medio de prueba es la gran influencia de la obra de Devis Echandía (1981: 316-318), quién pregona la concepción de prueba judicial como razonamiento o argumento. Precisamente, al indicio hay que ubicarlo en el campo del razonamiento probatorio<sup>422</sup>.

En fin, lo que quiere decirse con lo anterior es que es ineludible en la valoración de los medios de prueba que el juez construya inferencias que tienen como base el medio, funden su fuerza demostrativa en experiencias (comunes, técnicas o científicas) análogas y apunten a demostrar una u otra hipótesis existente en el proceso.

En suma, puede decirse que el Tampoco el razonamiento probatorio no es reducible a una deducción ya que en el campo de la prueba de los hechos no es factible garantizar la verdad de las premisas a fin de subsumir en la misma el caso y extraer una conclusión también verdadera. Pero tampoco es reducible a una inducción en cuanto que si bien en la valoración de la prueba se parte de los medios probatorios para llegar a establecer una conclusión sobre los hechos (premisa fáctica) este proceder no lo agota pues no resuelve el problema de la fuerza demostrativa del razonamiento. La inducción asume la existencia de inferencias a partir de las pruebas a la hipótesis fáctica, pero no dice nada de cómo construirlas ni establecer su fuerza demostrativa.

---

fiabilidad que puedan tener; la distinción es solo gradual en cuanto que la segunda tiene una cadena de inferencias.

<sup>421</sup> En Muñoz Sabaté (2016: 25, 40 y 55) el indicio tiene una función de señalar, de indicar hechos. El indicio es una construcción intelectual, metafísica o lógica.

<sup>422</sup> La CCC (sentencia T-097 de 1994, M.P. Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico 10) trata el indicio como razonamiento: «Un indicio es un hecho material que permite mostrar otro o que sirve para formular una conjetura; es un punto de partida para construir una prueba, pero aisladamente no sustituye a la prueba misma. Su característica relacional impide que sea tratado como hecho puro bajo la lógica formal-silogística. El indicio es siempre incompleto y, por tanto, debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias, no como una verdad o como un axioma independiente».



La abducción permite seleccionar las máximas de experiencia mediante las cuales se construyen las inferencias probatorias y establecer su capacidad suasoria. La abducción permite clasificar, interpretar y demostrar los razonamientos que se desprenden de las pruebas. Debe observarse que frente a las inferencias de una prueba ante una determinada hipótesis de los hechos pueden concurrir muchas generalizaciones del conocimiento humano para efectos de su explicación; algunas permiten la construcción de la inferencia, otras la confirman y algunas apuntan a refutarla o *infirmarla* (Miranda Vásquez, 2014: 205,220-221).

Por consiguiente, bajo la abducción el razonamiento probatorio no tiene una estructura rígida, sino más bien compleja en la que caben muchas variables al momento de abordar la valoración de un conjunto en concreto. La abducción tiene la suficiente amplitud para permitir que el juez proceda a realizar una actividad de clasificación y de explicación de las máximas de experiencia que tenga disponibles, establecer su capacidad demostrativa frente a la inferencia que trata de evaluar; analizar si existen otras máximas de experiencia en competencia que la confirmen o la infirmen. El juez no puede anclarse<sup>423</sup> con la primera impresión que tuvo sobre la prueba, debe tener suficiente apertura frente a otras generalizaciones del conocimiento humano y mirar como encuadra la inferencia con el conjunto probatorio<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> Dice Bonorino: (2014: 176-177) «(.) una de las fallas más comunes del razonamiento espontáneo el llamado «anclaje» en las primeras impresiones. Esta falencia del razonamiento consiste fijar las creencias en las primeras observaciones y datos y, sobre todo, en las primeras conjeturas que realizamos para explicarlos». Véase también: Taruffo, 2002: 304-307; Nieva Fenoll, 2010: 124 y Contreras Rojas, 2010.

<sup>424</sup> En la sentencia de casación civil de la CSJ (SC9193 del 29 de marzo de 2017) se trata de un caso de responsabilidad médica por el daño neurológico del neonato (parálisis) a raíz de las condiciones de la madre en el parto. En el proceso hay dos conceptos opuestos, uno del testigo técnico, gineco-obstetra y otro del perito neuro-neonatólogo. El gineco-obstetra es dependiente de la clínica demandada que atendió a la mujer a la madre gestante, la demandante, y a quien tanto en primera como segunda instancia se le dio credibilidad y fue la base para la sentencia desestimatoria de la pretensión. Por su lado, el perito neuro-neonatólogo se constituyó en la base de la sentencia de casación en la que se revoca la sentencia de instancia y se acogen las pretensiones. En primera y en segunda instancia le restaron credibilidad al neuro-neonatólogo en consideración a que en el interrogatorio en la última pregunta sobre si consideraba que el parto debió anticiparse, contestó que ese era un asunto que no es de su especialidad y que debía ser respondido por un obstetra. Además, consideraron que el gineco-obstetra se mostraba más convincente por cuanto fue más preciso, detallado y contundente en su declaración.

La Corte en casación infirma las máximas de experiencia que esbozan los juzgadores de instancia y esgrime otras generalizaciones tales como que el dictamen neuro-neonatólogo es detallado y preciso al momento de establecer que la causa de la parálisis cerebral del neonato se relaciona con una «actividad uterina irregular» que demostraba un signo de sufrimiento fetal, debido a alguna infección o la tensión arterial, o un síncope de la madre; síntomas estos que no fueron advertidos por los médicos que atendieron a la madre, y que de haber realizado los exámenes clínicos o paraclínicos adecuados se podría haber evitado el resultado. Resalta también la Corte que el neuro-neonatólogo tiene distinciones a nivel mundial y gran trayectoria en las universidades

Tal cual se ve, en la valoración de cada medio probatorio es usual que el juez se encuentre con que pueden desprenderse más de una inferencia, y que en cada inferencia es posible que confluyan generalizaciones del conocimiento humano que apuntalen en su construcción pero también otras que sirven para destruirla o debilitarla. Metafóricamente, es como si el juez ingresara al *laberinto del minotauro* al cual si ingresa con la ayuda de la racionalidad (el *hilo de Ariadna*) posiblemente las decisiones que tome sobre las inferencias (senderos) a seguir pueden llegar a la salida correcta. La prueba en su analítica se bifurca en inferencias y estas a su vez en generalizaciones del conocimiento; el sendero de las inferencias correctas se toma con los senderos de las máximas de experiencia también correctas. El juez con el *hilo* de la aducción debe clasificar, ponderar y decidir sobre cada inferencia, y cada máxima de experiencia. Pero en el juzgamiento final sobre la suficiencia probatoria el juez debe tomar este tipo de decisiones sobre cada prueba y mirar como encajan entre sí en el conjunto probatorio.

#### **4.3.4. La valoración en conjunto**

¿Cómo y en qué condiciones se acepta como probada una hipótesis fáctica? En este aspecto hay que tener presente la exigencia jurídica de la valoración en conjunto; la cual, se regula en el CGP (art. 176) de la siguiente manera:

*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.

---

nacionales en su especialidad. La Corte en apoyo a la explicación sobre la causa del daño en el niño cita diversos tratados médicos sobre el sufrimiento fetal y la hipoxia, refiriendo ampliamente las causas y consecuencias.

Asimismo, la corte considera que el médico génico-obstetra en razón a la dependencia que tiene con la entidad de salud demandada tiene menos credibilidad por cuanto su declaración puede explicarse por el hecho de que pueden verse comprometidos los intereses de su empleador. Además, de cara a la historia clínica y la ciencia médica sobre el sufrimiento fetal y la hipoxia su testimonio resulta inconsistente.

En fin, puede verse como confluyen en este caso máximas de experiencia apoyan una inferencia probatoria, otras que infirman tales máximas, otras que fundan las inferencias que apuntan hacia la hipótesis contraria. Asimismo, puede notarse como los jueces de instancia incurrían en el intuicionismo al reparar en detalles tan inciertos como el de la convicción con la que declara una persona; y también en el error del anclaje en un detalle para descalificar todo el testimonio, como el hecho de que el neuro-neonatólogo no respondió una pregunta de obstetricia.

En fin, la Corte concluye que hubo negligencia médica ya que la madre tenía suficientes síntomas (problemas de presión arterial, síncope, diabetes, ausencia de movimiento del feto, *inter alia.*) para que tuviera un seguimiento especial en su embarazo con exámenes para detectar la posibilidad del sufrimiento fetal y evitar el daño que finalmente sufrió el niño.

Según Jiménez Conde (como se citó en Abel Lluch, 2014: 148), la valoración en conjunto consiste en:

«(...) poner en relación unos medios de prueba con otros a fin de otorgar a cada uno, en consideración a los restantes, el valor o grado de eficacia acreditativa que -legalmente o según el criterio discrecional del Juzgador- le corresponda».

Abel Lluch (2015: 152-153) pone de presente que la exigencia de la valoración conjunta requiere resolver situaciones tanto de concurrencia como de colisión entre pruebas. La concurrencia significa que varios medios de prueba apuntan a probar hacia una misma dirección; en estos casos de todas maneras el juzgador debe indicar de forma detallada qué pruebas concluyen, cómo se completan y hacia dónde apuntan. La concurrencia tiene utilidad en situaciones en las que, por ejemplo, un testigo o un perito son tachados; en este caso el fallador debe indicar en qué sentido los medios de prueba que concurren le otorgan credibilidad a la prueba objeto de cuestionamientos. Finalmente, la concurrencia puede ayudar a integrar el concepto de motivación *suficiente* en cuanto que si varios medios apoyan una hipótesis de los hechos es preferible que se haga mención de todos a fin de que la motivación logre expresar la razón de la decisión.

De otra parte, en un proceso judicial determinado también podrían concurrir las cargas procesales con valor tasado, incluyendo los indicios endoprosales tasados con los indicios libres de conducta procesal que están implicados en las consecuencias de las cargas procesales de la *facilidad probatoria*, lo mismo que con otras formas de distribución del riesgo probatorio como las normas sustanciales y las presunciones en estricto. En principio la acumulación de las distintas formas de distribución del riesgo y de peso a apuntar a una misma hipótesis o a negar la contraria tiene la potencialidad de afectar el derecho a la prueba de la parte afectada. Piénsese por ejemplo, un régimen objetivo de responsabilidad como el del daño por los animales (art. 1995 del Código Civil colombiano) y, al tiempo, establecer una facilidad probatoria relacionada con el nexo causal. Precisamente, antes se estudia antes (apartado 2.1.1.2.1.) que las reglas de *facilidad probatoria* deben operar de manera residual, y solo para aquellas situaciones en las que no exista regla especial aplicable al caso.

En los casos de colisión, debe diferenciarse entre situaciones en las que existen medios de prueba tasados y libres, y entre medios de prueba de libre valoración. Cuando se trata de colisión entre medios de prueba tasados y libres, debe prevalecer la valoración tasada (Abel Lluch (2014: 153-155); en la legislación colombiana, por ejemplo, ante varios testigos que

contradigan el contenido de una escritura pública debidamente registrada, prevalece esta última; la misma solución debe aplicarse con otros tipos de documentos como los títulos valores que prueban las obligaciones cambiarias con respecto a otros documentos o testigos. En el caso de la prueba del estado civil de las persona en Colombia, la única prueba admisible es el registro de estado civil respectivo, o en su defecto, en caso de pérdida o destrucción, con los «folios reconstruidos o con el resultante de la nueva inscripción» del registro civil (dec. 1260/70) <sup>425</sup>; en este caso existe un peso negativo de valor probatorio para los testimonios, confesión y demás medios de prueba.

Respecto del CGP deben considerarse las cargas procesales de peso y distribución del riesgo probatorio para analizar si colisionan con medios de prueba libres; en este tipo de cargas procesales en consideración a que admiten contraprueba no puede pensarse que tengan preeminencia sobre los medios de prueba libres, por tanto, se asumen como pruebas libres; pero en el caso de los documentos que tengan *rastros de autoría* (firmados, manuscritos, la voz, la imagen, la firma) tienen como carga procesal la presunción de autenticidad que admite la tacha por falsedad, la cual, por sus especiales exigencias implica menos libertad para contraprobar la autenticidad del documento (CGP, arts. 185, 269, 270, 271 y 272)<sup>426</sup>.

De otra parte, como se ve con anterioridad, los indicios endoprocesales que contienen la *presunción* de hecho cierto conceden certeza mientras no haya contraprueba libre. En otras palabras, si existe contraprueba del indicio endoprocesal con presunción del hecho cierto, se valora libremente; si no hay contraprueba se asume con valor tasado. Es pertinente tener presente que la valoración libre del indicio implica, como lo establece la CSJ (Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2013, M.P. Salazar Ramírez) que «(...) el conjunto indiciario ha de salir indemne ante pruebas infirmantes o contraindicios capaces de eliminar esa concatenación general de que se viene haciendo mérito» (Sentencia de 21 de mayo de 1992, exp.: 3345). Es decir que en el proceso de elaboración de las hipótesis

---

<sup>425</sup> Véase Parra Quijano (2011: 558-560) sobre la interpretación de la normatividad vigente sobre la prueba del estado civil de las personas.

<sup>426</sup> Según Álvarez Gómez (2017: 196-201) la tacha por falsedad de un documento exige como condicionamientos que la petición de tacha se realice en la oportunidad procesal respectiva, expresando los motivos o fundamentos de la petición, solicitud de las pruebas, tiene como objeto la falsedad del documento (alteración de la firma o del manuscrito o adulteración de la voz o la imagen) y que no exista reconocimiento expreso o tácito del documento.

indiciarias es preciso examinar las suposiciones invalidantes o situaciones que dejan en evidencia la posibilidad de arribar a una conclusión distinta de la que se pretende demostrar.

Finalmente, en todas aquellas situaciones en las que los distintos medios de prueba de valor libre recaudados en un determinado proceso judicial apunten hacia distintas hipótesis en competencia es pertinente tener presente la propuesta de Gascón Abellán (1999: 179-187) acerca de condiciones de las condiciones para que se pueda aceptar como verdadera una hipótesis fáctica. Dice que esto depende: de su grado de confirmación, de su no refutación y la mayor probabilidad que las demás hipótesis.

Sobre el *grado de confirmación*, esto es, la probabilidad o credibilidad de una hipótesis probatoria aumenta o disminuye según: a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las reglas y máximas de experiencias usadas<sup>427</sup>; b) la calidad epistemológica de las pruebas que la confirman; c) el número de pasos inferenciales que separa la hipótesis de las pruebas que la confirman, y d) la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones<sup>428</sup>, las cuales indican que a mayor número de confirmaciones del conjunto de conocimientos, mayor será el grado de probabilidad.

Con estas reglas podría dar mayor valor a una prueba que se apuntala en una máxima de la ciencia que en una del sentido común. Pero, como se ha dicho antes, a veces máximas del sentido común tienen también suficiente fuerza para apuntalar o descartar una hipótesis como ocurre con la máxima de la imposibilidad física del *don* de la ubicuidad (Gascón Abellán: 1999: 99-100). La concurrencia de prueba para apoyar una hipótesis es un criterio importante para definir la fiabilidad probatoria, pero debe tenerse presente que las pruebas valen más por el peso que por el número. Finalmente, ya se vio que aunque una inferencia indiciaria tiene mayor número de pasos que las pruebas directas, a veces tienen mayor capacidad demostrativa que las últimas.

Por su lado, *la no refutación*: este requisito indica que las pruebas encontradas no se hallen en contradicción con la hipótesis; lo cual presupone que «es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de contrariedad)» (Gascón Abellán, 1999: 115, 184 y 185).

---

<sup>427</sup> Precisamente, como lo explica Abel Lluch, (2014: 22), la decisión judicial como fruto del razonamiento que se realiza mediante inferencias probabilísticas.

<sup>428</sup> Según Ferrajoli (1995: 150), para dar por probada la hipótesis acusatoria es necesario que se encuentre confirmada por plurales pruebas, vale decir, por un sistema coherente de datos probatorios «graves, precisos y concordantes».

Para Ferrajoli (1995: 150) la garantía del contradictorio, o la posibilidad de la refutación o de la contraprueba, es más importante que la necesidad de la prueba. En efecto, si la verificación de una hipótesis resulta imposible, dado que su verdad no puede ser demostrada sino solo confirmada, en cambio es posible su refutación. Y mientras que ninguna prueba o confirmación es suficiente para justificar la libre convicción del juez sobre la verdad de la acusación, una sola contraprueba o refutación es suficiente para justificar el convencimiento contrario. Esta es la garantía de la defensa.

Para Gascón Abellán (1999: 115, 184): «El sometimiento a refutación de las hipótesis es la ‘prueba de fuego’ para poder aceptarlas. Por eso, puede afirmarse que la refutación de las hipótesis, o mejor, el intento de refutarlas ‘es la savia del actual derecho procesal probatorio’».

Ahora bien, acerca de la *mayor probabilidad* que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos, Gascón Abellán (1999: 115, 186) recomienda recurrir al criterio de la coherencia narrativa, que indica cuál de las hipótesis en liza resulta más improbable, siendo aquella hipótesis la que exige presuponer un mayor número de eventos y recurrir a un mayor número de principios explicativos auxiliares para permitir la coherencia entre la hipótesis y los hechos probados. Sin embargo, es posible que al final ninguna de las hipótesis resulte probada, por lo cual el juzgador debe recurrir a las reglas legales de decisión que indican en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. Constituyen ejemplos de esto el *in dubio pro reo*<sup>429</sup> en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba.

Puede verse que la valoración probatoria, en gran medida, es un ejercicio intelectual de establecer las inferencias probatorias y de determinar su grado de aceptación o confirmación; por consiguiente, el juez que decide sobre ellas, debió también participar activamente durante la producción de las premisas de las mismas; es decir, en la práctica de las pruebas. Ahora bien, los anteriores contenidos serían inanes sin las exigencias constitutivas de la motivación de la decisión judicial, pues como se menciona antes, el valor de una prueba se encuentra en gran medida garantizado por la máxima de experiencia (del sentido común o de la ciencia) que le sea aplicable; pero estas máximas son muy falibles y a veces engañosas, por ello, la

---

<sup>429</sup> Al respecto, Ferrajoli (1995: 151) considera que el principio del *in dubio pro reo* equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella.

motivación de la valoración probatoria es imprescindible para controlar el razonamiento del juez, tanto por la misma justicia como por el entorno social.

Así, la valoración probatoria, metafóricamente, es el *jardín de los senderos que se bifurcan*<sup>430</sup>, y en cada encrucijada del laberinto hay que tomar la decisión sobre cual inferencia seguir, y esto a su vez depende de la generalización del conocimiento que se escoja. El hilo de la racionalidad es lo que permite unir un sendero con otro para juzgar el conocimiento que permite arribar a la verdad sobre los hechos. Pero esta racionalidad debe construirse por el juez a lo largo del proceso, y la sentencia es el momento en que debe expresarla y darla a conocer a las partes en cumplimiento de la debida motivación de la decisión final.

#### **4.4. De la motivación de la decisión judicial**

De conformidad con el art. 280 (CGP)

La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas<sup>431</sup>.

Al respecto, la CCC dice<sup>432</sup>:

Una de las dimensiones del debido proceso es la motivación del acto. Todo acto debe ser motivado con expresión de las razones justificadas, como desarrollo del principio de legalidad, para determinar si este se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma.

---

<sup>430</sup> Borges, 1975 (1989, Vol. I: 472-480) habla del *Jardín de los senderos que se bifurcan*, con el cual, entre otras cosas, busca expresar, metafóricamente, como en el recorrido de la vida en cada paso nos encontramos con diversas alternativas, se optan por unas y se eliminan otras y de esta manera se va labrando nuestro porvenir. El personaje, un espía, de la historia que cuenta Borges finalmente se pierde en su laberinto personal, se equivoca en sus decisiones, y termina condenado a muerte.

El juez en la valoración encuentra que cada prueba le genera una encrucijada sobre la inferencia a tomar, y esta decisión lo lleva también a otra encrucijada, sobre la generalización a asumir; y esto puede llevarlo a abandonar la inferencia que tomó inicialmente y a asumir otra. En la valoración de la prueba el juez se sumerge en una especie de caos del cual solo puede salir con el uso de la razón.

<sup>431</sup> En interpretación del art. 280 (CGP) establece la CSJ (Sala de Casación Civil, SC9193-2017, cons. 1, M.P. Salazar Ramírez) considera que «la motivación razonada de la decisión significa que las sentencias deben estar constituidas por un razonamiento lógico cuya conclusión sea el resultado de la demostración de los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial que contiene las consecuencias jurídicas que se reclaman en las pretensiones de la demanda».

<sup>432</sup> La CCC, sentencia T- 187/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero. También de esta misma Corte la sentencia T-242/99 (Cons. III. M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano) y sentencia C-054/, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Tal como se advierte hasta ahora, la *valoración* consiste en la verificación de los enunciados fácticos, en la estimación de su correspondencia con los hechos que describe, de ahí que la motivación no sea innecesaria ni imposible, al contrario, frente a la ausencia de la misma, es decir, de la explicitación de las razones que apoyan la verificación de los enunciados fácticos, la libre valoración se convertiría en valoración discrecional, libre, arbitraria y subjetiva (Gascón Abellán, 1999: 189 y ss). Se haría nugatorio el derecho a la prueba si no se hace una adecuada motivación de la valoración ya que afecta la posibilidad de refutación de los argumentos probatorios que el juez utiliza en la sentencia para declarar la verdad en el proceso. En este sentido debe decirse que la motivación también constituye un derecho fundamental.

La exigencia de motivación de las sentencias se relaciona de una manera directa con el principio del Estado democrático de derecho y una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, que se apoya esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la ley y los fundamentos de la sentencia deben dirigirse, también, al logro del convencimiento, no solo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano<sup>433</sup>.

La motivación tiene el valor *endo-procesal* de garantía de defensa y el valor *extraprocesal* de garantía de publicidad. Y puede considerarse como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial (Ferrajoli, 1995: 623). La motivación constituye una garantía epistemológica y una exigencia del Estado de derecho, entendido como un medio para evitar la arbitrariedad del poder, además de cobrar una dimensión política-jurídica de los individuos y de sus derechos, asimismo, implica el fundamento en la legitimidad de los jueces, toda vez que los individuos no se conforman con una simple apelación a la autoridad, sino que exigen razones respecto de las decisiones jurisdiccionales<sup>434</sup>.

Como observa Taruffo (2002: 435), la motivación es objeto de una garantía específica, que hace posible un control posterior sobre las razones presentadas por el juez como

---

<sup>433</sup> Pedraz Penalva (1990: 223).

<sup>434</sup> Al respecto, Carrara (1978: 405) hace referencia a la distinción «convicción autocrática» y la «convicción razonada». La primera se basa en la «mera inspiración del sentimiento», y la otra, expone las razones tanto jurídicas como fácticas.



fundamento de la decisión. La motivación es, pues, una justificación racional, cuyo objetivo fundamental consiste en permitir el control sobre la racionalidad del juzgador. Asimismo, la motivación se aplica a la valoración de las pruebas y el juicio sobre los hechos, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas<sup>435</sup>. Cuando la valoración se fundamenta en el intuicionismo del juez, como el darle relevancia a que el testigo se haya sonrojado, o que evite la mirada a los ojos, o muestre movimientos corporales de nerviosismo, es un síntoma de que realiza una valoración voluntarista, y que oculta la ausencia de motivación; por ello, no se trata de un juicio racional (Nieva Fenoll, 2010: 348)<sup>436</sup>. En términos de Contreras Rojas (2015: 327):

(...) a valoración demanda el uso de pautas que permitan asegurar la racionalidad y controlabilidad del ejercicio inferencial lo que no se concilia con la atención a cuestiones extrasensoriales, pues en ese escenario se hace imposible que el sentenciador pueda expresar en forma clara, precisa y detallada cuáles son las razones concretas que le llevan a tomar su decisión.

Dada la naturaleza probabilística de la prueba se hace necesario que, en la valoración, el juez en la sentencia explicita los argumentos probatorios que tiene en cuenta y establezca su fuerza de convicción; para este efecto, deben hacerse expresas las máximas de experiencia que aplica en cada caso en concreto. Fuera de lo anterior, el juez debe ser coherente al momento de escoger la hipótesis sobre los hechos que mejor se encuentra probada en el proceso, mencionando asimismo en qué sentido es prevalente o preponderante sobre la hipótesis en competencia y demostrar que en realidad supera el estado de duda probatoria.

La motivación de la sentencia con base en la prueba constituye una exigencia que se desprende del derecho a probar; como tal, también hace parte de las exigencias propias del debido proceso y tiene como remedio procesal a su incumplimiento la nulidad procesal.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia<sup>437</sup>, ha sostenido, tradicionalmente, que no toda deficiencia argumentativa en la fundamentación de una decisión judicial es de suyo suficiente para viciar de nulidad el acto respectivo por violación al debido proceso o el derecho de

---

<sup>435</sup> Nieva Fenoll (2015: 34-35) menciona la importancia de que el juez exprese en su valoración de la prueba lo que ha percibido e interpretado de la actividad probatoria; lo cual también facilita la labor de las partes en el ejercicio de sus recursos.

<sup>436</sup> El juez a fin de alcanzar criterios objetivos y racionales de valoración probatoria debe centrarse en depurar la información que las partes y los testigos le proporcionan; para lo cual debe abandonar la tentación de recurrir al subjetivismo (Nieva Fenoll, 2012: 5).

<sup>437</sup> CSJ, Sala Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2002, radicado 17392, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

defensa, y que solo cuando materialmente no existe motivación, o cuando existiendo es deficiente, equívoca o ambivalente resulta posible su estructuración<sup>438</sup>.

Respecto a esta posición jurisprudencial, debe decirse que si bien no es necesaria una argumentación compleja sobre los hechos y que cubra todos los detalles posibles, tampoco resulta menos cierto que deben existir unos mínimos para que pueda decirse que se ha realizado el derecho fundamental a la prueba en el sentido de que la parte perjudicada en su interés material consiga en efecto refutar la argumentación del juez. Por tanto, resulta insuficiente el criterio negativo y abstracto según el cual la argumentación probatoria no puede ser deficiente, equívoca o ambivalente.

El presente trabajo propone que para cumplir en serio el derecho fundamental a la prueba, el juez debe argumentar suficientemente por qué la hipótesis fáctica que da como verdadera tiene mejor capacidad demostrativa que la otra hipótesis en competencia, y en qué sentido, razonablemente, logra o no superar el estado de duda. Para ello es necesario que exprese en el cuerpo de la decisión las premisas de las inferencias que haga basándose en las máximas de experiencia y establezca la fuerza argumentativa de cada una de ellas<sup>439</sup>.

Dice Igartua Salaverria (2003: 167) que las generalizaciones son un concepto que se basa en el sentido común y constituye un conjunto incierto e incoherente y variable, epistémicamente dudoso e incontrolable; en él se amontonan datos científicos, leyes naturales, ilaciones carentes de sentido, valoraciones morales, prejuicios sabiduría popular. En vista de este fenómeno se explica que los jueces se contaminen de esta atmósfera y se apoyen en reglas de experiencia tan inseguras como: «las confesiones son normalmente verdaderas», «el testimonio de un policía es más fiable que el de otros testigos», «cuanto más seguro esté seguro de sí el testigo hay más probabilidades de que dice la verdad»<sup>440</sup>. En consideración a esta situación el autor propone el autor:

---

<sup>438</sup> La sentencia de Casación Penal del 7 de febrero de 1994 (radicado 8273, M.P. Guillermo Duque Ruiz) dice que cuando la motivación «es ilógica e incompleta, que no permite siquiera elaborar con acierto una demanda de casación, porque el agraviado con el fallo no alcanza a comprender los fundamentos del mismo, necesariamente hay que decretar su nulidad para precaver los derechos del afectado con la decisión (...) Es bien sabido —y es una suma lógica— que la parte conclusiva del fallo ha de ser el resultado de la parte motiva o consideraciones precedentes».

En este mismo sentido, Casación Penal, 1 de julio de 1993 (radicado 7801, M.P. Edgar Saavedra Rojas).

<sup>439</sup> Igartua Salaverria (2003: 167). En sentido similar, véase Contreras Rojas (2015:144-145)

<sup>440</sup> La irracionalidad en la escogencia por el juez de las máximas de experiencia y su peso encuentra una explicación en la doctrina probatoria consistente en el denominado *anclaje*, el cual consiste en la tendencia de

(...) para evitar la infiltración subrepticia de elementos tan descontrolados en las decisiones judiciales, la primera medida consiste en exigir que los Jueces saquen a la superficie las máximas con las que justifican su decisión a fin de que pueda controlarse su eventual arbitrariedad o la consistencia de su basamento empírico (Igartua Salaverria, 2003: 167).

En la motivación sobre las máximas de experiencia debe realizarse teniendo en cuenta el siguiente derrotero analítico por parte del juzgador:

*a)* Deben estar bien fundamentadas (esto es, ser la conclusión de un argumento inductivo bien construido, que partiendo del examen de casos particulares concluya el enunciado que describe una regularidad empírica) y *b)* en el caso de que establezcan una regularidad probabilística (si *p*, entonces probablemente *q*), la probabilidad debe ser elevada (González Lagier, 2014: 96).

A pesar de las perentorias advertencias de la doctrina, el control de la decisión de instancia es aún insuficiente en cuanto a los aspectos que constituyen su objeto. En efecto, si la sentencia se emite en procesos de única instancia no existe control alguno de la valoración probatoria. Si se trata de procesos judiciales con doble instancia, el control de la fiabilidad probatoria se puede realizar ampliamente en la segunda instancia. Pero cuando se trata de controlar los razonamiento de la segunda instancia mediante el recurso extraordinario de casación la situación se torna problemática, pues como se expresado antes, la tendencia es a tener como objeto de revisión los aspectos formales del razonamiento, tales como el análisis binario de existencia (suposición o pretermisión o tergiversación) pero, en gran medida, se elude el control de la fiabilidad de la prueba<sup>441</sup>.

Sobre el control de la fiabilidad probatoria en la CSJ (Sala de Casación Civil y Agraria) hay que insistir en que se encuentra limitado por la denominada *presunción* de acierto y legalidad de la sentencia de instancia, o por la *autonomía* del juzgador al valorar la prueba<sup>442</sup>. Sin embargo, se encuentran ejemplos del control de la fiabilidad probatoria en campos como

---

muchas personas a asumir como definitiva la primera impresión que tuvieron en el contacto con otra persona o una situación. En el campo probatorio el fenómeno se refleja por la tendencia que pudiera tener el juez de asumir el grado de confirmación de una prueba de acuerdo al momento en que toma conocimiento del elemento probatorio en cuestión, resistiéndose a cambiar de perspectiva a pesar de los elementos que puedan llegar posteriormente (véase, Taruffo, 2002: 304-307; Nieva Fenoll, 2010: 124; Contreras Rojas, 2010: 117-123).

<sup>441</sup> Explica Abel Lluch (2015: 70), refiriéndose a la jurisprudencia española, que «(...) la errónea valoración probatoria podrá ser revisable por vía de recurso extraordinario por infracción procesal en supuestos tasados de infracción de «las reglas de la lógica» y circunscritos a: a) un error patente que significa un error notorio en el juicio de hecho de la sentencia; b) una valoración arbitraria, que significa una valoración arbitraria, al margen de las normas de valoración probatoria, sean libre o tasadas; c) una valoración con infracción de las normas de prueba tasada, por ser normas que se imponen a la voluntad del juzgador».

<sup>442</sup> Por ejemplo, véase CSJ (Sala de Casación Civil) las siguientes sentencias: sentencia del 21 de noviembre de 1971, sentencia del 19 de octubre de 1994 (M.P. Jaramillo Schloss, Exp. 3972) y sentencia del 18 de agosto de 2010, cons. 2, M.P. Namén Vargas).

el razonamiento indiciario<sup>443</sup>, la responsabilidad por el daño médico<sup>444</sup>, la prueba pericial<sup>445</sup>, en la valoración del testimonio<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> Ejemplos de jurisprudencia CSJ (Sala de Casación Civil) en las que se examina la valoración del indicio: sentencia de 21 de mayo de 1992 (exp. 3345, M.P. Jaramillo Schloss); sentencia del catorce 14 de marzo 2000 (M.P. Ardila Velásquez); sentencia del 19 de diciembre de 2013, M.P. Salazar Ramírez.

<sup>444</sup> CSJ, Sala de Casación Civil, SC9193-2017, M.P. Salazar Ramírez

<sup>445</sup> Por ejemplo, CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2012, (M.P. Salazar Ramírez);

<sup>446</sup> CSJ (Sala de Casación Civil), 19 de diciembre de 2016, SC18595, M.P. Salazar Ramírez

## Conclusiones

1. El título «El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano» implica el estudio de la garantía del derecho a la prueba como la categoría jurídica genérica para las demás garantías del derecho probatorio; y dado su carácter iusfundamental se analiza si sus diversos contenidos se encuentran debidamente garantizados para su efectiva aplicación en el CGP. El derecho constitucional a la prueba tiene garantías de efectividad en los distintos estamentos del Estado de Derecho (Constitución, Ley, administración) que tienen incidencia en la normatividad del CGP; en especial, mecanismos constitucionales como la denominada *acción de tutela* (recurso de amparo), y otras garantías constitucionales como la del juez competente, el abogado, la asistencia jurídica gratuita; y otros mecanismos de eficacia del orden legal, como las distintas facilidades probatorias, el aseguramiento de la prueba, entre otros.

2. La expresión *derecho a la prueba* es el *genus* que en el derecho contemporáneo tiene la suficiente amplitud semántica para comprender otras garantías y categorías históricas y contemporáneas del derecho probatorio, como el antiguo y aún actual *testigo*, entendido en el sentido empírico del término. Otras figuras más actuales como el denominado *derecho a la verdad*, y tradicionales como el *debido proceso probatorio*, la contradicción (defensa). La dificultad que ha tenido la expresión *derecho a la prueba* estriba, básicamente, en que el término *prueba* también ha comprendido las históricas *pruebas mágicas*, y en un idioma como el inglés, que tanta incidencia tiene en el vida actual, no existe un término genérico con el mismo sentido de prueba del español (*prova*, en italiano; *preuve*, en francés; o *beweis*, en alemán).

3. Cabe resaltar que la categoría *testigo* (entendido en un sentido amplio, de parte, de tercero, experto o de acreditación) es la que mejor identifica el significado de prueba judicial en la época actual; no solo es la categoría histórica de la prueba en sentido empírico, sino que en la actualidad existe toda una disciplina que desde la filosofía del conocimiento se dedica solo al *testimonio*, el cual se constituye en una auténtica rama de la epistemología contemporánea, desde los años sesenta del siglo XX. El derecho al testigo como se toma del actual DIDH es la misma idea medieval y antigua del *testigo*, en sentido empírico, sobre los hechos de las personas o las cosas (no en el sentido religioso de la *experiencia* mística) que se ha usado como garantía de las personas frente a la realización de la justicia en sus distintas

modalidades y épocas. Desde luego, en todas las épocas el *testigo* ha concurrido con las pruebas mágicas, en unos tiempos, a veces reluciente y, en otros, opaco. Así, el derecho al testigo es el mismo derecho a la prueba. Pero el testigo, como medio de prueba, se entiende comprendido en el derecho a la prueba.

La concepción teórica de *testigo* no riñe con el concepto dogmático de *prueba*; por el contrario, obliga al analista a considerar, en serio, una de las ventajas de los sistemas orales, en cuanto que los documentos o la evidencia física son pruebas en la medida en que las personas los crean, los contextualizan o le dan sentido; asimismo, por definición la experticia no es un documento, ni una *palabra privilegiada o de autoridad*, sino que se trata de un ser humano que aplica su conocimiento y su experiencia especializada y vital al caso.

4. El derecho a la prueba es una garantía con autonomía conceptual con respecto al debido proceso; pues éste básicamente puede ubicarse en el campo de la validez jurídico-procesal, y sus mecanismos de efectividad son la nulidad, la exclusión, el rechazo o la inadmisión. Por su parte, la prueba representa una categoría que tiene componentes de validez jurídica, los cuales son subsumidos perfectamente por la categoría debido proceso probatorio; pero tiene otros contenidos que tradicionalmente no han sido parte del debido proceso, como los de la eficacia probatoria y las condiciones materiales y económicas de acceso a la prueba. La eficacia probatoria es un campo propiamente referido a la epistemología y tiene que ver con las condiciones bajo las cuales se le puede o no creer a un testigo; esto es, la de establecer la fuerza o la capacidad demostrativa de una prueba. Asunto que no depende de reglas jurídicas, sino que se deja a la apreciación racional del juez.

Como consecuencia de este punto de partida, reducir las garantías del derecho a probar a las garantías del debido proceso sería generar un sesgo de atribución a la prueba, pues se le tendrían que asignar las mismas garantías de aquél. Por consiguiente, el derecho a la prueba solo podría garantizarse mediante mecanismos como las nulidades o las exclusiones; lo que se constituye en un franco lastre para la efectividad del derecho a la prueba, porque éste exige otras garantías que no hacen parte del debido proceso (la prestación de asistencia gratuita, medidas de protección a testigos y peritos, entre otras). Incluso, por regla general, las garantías del debido proceso a veces resultan potencialmente inconvenientes para el derecho a la prueba; pues éste puede verse perjudicado con las exclusiones probatorias.

5. El derecho a la prueba es un derecho fundamental en la normativa constitucional colombiana, tanto porque se ubica en el texto constitucional como parte de los *derechos fundamentales*, como porque tiene expresamente asignado mecanismos de efectividad constitucional como *la acción de tutela* y la aplicación inmediata. Finalmente, la prueba en su acepción de *testigo* (en sentido amplio) es una garantía histórica y también del actual DIDH; lo cual demuestra su trascendencia en la cultura humana en la racionalidad de los juicios para la aplicación de la justicia.

6. Como es lo usual en los derechos fundamentales, el derecho a la prueba adolece de amplia indeterminación semántica; por ello, en aras de su interpretación sistemática se recurre también a los valores constitucionales, que si bien son igualmente indeterminados, ayudan a construir una red de argumentos que enlazan conceptos jurídicos con concepciones filosófico-políticas. Para estos efectos, desde la CP (véase el preámbulo) se extraen los siguientes valores que muestran mayor incidencia en la prueba judicial: el conocimiento, la libertad, la igualdad y la justicia.

Los valores constitucionales en cuestión, implican para el derecho a la prueba una caracterización respecto al conocimiento objeto de esta garantía, en los siguientes términos: el conocimiento judicial debe basarse en la razón, ser empírico, buscar la verdad, producirse en un ámbito social, en el que interviene un tercero denominado juez; el cual, a su vez, se caracteriza por ser independiente, imparcial y por adquirir el conocimiento que juzga en un proceso tendencialmente oral, con intermediación y concentración de las actuaciones probatorias; finalmente, el conocimiento adquirido mediante la prueba debe ser libre y en condiciones de igualdad entre los intervinientes.

Además, los valores constitucionales implican para el derecho a la prueba los siguientes contenidos básicos: la comunidad de la prueba (carácter público), la garantía del testigo y otros medios de prueba, el aseguramiento probatorio, la legalidad y la licitud, la presentación, la admisión, la práctica y la valoración probatoria y la posibilidad de revisión de la decisión judicial.

7. Este estudio contribuye en la deconstrucción de categorías de la teoría del derecho aplicables a la prueba judicial, como la de concebir el derecho subjetivo como valor, así lo pregona un sector de la doctrina, y descartar las concepciones voluntarista y del interés. Precisamente, se concibe el derecho a probar como derecho público subjetivo de lo cual, a

su vez, se derivan consecuencias como que la prueba de oficio se constituye en una regla de garantía del derecho a la prueba. Asimismo, la prueba debe entenderse como relación jurídica antes que como carga procesal; lo cual también conlleva a replantear el concepto de *situación jurídica* en el campo procesal, que debe entenderse que ésta comprende derechos subjetivos, cargas procesales, deberes y otras garantías de la posición jurídica iusfundamental.

8. En cuanto a los deberes que garantizan el derecho a la prueba, la deficiencia de protección más importante se encuentra en el incumplimiento de la obligación del Estado colombiano con los justiciables de garantizar la asistencia jurídica gratuita, en cuanto a la garantía de un abogado y los recursos necesarios para las pruebas periciales y la protección de los testigos. El servicio público de abogados para los procesos civiles es aún muy incipiente, y los justiciables, encuentran como opción principal para obtener la asistencia jurídica es mediante el mecanismo de la cuota *litis*. Mecanismo que ante la ausencia de límites, potencialmente facilita abusos (que afectan a los justiciables y al Estado) sobre todo en el campo de la responsabilidad administrativa del Estado.

9. En cuanto a las pruebas periciales, el CGP obliga a los particulares y a personas o entidades de carácter público a su realización, cuando el juez lo ordene. Se advierte que esta normatividad no resuelve satisfactoriamente el problema de quién asume los gastos que implica una prueba pericial, en situaciones de pobreza del litigante; pues los particulares o las entidades públicas deben realizar la pericia de manera gratuita, pero no siempre van a tener todos recursos necesarios para tal fin.

10. Los diversos tipos de cargas procesales son también mecanismos que pueden hacer efectivo el derecho a la prueba y que se estructuran a partir de la conducta procesal de las partes. El efecto que producen es que las partes se ven compelidas a colaborar con el conocimiento sobre los hechos y las pruebas para el proceso. Las cargas sobre el peso probatorio se caracterizan por incidir en el razonamiento probatorio que se haga sobre los medios de prueba; unas recaen sobre el valor de pruebas como la confesión y los documentos; otras permiten la construcción de indicios endoprosales tasados

Por su lado, la distribución del riesgo probatorio puede ocurrir por efecto de la regla general de la carga de la prueba, según la cual el juez desfavorece con la decisión a la parte que persigue un efecto jurídico con la pretensión pero que finalmente no resultó suficientemente probada; o por efecto de reglas especiales como las formas de



responsabilidad civil, que pueden ser objetiva, o de presunción de dolo o de culpa. En este caso, la incidencia solo alcanza en la determinación del *thema probandum*.

Asimismo, es regla de distribución del riesgo el *dinamismo* probatorio; pues en este el juez tópicamente genera una necesidad de prueba para las partes en el proceso; y el efecto de la misma se refleja en el razonamiento probatorio de la sentencia con la producción de indicios endoprosales libres. Son indicios libres en la medida en que el legislador no establece consecuencia procesal diferente a la regla general de la valoración de la conducta procesal de las partes como indicios. Ahora bien, el *dinamismo* probatorio debe asumirse como regla residual cuando el legislador no ha establecido otro mecanismo especial de distribución del riesgo, como las presunciones o reglas sustantivas especiales de responsabilidad.

11. De lo anterior puede decirse, que las cargas procesales del peso o de la distribución del riesgo probatorio son reglas de justicia salomónica en la medida en que la conducta procesal incide en la decisión sobre los hechos; y se trata de reglas que se justifican desde el derecho a la prueba ya que facilitan la prueba para quien tiene dificultades con la misma. Pero debe advertirse, que desde el mismo derecho a probar las reglas del *dinamismo* probatorio solo operan de manera residual a fin de evitar que se acumulen sobre otras reglas de facilidad probatoria.

12. El CGP, con sus numerosas cargas procesales del peso probatorio y de la distribución del riesgo de prueba, tiene como efecto indirecto una disminución del estándar de prueba; la regla legal del peso implica un grado variable de ficción jurídica, lo cual en última instancia significa que la parte favorecida tiene menos carga de aportación de prueba. Puede decirse que con el CGP asistimos, al socaire del aumento de peso probatorio, a una indirecta disminución del estándar probatorio de manera puntual con respecto a determinados derechos litigiosos. Pese a esto, cabe aceptar que la solución del CGP de aumentar el peso probatorio con base en criterios más o menos definidos, concretados en el proceso y sometidos a la contradicción resulta preferible a aquellos sistemas procesales en los que simplemente se disminuye el estándar probatorio (la *probabilidad prevalente* de la hipótesis escogida y *más probable que no* de la hipótesis contraria). Sin duda, para los jueces, el trámite de un proceso con estándar probatorio disminuido es mucho más sencillo de resolver y serían más

numerosas las sentencias condenatorias. Pero la justicia pierde, en gran medida, el rol protector del derecho a la prueba de cara al arbitrio de los jueces.

13. Así como se regula la confesión en el CGP, con sus condicionamientos del derecho litigioso disponible, que sea estrictamente de la parte, producto de un interrogatorio con los requisitos de las preguntas, es una figura que adolece de ineffectividad normativa ya que tales exigencias se tornan innecesarias si se tiene en cuenta que se valora libremente. Dichas reglas tendrían algún sentido si a la confesión se le asignara legalmente una tasación probatoria absoluta o con un peso probatorio de certeza interina. Por fortuna el legislador omitió tasar legalmente la confesión; pues en la época actual no se justifica una regulación de tal naturaleza en virtud de la complejidad de las relaciones entre las personas; piénsese en los grandes conglomerados empresariales, en variadas formas de responsabilidad en la *sociedad del riesgo*; la expansión de la actividad estatal a servicios de salud, transporte, educación y demás. En un panorama complejo como el actual la confesión con sus estrechas reglas resulta de muy poca utilidad.

14. La regulación de los interrogatorios de los testigos en el CGP trae la prohibición de la pregunta sugestiva, en cambio se permite en el conainterrogatorio de los peritos. Dicha prohibición tiene la virtud de permitir que los interrogatorios sean más de carácter cognitivo y puede evitar que se incurra en confusión al testigo. El derecho a la prueba se ve mejor asegurado si el legislador protege el conocimiento verdadero y libre. La *cross examination* con la posibilidad de los apoderados judiciales de usar la pregunta sugestiva se le da preferencia a los intereses de los grandes bufetes de habilidosos abogados sobre el conocimiento verdadero y libre (característicos del derecho a probar). Sobre la detección de la mentira en las declaraciones de las personas hay estudios de psicología que demuestran mayor eficacia de técnicas como *narración libre* o la *entrevista cognitiva* que los interrogatorios judiciales tradicionales. Las técnicas abogadiles tradicionales tienen como efecto que los testigos o peritos que aprenden a sortearlas pueden aparentar la verdad donde existe una mentira total o parcial. Y también tienen como efecto que los peritos más preparados desde la ciencia o la técnica renuncien a su función de colaborar con la justicia para evitar someterse a la presión de los abogados.

15. Respecto a las pruebas anticipadas la problemática más importante se relaciona con la modalidad de testimonio extraprocesal del CGP, con o sin fines judiciales que puede practicarse por una o ambas partes y que se someten al régimen de ratificación; pues si la contraparte no la solicita expresamente en la oportunidad procesal, el testimonio adquiere validez jurídica. Si la prueba se obtiene con voluntad de ambas partes, no se requiere de ratificación posterior.

El problema radica en el interrogatorio del testigo por una de las partes sin contar con la participación de la contraparte, pues en consideración a la alta conflictividad de Colombia se trata de un mecanismo de producción de prueba de mucho riesgo, pues facilita a que quien recurra a métodos violentos presione a los testigos para declarar y a la parte para que no se oponga. El legislador olvida que aún hay una fracción importante de la población colombiana que está subyugada por los grupos violentos.

16. Cuando se trata de prueba libre, el razonamiento judicial probatorio se realiza sometiendo el medio de prueba en particular al tamiz de las generalizaciones del conocimiento humano, a fin de establecer las inferencias probatorias que permiten probar los hechos. Debe decirse que el razonamiento probatorio no puede reducirse a una deducción ya que en materia probatoria no es factible garantizar la verdad de las premisas, y por ende, ni de las conclusiones. Tampoco el razonamiento probatorio es reducible a una inducción pues si bien en la valoración de la prueba se parte de los medios probatorios para llegar a establecer una conclusión sobre los hechos (premisa fáctica) porque no explica la inferencia que utiliza. La abducción permite explicar la inferencia probatoria mediante la selección de la máxima de experiencia que permita su construcción y determinar su fuerza demostrativa.

Finalmente, en aras de proteger el derecho a la prueba y demás garantías procesales, es obligación para el juez explicar, con base en las máximas de experiencia, la construcción de las inferencias que se desprenden de las pruebas hacia la hipótesis fáctica. Desde luego, el juez debe explicitar si las inferencias probatorias son coherentes con las demás pruebas del proceso, y si no se encuentran refutadas por otras pruebas o infirmadas por otras máximas de experiencia. En suma, es necesario que aclare si se logra o no la suficiencia probatoria para establecer la hipótesis fáctica.

17. En cuanto a los recursos, debe mencionarse que la apelación tiene una interesante estructura en el CGP porque permite un amplio ejercicio del derecho a probar en segunda

instancia. Pese a esto, en cuanto a la contradicción probatoria, existen vacíos legales que pueden superarse con la aplicación directa del derecho a la prueba. Se precisa que el sistema de apelación en las audiencias es concentrado y, por ello, se concede el recurso si se interpone el de la apelación de la sentencia. También es posible la apelación en la actividad probatoria por fuera de la sentencia, y si el superior no resuelve mientras esté el expediente en primera instancia, la actividad probatoria que decreta la apelación se practicará ante el *ad quem*.

Puede decirse que en las prácticas judiciales en Colombia, el recurso de amparo comprende todos los demás recursos en cuanto a causales materiales se refiere, ya que en los aspectos formales no interfieren entre sí. Por ejemplo, cubre las situaciones de omisiones de decreto o práctica probatoria. En el caso del auto que decreta una prueba inconstitucional o irregular puede ser controlado con recurso de reposición, pero no es posible la apelación. Situación diferente cuando la sentencia se basa en prueba inconstitucional, que puede ser controlada mediante la apelación.

Las omisiones o defectos en la valoración en cuanto a la aplicación de la sana crítica pueden ser controladas con el recurso de apelación; pero, el recurso de casación es muy restringido para controlar los problemas de la sentencia en cuanto al razonamiento probatorio a partir de las generalizaciones del conocimiento humano (del sentido común o especializado).

Existe una diferencia relevante entre la casación y la revisión con respecto al amparo constitucional y es que aquellos tienen un formato rígido, formal y requieren de especialistas para su interposición y el tiempo para su resolución es de años; en cambio, el recurso de amparo es informal, e incluso el mismo justiciable lo puede interponer y su resolución se cuenta por meses. Sin duda alguna, el amparo constitucional en Colombia ha sido una herramienta más eficaz que cualquier otro mecanismo de impugnación para hacer realidad los derechos constitucionales, entre ellos el de la prueba. Es una lástima que el CGP no haya dado el paso para facilitar el acceso de cualquier justiciable a las altas cortes.

18. En relación con el ideal de un proceso judicial *cuasi holístico* que facilite al juez valorar la prueba con previo control de la práctica probatoria y le permita mejorar de interpretación y obtener razones sobre la fiabilidad de las pruebas encuentra una débil efectividad en el CGP; La razón de este aserto es que el CGP regula una inmediatez en sentido lato pues no establece garantía alguna para hacer valer la inmediatez en estricto. El CGP no

obliga expresamente al juez que practicó la prueba para que prorogue su competencia solo con el fin de emitir sentencia, en caso de que la haya perdido por disposición legal o administrativa; tampoco se contempla como causal de nulidad en razón de la solución de continuidad de la identidad física del juez de la sentencia y el de la práctica probatoria. Así, el CGP ha debilitado la garantía del juez independiente e imparcial, afectando de contera, la economía procesal.

La solución posible a tal desprotección del conocimiento judicial es que mediante el recurso de amparo las partes reclamen la aplicación directa de la garantía del juez y el derecho a la prueba, en su contenido de la valoración racional, a fin de que se aplique seriamente la garantía constitucional del juez, incluyendo su inmodificabilidad hasta finalizar con la respectiva sentencia.

19. El CGP prescribe límites al derecho a la prueba ordenando que la prueba ilícita debe ser rechazada por el juez; asimismo, establece la misma expresión de la CP, según la cual, es «nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso». Cuando se habla de prueba ilícita se hace referencia a la prueba que es producida afectando los derechos fundamentales, bien de carácter sustancial como también los procesales. Ahora bien, la expresión violación al debido proceso debe asumirse tanto para la prueba que afecta derechos fundamentales, como también la que afecta el ámbito de la legalidad de las formas procesales; y la expresión nula de *pleno derecho* significa la exclusión de la prueba de manera absoluta, sin posibilidad alguna de convalidación o subsanación de la irregularidad.

Así, la exclusión de la prueba de *pleno derecho* solo opera frente a la violación de los derechos fundamentales sustanciales o procesales; valga decir, frente a la prueba ilícita. En los eventos en que la violación al debido proceso se circunscriba a las formas procesales del ámbito legal se siguen las reglas generales para este tipo de irregularidades, en el sentido de que si la infracción a las formas es intrascendente no se excluye la prueba; asimismo, cuando la irregularidad sea subsanable o convalidable en la situación concreta en que ocurre, tampoco se excluye la prueba. Precisamente, el derecho fundamental a la prueba implica que solo por razones iusfundamentales puede excluirse la prueba. Por ello, cuando la afectación no tenga ese rango de derecho fundamental la prueba no debe excluirse.

20. Ahora bien, en relación con los efectos reflejos de prueba ilícita hay que mencionar que también las pruebas derivadas se deben excluir; siempre y cuando no sea aplicable, en el

caso concreto, algunas de las circunstancias a las que se refiere la doctrina constitucional para no excluirlas: las pruebas independientes, la prueba derivada con vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y la admisión de los hechos. En materia civil esta posibilidad de la secuencia causal de actos en los que exista prueba principal y derivada puede ocurrir, pero resulta inusual. Piénsese en el caso del cónyuge que extrae mensajes de correo electrónico sobre la infidelidad de su esposo y con base en esos contenidos se citan como testigos las personas que allí se mencionan; estos testigos serían prueba derivada que también se excluiría.

21. Sin duda, en el caso concreto de las exclusiones probatorias debe mencionarse que tienen un efecto contraepistémico en la medida en que afectan el desiderátum de la completitud probatoria; no obstante existen valores constitucionales imprescindibles en la cultura jurídica moderna que ayudan a que el conocimiento sea en lo posible libre, en condiciones de igualdad, y que no se use con la finalidad de afectar la dignidad humana.

Se precisa que no siempre las exclusiones probatorias tienen efecto contraepistémico, como el caso del derecho del periodista a no revelar la fuente de su información; pues en este tipo de situaciones no revelar la fuente de información en un proceso judicial tiene como efecto incentivar que las personas puedan dar información a los medios de comunicación, lo cual a largo plazo enriquece en la medida en que las informaciones que tienen la tendencia a ocultarse se hacen públicas favoreciendo el conocimiento sobre los delitos.

### Bibliografía

- Abel Lluch, X. (enero de 2007). Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil. Objeto y carga de la prueba civil. España: Vlex. Recuperado el 6 de agosto de 2012, de <http://vlex.com/vid/444445>
- Abel Lluch, X. (2012). La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*(35), 173-200.
- Abel Lluch, X. (2014). *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madrid: La Ley.
- Abel Lluch, X. (2015). *Las reglas de la sana crítica*. Madrid: La ley, grupo Wolters Kluwer.
- Aguiló Regla, J. (noviembre de 2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Jueces para la democracia, información y debate*(57), 45-55.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón V., Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alvarado Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.
- Álvarez Gómez, M. A. (2014). *La medidas cautelares en el Código General del Proceso*. (C. S. Judicatura, Productor) Recuperado el 28 de febrero de 2017, de Campus virtual Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla»: [http://www.ejrlb.com/docs2016/modulo\\_medidascautelares\\_cg.pdf](http://www.ejrlb.com/docs2016/modulo_medidascautelares_cg.pdf)
- Álvarez Gómez, M. A. (2017). *Ensayos sobre el Código General del Proceso, medios probatorios* (Vol. III). Bogotá: Temis.
- Álvarez Sánchez de Movellán., P. (2007). *La prueba por presunciones particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares.
- Alzate Noreña, L. (1944). *Pruebas judiciales*. Bogotá: Librería Siglo XX.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Armenta Deu, Teresa. (2003). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, sección cuarta. (1991). Ponencia del proyecto 106 del 8 de marzo, por Hernando Londoño Jiménez. Bogotá: Banco de la

- República, Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado el 10 de enero de 2017, de [http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa844231\\_343.0986\\_L65p.pdf](http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa844231_343.0986_L65p.pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, sección primera. (1991a). Ponencia del 24 de abril, por Alberto Zalamea. Bogotá: Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado el 12 de enero de 2017, de [http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa831100\\_342.8603\\_Z15p2.pdf](http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa831100_342.8603_Z15p2.pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, sección tercera. (1991a). Proyecto N.º 122. Ponencia del 7 de marzo de 1991, por José Matías Ortiz. Bogotá: Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado el 12 de enero de 2017, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa858423.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, sección tercera. (1991b). Ponencia del proyecto N.º 50 del 7 de marzo, por Antonio Navarro Wolf. Bogotá: Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado el 10 de enero de 2017, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa219268.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, sección tercera. (1991c). Proyecto N.º 12 del 18 de febrero, ponente Alfredo Vásquez. Bogotá: Banco de la República, Biblioteca Luis Ángel Arango. Recuperado el 11 de enero de 2017, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa859281.pdf>
- Asencio Mellado, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. . Madrid: Trivium.
- Asencio Mellado, J. M. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación, concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Aynès, A., & Vuitton, X. (Paris). *Droit de la preuve, principes et mise en oeuvre processuelle*. 2013: LexisNexis.
- Battistuzzi, A. (2006). L'interrogatorio formale e la confessione. En P. Leanza, D. Infantina, M. Cellot, A. Battistuzzi, & S. Bruno, *Le prove civili, aggiornato con le leggi 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 63* (págs. 393-426). Torino: Giappichelli.



- Beling, E. (2009). Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. En Guerrero, Oscar J. y Ambos, Kai, *Las prohibiciones probatorias* (Oscar J. Guerrero y Kai Ambos, Trad., págs. 3-56). Bogotá: Temis.
- Bentham, J. (1825). *A Treatise of Judicial Evidence (Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham)*. (M. Dumont, Ed.) London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row (Translated into english). Recuperado el 10 de julio de 2015, de <https://ia802205.us.archive.org/27/items/atreatiseonjudi00dumogoo/atreatiseonjudi00dumogoo.pdf>
- Bentham, J. (1827). *Rationale of Judicial Evidence: specially applied to English practice* (Vol. 1 ). (J. S. Mill, Ed.) London: Hunt and Clarke. Reproduction from Harvard Law School Library (sf): from the manuscripts of Jeremy Bentham.
- Bergeaud, A. (2010). *Le droit à la preuve*. París: LGDJ-Lextenso éditions.
- Bernal Pulido., C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucional.
- Bonorino Ramírez, P. R. (2014). Ni deducción ni inducción: abducción. En García; Bonorino, R.; Taruffo, M.; Fernández, & Tuzet, De Miranda; et all, *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción* (págs. 163-187). Granada: Comares.
- Borges, J. L. (1989). *Obras completas*,.Vol. I y II, Barcelona: Emecé.
- Bustamante Rúa, M. (2014). Las reformas procesales penales en Latinoamérica, paradigmas y mitos, referencia especial a la reforma procesal penal colombiana. En M. Bustamante, A. Alvarado, Giacomette, R. B. Rodriguez, D. Ramirez, P. J. Oteirza, e. a. Pabón, & M. B. Rúa (Ed.), *Reformas Procesales en Colombia y en el mundo* (págs. 461-490). Medellín: Univesidad de Medellín.
- Cabañas García, J. C. (1992). *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil, estudio diagnóstico y jurisprudencial*. Madrid: Trivium.
- Cabezudo, N. (2008). Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Coloquio intrancioal del 6,7 y 8 de noviembre de 2008* (pág. 12).

- Valencia: Universidad de Valencia. Recuperado el 10 de enero de 2017, de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp4cab.pdf>
- Cáceres Nieto, E. (2015). Epistemología jurídica aplicada. En J. Fabra Z, M. Farrel, A. Amaya, A. Santiago, W. Waluchow, R. Gargarella, . . . Diez, J. L. Fabra Z., & E. Spector (Edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 3, págs. 2.195-2.295). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 8 de enero de 2017, de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>
- Canosa Sánchez., U. (2012). Código General del Proceso. Aspectos probatorios. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 33-61). Bogotá: Universidad Libre.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (2 ed.). (A.-Z. y. Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Carrara, F. (1956). *Programa de derecho criminal, parte especial* (Vol. v). Bogotá: Temis.
- Carreras Nadal, R. (1965). *Cabezas de Jano en latín. Tessina (Junio)*. Universidad de Barcelona, Facultad de Filosofía y Letras, Sección de Filología Clásica, Barcelona.
- Casanova Martí, Roser. (2014). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. España: J. M. Bosch.
- Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia. (febrero de 2016). *Índice Global de Impunidad México –Igi-Mex–*. (J. A. Ortega, Editor) Obtenido de [https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/igimex2016\\_ESP.pdf](https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/igimex2016_ESP.pdf)
- Chamorro B., F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch.
- Chiesa Aponte, E. L. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol. I). Bogotá: Forum.
- Chiesa, E. (1998). *Tratado de derecho probatorio (Reglas de la Evidencia de Puerto Rico y Federales)*. EEUU: Publicaciones JTS.
- Climent Durán, C. (1999). *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Coady, C. (1992). *Testimony: A Philosophical Study*. Oxford: Orxford University Press.
- Contraloría General de la República de Colombia. (2017). *Tras 10 años de la Ley de Justicia y Paz y \$11 billones invertidos: tan solo se han condenado 195 postulados en 47*

*sentencias*. Recuperado el 22 de abril de 2017, de [http://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset\\_publisher/Jl4Sa8JTmjbW/content/tras-10-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-y-11-billones-invertidos-tan-solo-se-han-condenado-195-postulados-en-47-sentencias/pop\\_up?\\_101\\_INS](http://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset_publisher/Jl4Sa8JTmjbW/content/tras-10-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-y-11-billones-invertidos-tan-solo-se-han-condenado-195-postulados-en-47-sentencias/pop_up?_101_INS)

Contreras Rojas, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons.

Couture, E. J. (2002). *Fundamentos del derecho procesal civil* (4 ed.). Montevideo: B de F.

De Cervantes S., M. (1998). *El ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*. Madrid: Albor.

Dell, Christopher (s.f.). *Mitología, un viaje a los mundos imaginarios*. Lunwerg

De Miranda Vázquez, C. (2011b). Dossier de Tribunales sobre probática. *La Ley, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 4, 8 de febrero*(XXXII), págs. 19-21. Recuperado el 06 de septiembre de 2016, de [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

De Miranda Vázquez, C. (2011a). El juicio de hecho en la mente del juzgador: ¿cómo razona? En Abel Lluch, Picó i Junoy, Richard González, Miranda, Adan Doménech; Nuovo, Albi; Madrigal, Alonso, & Añoveros; Arrieta, et all, *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa* (págs. 225-246). Madrid: La Ley.

De Miranda Vázquez, C. (2014b). La prueba indiciaria ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación? En García; Bonorino, R.; Taruffo, M.; Fernández, & et all, *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción*. Granada: Comares.

De Miranda Vázquez., C. (2012). Es realmente el juez el «peritus peritorum»? (Propuesta de reformulación del brocardo y análisis del alcance efectivo de la valoración judicial de la prueba pericial . En Cobas A., De Miranda, C.; Acattino, D.; Amat, E.; , Salas; D., Ramírez; Asencio, J.; Pabón, L., Gomez; M., Raad; Taruffo, M.; Allen, R.; Lluch, X., & M. Bustamante (Ed.), *Derecho probatorio contemporáneo, prueba científica y técnicas forenses* (págs. 283-310). Medellín: Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico de Cartagena.

- De Miranda Vázquez., C. (2014a). El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, diciembre(2).
- Decastro González., A. (2005). *El Contrainterrogatorio: estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversarial en el proceso judicial*. Medellín: Comlibros.
- Defensoría del Pueblo de la República de Colombia. (2016, primera parte - segunda parte). *Informe del Defensor del Pueblo de Colombia al Congreso de la República, informe Vigésimo tercero, año 2015*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Imprenta Nacional. Recuperado el 20 de enero de 2017, de [http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXIII\\_informe\\_al\\_Congreso\\_Republica\\_2016\\_primeraparte.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXIII_informe_al_Congreso_Republica_2016_primeraparte.pdf)
- Dei Malatesta, F. (1988). *Lógica de las prueba en materia criminal* (4 ed., Vol. 1). Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (1967). *Tratado de derecho procesal civil, de la Prueba (Teoría general)* (Vol. V). Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial* (5a ed., Vol. I y II). Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Díaz Cabiale, José y Martín Morales, Ricardo. (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas.
- Dorémus-Mège, L., Birène, L. S., Prysthon, P., & Contensou, I. (Octubre de 2014). *Los recursos naturales en el corazón de los conflictos, actuar por una legislación europea ambiciosa*. CCFD-Terre solidaire. París: CCFD-Terre solidaire. Recuperado el 28 de enero de 2017, de <http://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/ccfd-los-recursos-naturales-en-el-corazon-de-los-conflictos.pdf>
- Dwyer, D. (2008). *The Judicial Assesment of Experte Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Esparza Leibar, I. (1995). *El principio del debido proceso*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Esparza Leibar, I. (2013). El principio de la oralidad y sus consecuencias, por qué decimos oralidad cuando queremos decir intermediación. En C. A. Alvaro, I. Esparza L., A. G. Planchadell, & B. Ruiz, *Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal* (págs. 63-78). Medellín: Universidad de Antioquia.

- Estévez, R. (2015). Salomon y el detector de mentiras. *Protestante digital*. España. Recuperado el 05 de mayo de 2017, de [http://protestantedigital.com/magacin/37812/Salomon\\_y\\_el\\_detector\\_de\\_mentiras](http://protestantedigital.com/magacin/37812/Salomon_y_el_detector_de_mentiras)
- Faundez, Julio y Angell, Alan. (2005). Reforma Judicial en América Latina, el rol del Banco Interamericano de Desarrollo. *Sistemas judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia*(8), 89-113. Recuperado el 10 de julio de 2016, de <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/467.pdf>
- Fernández Entralgo, J. (1989). Prueba ilegítimamente obtenida. *Jueces para la democracia, información y debate*(7).
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. (Ibañez,P.A; Ruiz, A; Bayón, J.C., Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. (G. Pisarello, & otros, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia* (Vol. I Teoría del derecho; II Teoría de la democracia). (A. Ibañez, C. Bayona, M. Gascón, & L. P. Ruiz, Trads.) Madrid: Trotta.
- Ferrater Mora, J. (1999). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel.
- Ferrer Beltrán, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*(47), 27-34. Recuperado el 14 de febrero de 2014, de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/75521>
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2 ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fidalgo Gallardo, C. (2003). *Las «pruebas ilegales»: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Gamonal.
- Florián, E. (1995). *De las pruebas penales* (Vol. I). Bogotá: Temis.
- Foucault, M. (1988). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* (14 ed.). México: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas* (2 ed.). México: Gedisa.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica: curso en el collège de France --1978-1979--*. (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Galván R., F. (2001). Presentación. En G. Chioyenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (E. Gómez Orbaneja, Trad., págs. xxv-xxviii). México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Gañán, J. (2011). De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Estudios de Derecho*, 68(151), 187-212.
- García Villegas, M. (2008). Justicia con Estado. En M. García V, C. Castillo, S. Granada, A. Villamarín, & S. Rubiano, *Jueces sin Estado, la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, DeJusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. (2017). No sabe o no responde. *El Espectador*, 24 de junio, pág. columna Opinión. Recuperado el 24 de junio de 2017, de <http://www.elespectador.com/opinion/no-sabe-o-no-responde-columna-699788>
- Gascón Abellán, M. (2003). Concepciones de la prueba. Observaciones a un texto de Michele Taruffo. *Discusiones*(3). Recuperado el 22 de septiembre de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m3>
- Gascón Abellán, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Univesidad Externado de Colombia.
- Gascón Abellán., M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán., M. (Junio de 2010). La prueba del nexo de causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria. *Responsabilidad civil y del Estado*(27), 127-164.
- Gelfert, A. (2014). *A critical introduction to testimony*. (S. Hetherington, Ed.) London, New York: Bloomsbury.
- Gershman, B. L. (noviembre de 1989). The Right to Evidence. *New York State Bar Journal*, 52-55. Recuperado el 16 de noviembre de 2016, de <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/623/>.
- Giacomette, A. (2014). Visión crítica de las reformas al proceso civil en Colombia a propósito del Código General del Proceso de la República de Colombia. En A. Alvarado, J. Picó, L. Luparia, E. Oteiza, A. Giacomette, A. Rodríguez, . . . C. Vasquez, *Las reformas procesales en Colombia y en el mundo* (págs. 137-170). Medellín: Universidad de Medellín.

- Gimeno Sendra, V. (1988). *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos.
- Gimeno Sendra, V. (2003). *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Colex.
- Giraldo Giraldo., C. A. (1998). *Medicina forense* (9 ed.). Medellín: Señal Editora.
- Gómez Colomer, J. (2011). Gratuidad de la tutela judicial. En J. G. J. Montero., *Derecho Jurisdiccional I, parte general* (19 ed., Vol. 1, págs. 271-288). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Colomer, J. L. (2008). La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más pruo reduccionismo una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En G. Colomer, K. Ambos, M. Chiavario, B. C., R. Cuéllar, O. Santos, E. Gánem, & J. Gómez Colomer (Ed.), *Prueba y proceso penal, análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado* (págs. 107-147). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Colomer, J. L. (2014). Prólogo. En A. Planchadel Gargallo, *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentarios a las sentencias que marcan el camino)* (págs. 11-13). Pamplona: Thomson Reuters, Aranzadi.
- González Lagier, D. (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En García, Bonorino, Taruffo, Fernández, González., G. Tuzzet, . . . Iglesias, *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción* (págs. 83-177). Granada: Comares.
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Colex.
- González-Salzberg, D. A. (enero-junio de 2008). El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*(12), 435-467. Recuperado el 1 de diciembre de 2015, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420300016>
- Guasp, J., & Aragonese, P. (1998). *Derecho procesal civil. Introducción, parte general y procesos declarativos y ejecutivos ordinarios* (4 ed., Vol. 1). (P. Aragonese, Ed.) Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (1999). *Distintiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho*. (J. Ferrer, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Guimarães Ribeiro, D. (1998). *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Libreria Do Advogado.

- Guimarães Ribeiro, D. (2015). Provas atípicas. En G., Aparecida; C., Adriano; M., Nenezes; V., Bruni, & et all, *Direito Probatorio* (págs. 29-47). Bahia: Juspodivm.
- Guzmán Rincón, A. (2011). La reforma judicial del Banco Interamericano de Desarrollo en América Latina: caracterización, conceptualización, tendencia pro-mercado. *Tesina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Recuperado el 8 de septiembre de 2016, de <http://www.bdigital.unal.edu.co/6334/1/699278.2011.pdf>
- Haack, S. (2004). Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way. *American Journal of Jurisprudence*, 49, 43-61. Recuperado el 14 de abril de 2016, de <http://ssrn.com/abstract=682642>
- Haack, S. (2005). Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science Public Health, Supplement 1. *American Journal of Public Health Matters*, Vol 95(S1). Recuperado el 16 de diciembre de 2015, de <http://ssrn.com/abstract=695341>
- Haack, S. (2007). *Defending Science -within Reason, Between Scientism and Cynicism*. New York: Prometheus Books.
- Haack, S. (2009). *Evidence and inquiry, a pragmatis reconstruction of epistemology*. (2 ed.). New York: Prometheus Books.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Haack, S. (2016). La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. En R. Alen, J. Ferrer, D. Dei Vecchi, F. Di Donato, F. Scamardella, S. Haack, . . . S. B. Burbank, *Debatiendo con Taruffo* (págs. 311-339). Madrid: Marcial Pons.
- Hawley, J. D. (2014). The Intellectual Origins of (Modern) Substantive Due Process. *Texas Law Review*, 93, 275-350. Recuperado el 10 de septiembre de 2016, de <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1528&context=facpubs>
- Hawley, J. D. (diciembre de 2014). The Intellectual Origins of (Modern) Substantive Due Process. 93(275). Recuperado el 16 de febrero de 2016, de <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1528&context=facpubs>
- Hobbes, T. (Trotta, 1999.). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid.



- Igartua S., J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Igartua Salaverria, J. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tiranto lo blanch.
- Iglesias Canle, I. C. (2003). *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*. Madrid: Colex.
- Juzgado Quinto Penal del Circuito. Auto del primero de septiembre de 1992 (juez: José F. Reyes Cuartas). en: Nuevo Forto Penal, No. 57, 1992.
- Kaye, D., Bernstein, D., & Mnookin, J. (2011). *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence* (2 ed.). Austin: Aspen Publishers.
- Kelsen, H. (2000). *Qué es la justicia*. México: Fontamara.
- Laporta, F. J. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa*(22), 320-330. doi:10.14198/DOXA1999.22.14
- Llinás Silva, M. V. (2011). *El error de hecho*. Tesina, Universidad de Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en derecho, Bogotá. Recuperado el 06 de septiembre de 2015, de file:///H:/A-DOCTORADO/Derecho%20Probatorio%20y%20Procesal/Valoracion%20Probatoria/Llinas%20Silva-Casacion-Error%20de%20Derecho.pdf
- López Barja de Quiroga, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal.
- López Blanco, H. F. (2016). *Código General del Proceso, parte general* (Vol. I). Bogotá: Dupré Editores.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal* (Vol. 1 Fundamentos). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Malaurie, P., & Morvan, P. (2016). *Introduction au droit* (6 ed.). París: LGDJ, Lextenso.
- Manco López, Yeison y Ruiz Jaramillo, Luis.B. (julio-diciembre de 2015). La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología. *Estudios de Derecho*, LXXII(160), 51-76. doi:10.17533/udea.esde.v72n160a03
- Mantecón Ramos, A. (2010). *Tutela ordinaria del Derecho a la prueba en el proceso civil*. Habana: ONBC.

- Meneses Pacheco, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, 14(2), 43-86. Recuperado el 9 de noviembre de 2015, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000200003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003)
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Mittermaier, K. J. (1993). *Tratado de la prueba en materia criminal*. (P. González, Trad.) Buenos Aires: Hammurabi.
- Montañés Pardo, M. Á. (1999). *La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi.
- Montero Aroca, J. (2006). *Proceso (civil y penal) y garantía, El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2011). *La prueba en el proceso civil* (6 ed.). Pamplona: Thomson Reuters.
- Montero Aroca, J. (2011). Naturaleza del proceso. En J. Montero A., J. L. Gómez C., A. Montón R., & S. Barona V., *Derecho Jurisdiccional I, parte general* (19 ed., Vol. 1, págs. 289-305). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., & Barona Vilar, S. (2011). *Derecho jurisdiccional I, Parte general* (18 ed., Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Sabaté, L. (2012). *Curso superior de probática judicial, cómo probar los hechos en el proceso*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer.
- Muñoz Sabaté, L. (2016). *La prueba de indicios en el proceso judicial, análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2012). "Inmediación" y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. (7783).
- Noya Ferreiro, M. L. (2000). *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ormázabal Sánchez, G. (2004). *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons.
- Ossorio, Á. (1989). *El alma de la toga* (9 ed.). Buenos Aires: Ejea.

- Oteiza, E. (2009). Carga de la prueba. En E. Oteiza, Taruffo, Peyrano, & P. Q. all, *La prueba en el proceso judicial*. Santa Fe, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Palavecino, C. (2011). Crítica a la iniciativa probatoria judicial a propósito del procedimiento laboral chileno. 2(3), 15-36. Recuperado el 7 de mayo de 2016, de [https://www.academia.edu/28652923/CR%C3%8DTICA\\_A\\_LA\\_INICIATIVA\\_PROBATORIA\\_JUDICIAL\\_A\\_PROP%C3%93SITO\\_DEL\\_PROCEDIMIENTO\\_LABORAL\\_CHILENO](https://www.academia.edu/28652923/CR%C3%8DTICA_A_LA_INICIATIVA_PROBATORIA_JUDICIAL_A_PROP%C3%93SITO_DEL_PROCEDIMIENTO_LABORAL_CHILENO)
- Parejo Alfonso, L. (1991). Constitución y valores del ordenamiento. En P. A. otros, *Estudios sobre la constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Entrerría* (Vol. 1). Madrid: Civitas.
- Parra Quijano, J. (2011). *Manual de derecho probatorio* (18 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Pedraz Penalva, E. (1990). *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal.
- Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*. (J. Sevilla M., Trad.) Madrid: Gredos.
- Pérez Gil, J. (2010). *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Restrepo, J. (2015). Derecho constitucional a la prueba, una aproximación. *Estudios de Derecho*. , 72(159), 61-87. doi:10.17533/udea.esde.v72n159a04
- Pérez Restrepo., J. (2015). *Estudios de derecho*, 72(159), 61-87. Recuperado el 3 de mayo de 2016, de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/24655>
- Peyrano, J. (2004). Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. En Acosta, Daniel; Arasca, Ivana; Alegre, Juan; Bales, et all, & J. W. Peyrano (Ed.), *Cargas probatorias dinámicas* (págs. 19-24). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores.
- Picó I J., J. (2007). *El juez y la prueba, Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch editor.
- Picó I Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona. Barcelona: Bosch.

- Picó i Junoy, J. (2008). El derecho constitucional a la prueba en el nuevo proceso civil español. En Andolina, Augusto, Oteiza, Eduardo; Bonet, José;, & et all, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. T.X Tutela Judicial y derecho Procesal* (págs. 527-568). Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons. Recuperado el 11 de 4 de 2015, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/2.pdf>
- Picó, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch.
- Planchadell Gargallo, A. (2014). *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*. Pamplona: Thomson Reuters, Aranzadi.
- Polanco Bustos., Y. A. (Junio de 2014). Exceso de ritual manifiesto en la jurisprudencia Constitucional colombiana. *Estudios de Derecho, LXXI(157)*. Recuperado el 09 de 08 de 2014, de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/21668/17857>
- Previti, S. (2014). *Le prove Civili*. Milano: Wolters Kluwer.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Pulecio Boek, D. (2012). *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez.
- Quinche Ramírez, M. (2009). *Vías de hecho, acción de tutela contra providencias* (5 ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Quintero G., A. A. (Julio-Diciembre de 2015). El recurso de apelación en el Código General del Proceso: un desatino para la justicia colombiana. *Via Inveniendi et Iudicandi, 10(2)*, 101-124. Recuperado el 03 de 03 de 2017, de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2547/2479>
- Quintero González., A. (julio-diciembre de 2015). El recurso de apelación en el Código General del Proceso. *Via Inveniendi et Iudicandi, 10(2)*, 101-124. Recuperado el 2017 de marzo de 26, de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2547>

- Radu, I. M. (2009). Incompatible Theories: Natural Law and Substantive Due Process. *Villanova Law Review*, 54, 247-290. Recuperado el 5 de mayo de 2016, de <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol54/iss2/2>
- Ramírez Carvajal, D. M. (2009). *La prueba de oficio, una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externando de Colombia.
- Revista Semana. (30 de noviembre de 2016). «Estoy aquí para comunicarles mi miedo por su país»: el emotivo discurso de Todd Howland. Recuperado el 28 de febrero de 2017, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/discurso-de-todd-howland-en-el-congreso-sobre-la-paz/507503>
- Reyes Cuartas., J. F. (julio-diciembre de 2014). Acerca del oficio del juez y de las percepciones sociales sobre su trabajo (o del triste retrato de hoy, de la independencia judicial en Colombia). *Nuevo Foro Penal*, 10(83), 226-244.
- Rocco, A. (1972). *Tratado de Derecho Procesal Civil, parte especial, proceso de cognición (Traducción del «Trattato di diritto processuale civile»)* (Vol. III). Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma.
- Rodvalho, T. (2014). *Abuso del derecho y derechos subjetivos*. Lima: Ara Editores.
- Rojas Gómez, M. E. (2015). *Lecciones de Derecho Procesal, Pruebas Civiles* (Vol. III). Bogotá: Panamericana Formas e Impresos.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba (Original «Die Bewislast», 1951)*. (E. Krotoschin, Trad.) Buenos Aires: EJEA.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25 ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007a). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 64(143), 181-206. Recuperado el 4 de marzo de 2015, de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552/2076>
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2008). Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. *Estudios de Derecho*, LXV(146), 165-197. Recuperado el 07 de septiembre de 2009, de <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/2277/1/Valoraci%C3%B2n%20de%20la%20validez%20y%20de%20la%20eficacia%20de%20la%20prueba%20Aspectos%20epistemol%C3%B2gicos%20y%20filos%C3%B2fico-pol%C3%A1ticos.pdf>

- Ruiz Jaramillo, L. B. (2012). El estándar de prueba y el indicio en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado. *XI Encuentro de la Red de Grupos y Centros de Investigación jurídica y sociojurídica, La investigación jurídica y sociojurídica en Colombia* (págs. 73-90). Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2014). La verdad y la prueba judicial: la epistemología jurídica y las prácticas judiciales. En S. Haack, M. Taruffo, L. Mullenix, & A. Velloso, *Derecho procesal: los dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2015). La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), 481-511.
- Ruiz Jaramillo, L. B., & García Arila, O. (2010). La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Estudios de Derecho*, LXVII(150), 15-38.
- Ruiz Jaramillo, L. (julio-diciembre de 2007b). Intervenciones corporales en el Código de procedimiento Penal de 2004, estudio de la sentencia C-822 de 2005 de la Corte Constitucional colombiana. *Vniversitas*(114), 227-250. Recuperado el 08 de agosto de 2009, de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14595/11775>
- Saks, M. J. (2008). The Individualization Fallacy in Forensic Science Evidence. *Vanderbilt Law Review*, 61(1), 199-219. Recuperado el 03 de mayo de 2015, de <http://ssrn.com/abstract=>
- Scherpe, J. C. (1 de junio de 2016). Recht auf Beweis und Beibringungsgrundsatz. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 129(2), 153-186.
- Stein, F. (1973). *El conocimiento privado del juez, Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. (A. d. Santos, Trad.) Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Tarski, A. (1972). *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

- Taruffo. (2007). Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción. Con presentación de Juan Carlos Guayacán. *Revista de Derecho Privado*(12-13). Recuperado el 15 de septiembre de 2016, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/562/532>
- Taruffo, M. (1984). Il Diritto a la prova. *Rivista de Diritto Processuale*, XXXIX (II serie)(Suplemento al N. 4).
- Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa*(22), 311-320. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10305/1/doxa22\\_13.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10305/1/doxa22_13.pdf)
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. (J. Ferrer, Trad.) Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2003). Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Discusiones*(3), 81-97. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m3>
- Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 12(2), 95-122. Recuperado el 10 de noviembre de 2015, de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005>
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (J. Ferrer, & L. Manriquez, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2008b). Ponencia: Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil (Trad. Esther Monzó; versión abreviada). *Coloquio del 5,6,7 y 8 de noviembre: Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Asociación Internacional de Derecho Procesal- Universidad Jaume I. Recuperado el 22 de 08 de 2016, de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>
- Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana.
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Lima: Ara editores.
- Tirado Hernández, J. (2015). *Curso de pruebas judiciales: en los procesos civiles, comerciales, de familia, agrarios, laborales, contenciosos administrativos y penales, incluyendo los nuevos Códigos Procesales* (2 ed., Vol. 1 (Parte general)). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Tovar Bonillan, S. J. (2016). *La prueba ilícita y su exclusión, a propósito de la declaración de ilegalidad de las evidencias e información obtenidas del computado de "Raúl Reyes"*. Lexinton: Editorial Académica Española.

- Tuzet, G. (2014). Razonamiento probatorio ¿Deducción? ¿Inducción? ¿Abducción? En García, Bonorino, Taruffo, Fernández, González., G. Tuzzet, . . . Iglesias, *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción* (págs. 121-147). Granada: Comares.
- Twining, W. (1985). *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld & Nicolson.
- Twining, William; Andersen, Terense y Shum, David. (2015). *Análisis de la prueba (original: Analysis of Evidence, 2005)*. (Flavia Carbonell y Claudio Agüero y otros, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Uprinmy Yepes, R. (19 de octubre de 2013). La Procuraduría: ¿innecesaria o peligrosa? *El Espectador. Sección Opinión*. Recuperado el 30 de octubre de 2013, de <http://www.elespectador.com/opinion/la-procuraduria-innecesaria-o-peligrosa-columna-453279>
- Uribe Prada, A. J. (1991). *Don Quijote, abogado de la mancha*. Bogotá: Temis.
- Valderbosch, C. G. (2002). *Manual avanzado de investigación policíaca* (Vol. 1). México: Limusa.
- Vázquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vega Reñón, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. España: Ediciones Intervención Cultural.
- Vegas Torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley.
- Walter, G. (1985). (*Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. (T. Banzhaf, Trad.) Bogotá: Temis.
- Ward, T. (2015). Law, Forensic Science and Epistemic Deference. , 15, 26-36. *The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue*(15), 26-36. Recuperado el 23 de Enero de 2016, de [https://www.academia.edu/12595804/An\\_English\\_Daubert\\_Law\\_Forensic\\_Science\\_and\\_Epistemic\\_Deference](https://www.academia.edu/12595804/An_English_Daubert_Law_Forensic_Science_and_Epistemic_Deference)
- Windscheid, B., & Muther, T. (1974). *Polémica sobre la «actio»*. (T. Banzhaf, Trad.) Buenos Aires: EJEA.



## **Jurisprudencia**

- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 11169 del 3 de mayo 1999.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 13166 del 21 de febrero de 2002.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 13284 del 22 de marzo de 2001.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 15772 del 31 de agosto de 2006, radicación 68001-23-31-000-01.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 16010 del 19 de septiembre de 2007, Radicado: 76001-23-31-000-1994-00916-01.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 5903 del 24 de octubre de 1990.
- Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera. Sentencia 6897 del 30 de junio de 1992.
- Consejo Superior de la Judicatura, Ac. 108/97.
- Consejo Superior de la Judicatura, Ac. 528/99.
- Corte Constitucional de Colombia. Auto 132 del 16 de abril de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-729 5 de septiembre de 2002 .
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 543 del 1 de octubre de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 20) de enero de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004 (República de Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030 del 1 de febrero de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 .
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-041 del 3 de febrero de 1994 .
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-059 del 3 de febrero de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-071 del 23 de febrero de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 del 12 de febrero de 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 del 18 de marzo de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 del 31 de enero de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-099 del 27 de febrero de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-110 del 9 de febrero de 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-110 del 9 de febrero de 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1177 del 17 de noviembre de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1270 del 20 de septiembre de 2000 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-142 del 20 de abril de 1993 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 del 22 de abril de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-157 del 29 de abril de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178 del 26 de marzo de 2014.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-205 del 27 de abril de 2016.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-217 del 16 de mayo de 1996.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 6 de abril de 2011.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-284 del 13 de mayo de 2015.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-309 del 25 de junio de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 del 4 de agosto de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-369 del 11 de junio de 2014.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 del 29 de marzo 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 del 29 de marzo de 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 del 13 de agosto de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-388 del 5 de abril de 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426 del 4 de septiembre de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-449 del 19 de septiembre de 1996.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-450 del 10 de agosto de 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-458 del 22 de julio de 2015.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-475 del 25 de septiembre de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 del 28 de octubre de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496 del 5 de agosto de 2015.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-511 del 14 de julio de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-537 del 12 de julio de 2006.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-598 del 10 de agosto 2011.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673 del 30 de junio de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-741 del 6 de octubre de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-782 del 10 de octubre 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-798 del 16 de septiembre de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-807 del 3 de octubre de 2002.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-830 del 8 de octubre de 2002.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-839 del 20 de noviembre de 2013.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-911 del 21 de septiembre de 2004.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-951 del 4 de diciembre de 2014.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-082 del 1 de marzo de 1995.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-087 del 17 de febrero 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Su-432 del 9 de julio de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Su-477 del 25 de septiembre de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Su-768 del 16 de octubre 2014.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 del 12 de mayo de 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-008 del 22 de enero de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-055 del 14 de febrero de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-060 del 15 de febrero 2016.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-073 del 17 de febrero de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-078 del 11 de febrero de 2010.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-079/93 s/f.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095 del 7 de febrero de 2008 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-097 del 7 de marzo de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-102 del 16 de febrero de 2006.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1044 del 22 de octubre de 2004.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1082 del 13 de diciembre de 2007.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1099 del 20 de noviembre de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1228 del 9 de diciembre de 2004.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1233 del 16 de diciembre de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-125 del 23 de febrero de 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1306 del 6 de diciembre de 2001.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-140 del 16 de abril de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171 del 7 de marzo de 2010.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-174 del 18 de marzo de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-177 del 7 de marzo de 2013.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-187 del 12 de mayo de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-196 del 18 de marzo de 2011.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-212 del 27 de abril de 2016.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-220 del 4 de mayo de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-235 del 11 de marzo de 2004 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-237 del 31 de mayo de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-240 del 30 de mayo de de 1996.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-242 del 16 de abril de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-264 del 3 de abril de 09.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-274 del 11 de abril de 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-301 del 25 de marzo de 2004.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-324 del 24 de julio de 1996.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-327 del 26 de mazo de 2001.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-329 del 25 de julio de 1996 (República de Colombia).  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-336 del 17 de agosto de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-336 del 31 de julio de 1995.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-351 del 30 de noviembre de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-373 del 22 de junio de 1998 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-393 del 7 de septiembre de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-399 del 17 de septiembre de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-416 del 12 de agosto de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-418 del 19 de junio 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422 del 19 de junio de 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-423 del 17 de mayo de 2011.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-423 del 17 de mayo de 2011.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-439 del 15 de septiembre de 1997.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-441 del 29 de mayo de 2003 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 12 de octubre de 1993 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-444 del 7 de julio 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-450 del 4 de mayo de 2001.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-462 del 5 de junio de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 del 21 de junio de 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-473 del 14 de julio de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 del 8 de septiembre de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-492 del 7 de noviembre de 1995.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-531 del 23 de septiembre de 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-542 del 9 de julio de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-555 del 2 de agosto de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-567 del 7 de octubre de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-578 del 13 de diciembre de 1993 .  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585 del 10 de noviembre de 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-589 del 13 de agosto de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-595 del 9 de diciembre 1992.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-621 del 8 de agosto de 2002.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-653 del 27 de noviembre de 1996.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-654 del 11 de noviembre de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-654 del 17 de septiembre de 2009.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-666 del 24 de agosto de 2012.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-687 del 8 de julio de 2008.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-694 del 12 de junio de 2000.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-722 del 5 de septiembre de 2002.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-741 del 6 de agosto de 2004.  
Corte constitucional de colombia. Sentencia T-747 del 19 de octubre de 2009.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-752 del 3 de diciembre de 1998.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-814 del 19 de octubre de 1999.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-889 del 2 de octubre de 2003.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-916 del 18 de septiembre de 2008.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-934 del 14 de diciembre de 2009.  
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-937 del 19 de noviembre de 2006.  
Corte constitucional de Colombia. Sentencia T-954 del 7 de octubre de 2004.  
Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bamaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, N.º 70.. Recuperado el 07 de noviembre de 2016, de Corte

Interamericana de Derechos Humanos, caso Bamaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, N.º 70.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Blake. Sentencia del 24 de enero de 1998, serie C N.º 36, párr. 97. Recuperado el 06 de noviembre de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C N.º 4, párr. 181. Recuperado el 09 de septiembre de 2016, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Auto del 30 de noviembre de 2012, Ref. 11001-31-03-025-2009-00347-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia 5058 del 18 de septiembre de 1998.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de mayo de 1992, exp. 3345.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2012 exp. 11001-31-03-028-2002-00188-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 2009, exp. 251833193991 2003-00225-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de junio de 2008, exp. N° 11001-3103-005-1996-11843-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2013, rad. 11001-31-03-022-1998-15344-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de Octubre de 1994, exp. 3972.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de marzo de 2007, exp. N° 23417- 3103-001- 1999-00206-01) .

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2008, exp. N° 23001- 3103-004- 2001-00096-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC9193 del 28 de junio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 34404 del 5 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 12784 del 29 de marzo de 2000.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 14043 del 7 de marzo de 2002.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007 (M.P. Zapata Ortiz).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29877 del 18 de mayo 2011.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 32354 del 21 de octubre de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 46278 del 1 de junio de 2017..

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 8653 del 13 de enero de 1995 (M.P. Mejía Escobar).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 9297 del 9 de abril de 1997 (M.P. Páez Velandia).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 9481 del 5 de noviembre de 1996.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 9712 del 10 de diciembre de 1997 (M.P. Páez Velandia).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicado 31147.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2008. Radicado 23754.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia rad. 31001 del 21 oct. 2009.



Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de septiembre de 2010, eXP. 2006-00314-01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre 2016, SC18595.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia 45619 del 31 de agosto de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia del 24 de septiembre de 2002, radicado 17392.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de marzo de dos mil 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de tutela del 13 de julio de 1995, radicado 2361.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de Casación Penal del 18 de septiembre de 1997, radicado 10672.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de julio de 1993, radicado 7801.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de julio de 2001, rad. 13810.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 1996, rad. 9174.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 2016, exp. 45619.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016, exp. SC18595.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de noviembre de 1971.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC8716 del 20 de junio de 2017.